

VERPFLICHTENDE ENERGIEAUDITS NACH DEM NEUEN ENERGIEDIENSTLEISTUNGSGESETZ

DEFINITION KLEINSTUNTERNEHMEN, KLEINER UND MITTLERER UNTERNEHMEN ("**KMU**")

1. **EINLEITUNG**

Am 6. März 2015 hat der Bundesrat den Gesetzentwurf zur Teilumsetzung der Energieeffizienzrichtlinie und zur Verschiebung des Außerkrafttretens des § 47g Abs. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen¹ beschlossen.² Gegenstand dieses Gesetzes ist insbesondere die Änderung des Gesetzes über Energiedienstleistungen und andere Energieeffizienzmaßnahmen ("**EDL-G**³"), das in seiner neuen Fassung voraussichtlich im April 2015 in Kraft treten wird. Nach dem neuen EDL-G sind künftig alle Nicht-KMUs verpflichtet, bis zum 5. Dezember 2015 und dann mindestens alle vier Jahre, ein Energieaudit durchzuführen.⁴

Nicht nur vor diesem Hintergrund lohnt es sich, einen genauen Blick darauf zu werfen, ob Ihr Unternehmen als KMU anzusehen ist.

2. **KMU-DEFINITION**

Zur Durchführung von Energieaudits sind nach § 8 Abs. 1 EDL-G in Verbindung mit § 1 Nr. 4 EDL-G alle Unternehmen verpflichtet, die keine KMU im Sinne der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (2003/361/EG) ("**Empfehlung der Kommission**") sind.

Maßgeblich ist damit allein die KMU-Definition in der Empfehlung der Kommission. Andere Definitionen, wie sie sich beispielsweise aus dem Handelsgesetzbuch ergeben oder vom Institut für Mittelstandsforschung (IfM) in Bonn aufgestellt werden, sind hier nicht relevant.

¹ BT-Drs 18/3373 (Gesetzentwurf) und BT-Drs 18/3934 (Beschlussempfehlung und Bericht).

² BR-Beschlussdrucksache 47/15 (B).

³ Energiedienstleistungsgesetz in der neuen, aber noch nicht in Kraft getretenen Fassung vom 6. März 2015.

⁴ Von dieser Verpflichtung sind nach § 8 Abs. 3 EDL-G solche Unternehmen befreit, die zum maßgeblichen Zeitpunkt bereits ein Energiemanagementsystem nach DIN EN ISO 50001 ("**Energiemanagementsystem**") oder ein Umweltmanagementsystem nach EMAS im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1221/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 über die freiwillige Teilnahme von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für Umweltmanagement und Umweltbetriebsprüfungen (ABl. EG Nr. L 342 S. 1 vom 22. Dezember 2009) ("**Umweltmanagementsystem**") installiert haben.

2.1 Wer ist KMU im Sinne der Empfehlung der Kommission?

Nach Art. 2 Abs. 1 des Titels 1 des Anhangs zu der Empfehlung der Kommission sind KMU

- Unternehmen,
- die weniger als 250 Personen beschäftigen **und**
- die entweder einen Jahresumsatz von höchstens EUR 50 Mio. erzielen **oder** deren Jahresbilanzsumme sich auf höchstens EUR 43 Mio. beläuft.

Zu berücksichtigen ist insoweit, dass die drei Voraussetzungen (1.) Unternehmen, (2.) Mitarbeiterzahl und (3.) finanzieller Schwellenwert **kumulativ** erfüllt sein müssen. Im Hinblick auf den finanziellen Schwellenwert genügt es allerdings, wenn das Unternehmen **entweder** den Schwellenwert für den Umsatz **oder** den Schwellenwert für die Bilanzsumme unterschreitet.

2.2 Definition des Unternehmens

Als Unternehmen gilt nach Art. 1 des Titels 1 des Anhangs zu der Empfehlung der Kommission jede Einheit, die unabhängig von ihrer Rechtsform eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt.⁵

Ohne Bedeutung bei dieser sehr weitreichenden Definition ist damit sowohl die Rechtsform des Unternehmens (in Frage kommen neben Personen- und Kapitalgesellschaften beispielsweise auch Vereinigungen, Stiftungen oder Selbstständige) als auch die Branche, in der das Unternehmen tätig ist (neben dem verarbeitenden Gewerbe kommen zum Beispiel auch Dienstleistungsunternehmen, Banken, Versicherungen oder staatliche Unternehmen in Betracht).

Entscheidend ist damit alleine, ob eine wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird. Dies dürfte bei den allermeisten Fällen gegeben sein, insbesondere dann, wenn Leistungen oder Güter am Markt ausgetauscht werden. Schwierigkeiten können sich allerdings ergeben, wenn das jeweilige Unternehmen ohne Gewinnerzielungsabsicht handelt, was beispielsweise bei karitativen Einrichtungen, Unternehmen der öffentlichen Hand oder reinen Freizeitzusammenschlüssen der Fall sein kann. Insoweit hat sich das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle ("**BAFA**") in seinem vorläufigen Entwurf eines Merkblatts zu Energieaudits vom 1. April 2015 ("**BAFA Merkblatt**")

⁵ Insoweit ist auf die kleinste rechtlich selbstständige Einheit abzustellen.

(dort Seite 5)⁶ allerdings so geäußert, dass eine Gewinnerzielungsabsicht für eine wirtschaftliche Tätigkeit nicht zwingend erforderlich ist, sodass auch Unternehmen mit gemeinnützigen oder kirchlichen Zwecken wirtschaftlich tätig und zur Durchführung eines Energieaudits verpflichtet sein können. Zwar sind die Empfehlungen des BAFA nicht rechtsverbindlich und binden beispielsweise keine Gerichte bei ihrer Entscheidung, dennoch kommt ihnen in der Praxis eine große Bedeutung zu. Dies gilt für das EDL-G im Besonderen, da dem BAFA gemäß § 8c EDL-G die Überprüfung der Einführung eines Energieaudits obliegt und das BAFA nach § 8d EDL-G auch berechtigt ist, Verordnungen zur Umsetzung und Durchführung der Pflichten des EDL-G zu erlassen.

2.3 Mitarbeiterzahl

Zwingende Voraussetzung für die Einordnung eines Unternehmens als KMU ist des Weiteren, dass das Unternehmen weniger als 250 Mitarbeiter beschäftigt. Viele Unternehmen dürften sich nun die Frage stellen, wer überhaupt als Mitarbeiter zu qualifizieren ist und in welchem Umfang der Mitarbeiter im Unternehmen beschäftigt sein muss. Diese sehr praxisrelevanten Fragen möchten wir Ihnen nachfolgend überblicksartig darstellen:

2.3.1 Wer ist Mitarbeiter?

Nach Anhang Titel 1 Art. 5 der Empfehlung der Kommission sind Mitarbeiter solche Personen, "*die in dem betroffenen Unternehmen oder auf Rechnung dieses Unternehmens*" einer Beschäftigung nachgegangen sind.

Diese sehr weitgehende Formulierung umfasst damit neben den Lohn- und Gehaltsempfängern als Arbeitnehmer im klassischen Sinn auch

- mitarbeitende Eigentümer,
- Teilhaber, die eine regelmäßige Tätigkeit in dem Unternehmen ausüben und finanzielle Vorteile aus dem Unternehmen ziehen sowie
- für das Unternehmen tätige Personen, die in einem Unterordnungsverhältnis zu diesem stehen und nach nationalem Recht Arbeitnehmern gleichgestellt sind.

⁶ Der Entwurf des Merkblatts, zu dem im Zeitraum zwischen dem 1. April 2015 und dem 17. April 2015 noch Stellungnahmen abgegeben werden können, ist abrufbar unter:
http://www.bafa.de/bafa/de/energie/energie_audit/konsultation_merkblatt/merkblattentwurf_fuer_energieaudits_nach_dem_edl-g.pdf.

Praxisrelevant dürfte insbesondere die Frage sein, welche Personen unter letztere Kategorie zu subsumieren sind. Aus unserer Sicht spricht vieles dafür, hiervon insbesondere Leiharbeitnehmer umfasst zu sehen.⁷ Formal gesehen stehen diese zwar in einem Arbeitsverhältnis zum Verleiher, von welchem sie auch ihr Gehalt beziehen. Tatsächlich erbringen die Leiharbeitnehmer ihre Arbeitsleistung allerdings im Betrieb des Entleiher. Zu diesem stehen sie – zumindest auch – in einem Unterordnungsverhältnis, da der Entleiher zur Ausübung von Weisungen gegenüber dem Leiharbeitnehmer berechtigt ist. Ob von einer Gleichstellung mit Arbeitnehmern ausgegangen werden kann ist indes zweifelhaft, da nach § 9 Nr. 2 Satz 2 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz ("**AÜG**") die – tatsächlich sehr häufig genutzte – Möglichkeit besteht, in Tarifverträgen für Leiharbeitnehmer schlechtere Arbeitsbedingungen festzulegen als für vergleichbare Arbeitnehmer. Allerdings ist in Art. 5 Abs. 1 der europäischen Leiharbeitsrichtlinie⁸ der Grundsatz festgeschrieben, dass die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeitnehmer während der Dauer ihrer Überlassung an einen Entleiher mindestens denjenigen entsprechen müssen, die für sie gelten würden, wenn sie vom Entleiher unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wären. Dieser Grundsatz wurde mit § 9 Nr. 2 AÜG ins nationale Recht übernommen. Insgesamt spricht damit aus unserer Sicht mehr dafür, Leiharbeitnehmer bei der Berechnung der Mitarbeiterzahl zu berücksichtigen. Dies gilt insbesondere deshalb, weil sich in den arbeitsrechtlichen Entscheidungen der letzten Zeit immer mehr die Tendenz erkennen lässt, Leiharbeitnehmer zumindest auch als Arbeitnehmer des Einsatzbetriebes anzusetzen und sie bei Schwellenweiten mit zu berücksichtigen.

Da nicht nur die im Unternehmen, sondern auch die auf Rechnung des Unternehmens tätigen Personen umfasst sein sollen, wäre im Einzelfall zu prüfen, ob darüber hinaus nicht sogar Personen hinzugerechnet werden müssten, die externe Werk- oder Dienstleistungen für das jeweilige Unternehmen erbringen.

Bei der Mitarbeiterzahl hingegen ausdrücklich **nicht zu berücksichtigen** sind nach Art. 5 des Titels 1 des Anhangs zu der Empfehlung der Kommission Auszubildende oder in der beruflichen Ausbildung stehende Personen, die einen Lehr- bzw. Berufsausbildungsvertrag haben.

⁷ So auch das BAFA-Merkblatt (vergleiche Fn. 6), dort S. 6.

⁸ Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit.

2.3.2 In welchem Umfang muss der Mitarbeiter im Unternehmen beschäftigt sein?

Bei der Berechnung der Mitarbeiterzahl (in Jahresarbeitseinheiten – "JAE") ist zu beachten, dass nur diejenigen Mitarbeiter voll berücksichtigt werden, die das gesamte Kalenderjahr einer Vollzeitbeschäftigung nachgegangen sind. Nur anteilig angesetzt werden hingegen Mitarbeiter,

- die teilzeitbeschäftigt sind,
- die während des laufenden Kalenderjahres ins Unternehmen eingetreten oder aus diesem ausgeschieden sind,
- die nur saisonal beschäftigt sind sowie
- die sich während des laufenden Kalenderjahres in Mutterschaftsurlaub oder Elternzeit befunden haben.

Ein Mitarbeiter, der am 1. Juli eines Kalenderjahres ins Unternehmen eingetreten ist und ab diesem Zeitpunkt zu 50 % in Teilzeit tätig ist, zählt damit beispielsweise nur als 0,25 JAE (0,5 da er nur halbjährig beschäftigt ist und hiervon nochmal 0,5 da er in Teilzeit beschäftigt ist).

2.4 Finanzielle Schwellenwerte

Für die Einordnung eines Unternehmens als KMU ist weiterhin Voraussetzung, dass das Unternehmen einen Jahresumsatz von höchstens EUR 50 Mio. erzielt **oder** sich seine Jahresbilanzsumme auf höchstens EUR 43 Mio. beläuft.⁹ Insoweit können sich folgende Fallkonstellationen ergeben:

Fall 1: Beide Schwellenwerte werden überschritten → KMU-Status nicht erfüllt.

Fall 2: Ein Schwellenwert wird unterschritten, der andere überschritten:

- Die anderen beiden KMU-Kriterien (Unternehmen, Mitarbeiterzahl) sind erfüllt → KMU-Status erfüllt.
- Die anderen beiden KMU-Kriterien sind nicht erfüllt → KMU-Status nicht erfüllt.

Fall 3: Beide Schwellenwerte werden unterschritten → wie Fall 2.

Bei der Ermittlung des Jahresumsatzes sind die Erlöse aus dem Verkauf von für die normale Geschäftstätigkeit des Unternehmens typischen Erzeugnissen und für die

⁹ Diese Wahlmöglichkeit wurde aufgenommen, weil Unternehmen im Bereich Handel und Vertrieb naturgemäß höhere Umsatzzahlen verzeichnen als Unternehmen des verarbeitenden Gewerbes. Die Option zwischen diesem Kriterium und der Bilanzsumme, die das Gesamtvermögen eines Unternehmens widerspiegelt, gewährleistet eine faire Behandlung von KMU in unterschiedlichen Wirtschaftszweigen.

Erbringung von für die Tätigkeit der Gesellschaft typischen Dienstleistungen heranzuziehen. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass Mehrwertsteuer und sonstige indirekte Steuern¹⁰ und Abgaben gem. Art. 4 Abs. 1 Satz 3 des Titels 1 des Anhangs zu der Empfehlung der Kommission in Abzug zu bringen sind.

2.5 Für die Mitarbeiterzahl und die finanziellen Schwellenwerte zugrunde zu legende Daten

Zur Berechnung der Mitarbeiterzahl und der finanziellen Schwellenwerte sind nach Art. 4 Abs. 1 des Titels 1 des Anhangs zu der Empfehlung der Kommission die Daten des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres heranzuziehen.¹¹ Diese sind bei eigenständigen Unternehmen nach Art. 6 Abs. 1 des Titels 1 des Anhangs zu der Empfehlung der Kommission ausschließlich auf Basis des Jahresabschlusses zu erstellen.¹²

Sofern sich zum jeweiligen Stichtag des Rechnungsabschlusses herausstellt, dass das Unternehmen im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr die Schwellenwerte bezüglich Mitarbeiterzahl und/oder Finanzangaben erstmals überschritten hat, so hat dies zunächst keine Auswirkungen auf den KMU-Status des Unternehmens. Erst wenn die Schwellenwerte im darauf folgenden Geschäftsjahr erneut überschritten werden, verliert das Unternehmen den KMU-Status. Im umgekehrten Fall kann ein Unternehmen den KMU-Status erwerben, wenn es die Schwellenwerte in zwei aufeinanderfolgenden Rechnungslegungsperioden unterschreitet.

Sonderfall: Unternehmensbeteiligungen

Sollte es sich bei dem zu beurteilenden Unternehmen nicht um ein klassisches eigenständiges Unternehmen (1), sondern stattdessen um ein Partnerunternehmen (2) oder verbundenes Unternehmen (3) handeln, sind neben den Daten des eigenen Unternehmens (Mitarbeiterzahl und Umsatz bzw. Bilanzsumme) einige oder alle Daten der anderen Unternehmen hinzuzufügen.¹³

¹⁰ Hierbei handelt es sich um Steuern, bei denen der Steuerschuldner und die Person, die wirtschaftlich die Steuer trägt, nicht personenidentisch sind, wie beispielsweise bei Strom- und Energiesteuern.

¹¹ Als Stichtag gilt hierbei das Datum des Rechnungsabschlusses. Dieser kann, muss aber nicht, auf das Ende eines Kalenderjahres fallen.

¹² Bei neu gegründeten Unternehmen, die noch keinen Jahresabschluss vorlegen können, werden die entsprechenden Daten im Laufe des Geschäftsjahres nach Treu und Glauben geschätzt.

¹³ Die Ermittlung der zugrunde zu legenden Daten kann sich insbesondere bei Partnerunternehmen und verbundenen Unternehmen je nach Konstellation schwierig gestalten und bedarf einer Überprüfung im Einzelfall. Als Anwendungshilfe kann auf "Die neue KMU-Definition, Benutzerhandbuch und Mustererklärung" der Europäischen Kommission zurückgegriffen werden, abrufbar unter http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/sme_definition/sme_user_guide_de.pdf.

(1) Eigenständige Unternehmen

Eigenständige Unternehmen sind Unternehmen,

- die **nicht** an anderen Unternehmen beteiligt sind und andere Unternehmen auch nicht an ihnen beteiligt sind oder
- die **weniger als 25 %** des Kapitals oder der Stimmrechte (unter Berücksichtigung des jeweils höheren Anteils) an einem oder mehreren anderen Unternehmen¹⁴ halten oder andere Unternehmen mit weniger als 25 % des Kapitals oder der Stimmrechte (unter Berücksichtigung des jeweils höheren Anteils) an dem Unternehmen beteiligt sind.¹⁵

Sollte es sich bei Ihrem Unternehmen um ein eigenständiges Unternehmen handeln, so müssen Sie ungeachtet etwaiger Unternehmensbeteiligungen bei der Berechnung der Schwellenwerte ausschließlich die Daten Ihres Unternehmens berücksichtigen.

(2) Partnerunternehmen

Bei Partnerunternehmen handelt es sich um Unternehmen

- die **mindestens 25 %** des Kapitals oder der Stimmrechte an einem oder mehreren anderen Unternehmen halten oder andere Unternehmen mit mindestens 25 % des Kapitals oder der Stimmrechte an dem Unternehmen beteiligt sind¹⁶,
- die allerdings nicht mehr als 50 % der Stimmrechte oder des Kapitals eines anderen Unternehmens (oder umgekehrt) halten und auch **keinen auf andere Weise beherrschenden Einfluss** auf das andere Unternehmen (oder umgekehrt) ausüben (und damit kein verbundenes Unternehmen im Sinne des Art. 3 Abs. 3 des Titels 1 des Anhangs zu der Empfehlung der Kommission vorliegt).

¹⁴ Bei mehreren Investoren mit Beteiligungen von jeweils unter 25 % ist ein Unternehmen nur dann als nicht eigenständig einzustufen, sofern es sich bei diesen Investoren um miteinander verbundene Unternehmen handelt (vgl. BAFA-Merkblatt, S. 8, abrufbar siehe Fußnote 6).

¹⁵ Ausnahmsweise kann ein Unternehmen auch dann eigenständig sein, wenn seine Beteiligung an anderen Unternehmen 25 % oder mehr beträgt (maximal jedoch 50 %). Voraussetzung hierfür ist, dass es sich bei dem an dem Unternehmen beteiligten Unternehmen um Investoren im Sinne des Art. 3 Abs. 2 des Titels 1 des Anhangs zu der Empfehlung der Kommission handelt (hierzu gehören insbesondere staatliche Beteiligungsgesellschaften, Risikokapitalgesellschaften und „Business Angels“, institutionelle Anleger, Universitäten und bestimmte kleine Gebietskörperschaften).

¹⁶ Eine Ausnahme gilt bei bestimmten Investoren, siehe Fn. 15.

Bei Partnerunternehmen sind bei Berechnung der Schwellenwerte zu den eigenen Daten des Unternehmens die **Daten des anderen Unternehmens anteilmäßig** (d. h. im Verhältnis der Beteiligung) hinzuzurechnen.¹⁷

(3) Verbundene Unternehmen

Kennzeichnend für verbundene Unternehmen ist die unmittelbare oder mittelbare Kontrolle der Mehrheit des Kapitals bzw. der Stimmrechte an einem Unternehmen (mindestens 50 %) durch ein anderes Unternehmen oder die Fähigkeit, einen beherrschenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen auszuüben. Wann ein beherrschender Einfluss vorliegt, ist in Art. 3 Abs. 3 des Titels 1 des Anhangs zu der Empfehlung der Kommission geregelt. Der klassische Fall eines verbundenen Unternehmens ist dabei die zu 100 % im Besitz der Muttergesellschaft befindliche Tochtergesellschaft.

Zur Ermittlung des KMU-Status eines verbundenen Unternehmens sind bei der Berechnung der Schwellenwerte zu den Daten des eigenen Unternehmens **100 % der Daten der verbundenen Unternehmen** hinzuzurechnen. Bei der Prüfung der Schwellenwerte der vorbenannten Tochtergesellschaft wären beispielsweise 100 % der Daten der Muttergesellschaft hinzuzurechnen.

3. FAZIT

Insbesondere vor dem Hintergrund, dass die nicht fristgerecht Durchführung von Energieaudits mit Bußgeldern bis zu einer Höhe von 50.000 EUR geahndet werden kann, sollten Unternehmen genau prüfen, ob sie als KMU anzusehen sind oder nicht. Nur wenn es sich bei dem Unternehmen um ein KMU handelt, ist es von der Auditpflicht befreit.

¹⁷ Eine Ausnahme gilt nach Art. 3 Abs. 4 des Titels 1 des Anhangs zu der Empfehlung der Kommission: Hiernach ist ein Unternehmen nicht als KMU anzusehen, wenn mindestens 25 % seines Kapitals oder seiner Stimmrechte unmittelbar oder mittelbar von einer oder mehreren öffentlichen Stellen oder Körperschaften des öffentlichen Rechts einzeln oder gemeinsam kontrolliert werden.

Die Autoren



Silke Hörner
Rechtsanwältin

BEITEN BURKHARDT
Ganghoferstraße 33
80339 München
Deutschland

Tel.: +49 89 35065-1242
E-Mail: Silke.Hoerner@bblaw.com



Rebecca Mes
Rechtsanwältin

BEITEN BURKHARDT
Ganghoferstraße 33
80339 München
Deutschland

Tel.: +49 89 35065-1242
E-Mail: Rebecca.Mes@bblaw.com

Hinweis

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.