

# InfrastrukturRecht

## Energie · Verkehr · Abfall · Wasser

### Geschäftsführende Herausgeber

Prof. Dr. Christian Theobald  
BBH  
Dr. Andreas Zuber  
Verband kommunaler Unternehmen e.V. (VKU)

### Herausgeber

RiBVerfG Prof. Dr. Gabriele Britz  
Bundesverfassungsgericht  
Christian Held  
BBH, Europäischer Verband der unabhängigen Strom-  
und Gasverteilerunternehmen (GEODE)  
Prof. Dr. Georg Hermes  
Universität Frankfurt a.M.  
Folkert Kiepe  
Beigeordneter a.D. Deutscher Städtetag  
Prof. Dr. Christian Koenig  
Universität Bonn  
Holger Lösch  
Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. (BDI)  
Prof. Dr. Jürgen Kühling  
Universität Regensburg, Mitglied der Monopol-  
kommission  
Andrees Gentzsch  
Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V.  
(BDEW)  
Reiner Metz †  
Verband Deutscher Verkehrsunternehmen e.V. (VDV)  
Dr. Christiane Nill-Theobald  
TheobaldConsulting  
Detlef Raphael  
Deutscher Städtetag  
Prof. Dr. Jens-Peter Schneider  
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg  
Adolf Topp  
AGFW | Der Effizienzverband für Wärme, Kälte und  
KWK e.V.

### Inhaltsverzeichnis

#### Beiträge

<i>H. Faßbender/J. Riggert:</i> Die KWK-Umlage für privilegierte Letztverbraucher nach KWKG 2016 und KWKG 2017 (Teil 1)	50
<i>S. Missling:</i> Die neue Anreizregulierungsverordnung (Teil 2)	53
<i>C. Frank-Fahle/T. Morstadt:</i> Infrastrukturprojekte in Thailand – Investitions- und steuerrechtliche Herausforderungen	57

#### Energie

<i>BGH:</i> Leitungen der Bereiche „Recht und Regulierung“ sowie „Kaufmännischer Bereich“ unterfallen der Unbundling-Karenzzeitregelung nach § 10c VI EnWG	59
<i>OLG Celle:</i> Erneut zur Gestaltung eines rechtssicheren Konzessionierungsverfahrens – Neutralitätsgebot	61
<i>OLG Dresden:</i> Keine Rügepräklusion in Konzessionierungsverfahren nach § 46 EnWG	62
<i>BVerwG:</i> Zum Rechtsweg für eine Klage auf Akteneinsicht im Verfahren auf Abschluss eines Konzessionsvertrages	64
<i>BFH:</i> Sachgerechte Vorsteueraufteilung für ein Blockheizkraftwerk nach dem Verhältnis der Marktpreise der produzierten Strom- und Wärmemengen	65

#### Verkehr

<i>BMF:</i> Steuerliche Förderung der Elektromobilität	66
--	----

#### Abfall

<i>EuGH:</i> Aufgabenübertragung an Zweckverband kein öffentlicher Auftrag	67
--	----

#### Wasser

<i>VGH München:</i> Trinkwasserqualität von Hausbrunnen	69
<i>OVG Münster:</i> Kanal als Teil der öffentlichen Entwässerungseinrichtung	70
<i>OVG Schleswig:</i> Zulässigkeit von Gebühren für die Entwässerung von Straßen anderer Straßenbaulastträger	71

In Zusammenarbeit mit der  
Neuen Juristischen Wochenschrift

Nr. 3 • 13. März 2017

14. Jahrgang

Mit Internet-Volltext-Service [www.IR.beck.de](http://www.IR.beck.de) der besprochenen Entscheidungen

Verlag C.H.Beck München und Frankfurt a.M.

## Infrastrukturprojekte in Thailand – Investitions- und steuerrechtliche Herausforderungen

Rechtsanwälte Dr. Constantin Frank-Fahle, LL.M., und Till Morstadt, Bangkok/Thailand\*

**Thailand bietet interessante Investitionsmöglichkeiten im Bereich der Infrastruktur. So hat die Regierung am 13.12.2016 bspw. Infrastrukturmaßnahmen in einem Volumen von ca. 896 Mrd. THB (ca. 22 Mrd. EUR) beschlossen. Der nachfolgende Beitrag soll einen Überblick über die investitions- und steuerrechtlichen Herausforderungen im Rahmen von Investitionen bei Infrastrukturprojekten in Thailand vermitteln.**

### I. Einführung

Thailand beabsichtigt, in den kommenden Jahren in erheblichem Umfang in den Ausbau seiner Infrastruktur zu investieren. Nennenswert sind u. a. folgende Projekte:

- Öffentlicher Nahverkehr: Ausbau der „Blue Line“ (Bangkok Metro), „Light Green Line“ (Bangkok Skytrain), „Orange Line“ (Bangkok Metro), „Light Red Line“ und „Dark Red Line“ (State Railway of Thailand),
- Schienenpersonenfernverkehr: Sieben Schienenprojekte mit einem Gesamtumfang von ca. 1.500 km,
- Ausbau des Autobahnnetzes sowie des Tiefwasserhafens in Laem Chabang.

Im Jahr 2017 sollen weitere Infrastrukturprojekte i. H. v. rund 721 Mrd. THB (ca. 18 Mrd. EUR) genehmigt werden, die in den Folgejahren umgesetzt werden sollen.

### II. Investitions- und steuerrechtliche Rahmenbedingungen

Die geschäftliche Betätigung von ausländischen Investoren in Thailand ist nur in eng umgrenzten Bereichen möglich.<sup>1</sup> Je nachdem, ob Leistungen, bspw. Montage- oder Wartungsleistungen, in Thailand erbracht werden, müssen hierfür

- für das Unternehmen im Vorfeld der Ausführung der Arbeiten investitionsrechtliche Genehmigungen sowie

- für ausländische Mitarbeiter, die in Thailand Werkleistungen erbringen, Arbeitsgenehmigungen eingeholt werden.

#### 1. Lieferverträge

Reine Lieferverträge können grundsätzlich ohne Sondergenehmigungen ausgeführt werden. Denn bei diesem Vertragstypus kommt es grundsätzlich nicht zu einer geschäftlichen Aktivität in Thailand. Lieferungen aus Deutschland unterliegen in Thailand auch keiner Quellenbesteuerung.

#### 2. Werk- bzw. Werklieferverträge

Bei Werk- bzw. Werklieferverträgen – also bei Vertragsverhältnissen, die neben der Lieferung auch Montageelemente enthalten – ist zu beachten, dass ausländische Unternehmen im Rahmen der Installation, Inbetriebnahme bzw. Wartung durch ihre Mitarbeiter in Thailand geschäftlich aktiv werden. Für die Ausführung dieser Aktivitäten sind investitionsrechtliche Genehmigungen einzuholen.<sup>2</sup> Je nachdem, ob es sich um einen Staats- oder privatwirtschaftlichen Auftrag handelt, sind unterschiedliche Strukturierungen denkbar:

a) *Branch.* Ausländische Investoren, die einen Staatsauftrag ausführen, können grundsätzlich eine sog. Branch registrieren. Hierbei handelt es sich um eine registrierte Betriebsstätte, die steuerlich eigenständig ist, haftungsrechtlich allerdings als Teil des Mutterhauses anzusehen ist. Das beim *Ministry of Commerce* angesiedelte Antragsverfahren ist verhältnismäßig aufwendig und beansprucht in der Regel zwischen vier und sechs Monate. Im privatwirtschaftlichen Bereich (B2B) ist die Registrierung noch aufwendiger. Hier sind daher eher andere Strukturen anzuraten.

b) *Tochterkapitalgesellschaft.* Ausländische Investitionen werden in Thailand in der Regel über Kapitalgesellschaften – die sog. Company Limited (Co., Ltd.) – strukturiert. Die Company Limited ist eine haftungsbeschränkte Kapitalgesellschaft, die im Wesentlichen mit der deutschen Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) vergleichbar ist. Sie muss mindestens drei Gesellschafter haben, wovon zwei in der Praxis jedoch jeweils lediglich einen Gesellschaftsanteil halten und damit keinen wirklichen Einfluss auf die Gesellschaft haben. Die Geschäftsführung obliegt dem *Board of Directors*.

Wird die Gesellschaft zu 50 % oder mehr von einem ausländischen Investor gehalten, müssen die jeweiligen Geschäftsaktivitäten (bspw. Installation, Inbetriebnahme und Wartung) grundsätzlich über investitionsrechtliche Genehmigungen abgedeckt werden.<sup>3</sup> Diese werden entweder durch das *Ministry of Commerce* oder das *Board of Investment* erteilt.

Vorzuziehen ist im Regelfall eine Strukturierung über das *Board of Investment (BOI)*, die Investitionsförderbehörde Thailands. Neben der investitionsrechtlichen Genehmigung der Tätigkeit von Ausländern gewährt das *BOI* auch

\* Der Erstautor ist Senior Associate, der Zweitautor ist Managing Partner in der Kanzlei Lorenz & Partners, Bangkok, Thailand. Die Kanzlei ist auf die ganzheitliche Beratung von ausländischen Investoren in Südostasien spezialisiert.

1 Gesetzliche Grundlagen für die geschäftliche Betätigung von Ausländern in Thailand sind u. a. der Foreign Business Act B.E. 2542 (1999) und der Investment Promotion Act B.E. 2520 (1977).

2 Ausführlich zur investitions- und steuerlichen Abwicklung von Anlagenbauprojekten in Thailand: *Morstadt/Frank-Fahle, ZfBR 2016, 627 f.*; *Morstadt/Frank-Fahle, PISB 2017, 53 f.*

3 Nicht erforderlich sind Genehmigungen, wenn das Projekt über ein Joint Venture mit einem thailändischen Partner abgewickelt wird, der die Mehrheitsbeteiligung (mehr als 50 %) an der Kapitalgesellschaft hält. Ob und unter welchen Umständen ein Joint Venture sinnvoll ist, hängt von der zu erbringenden Leistung ab.

weitere Fördermaßnahmen, insbesondere vereinfachten Zugang zu Arbeitsgenehmigungen für ausländische Spezialkräfte.<sup>4</sup> Bei der Abwicklung von Infrastrukturprojekten kommen im Wesentlichen die folgenden beiden Förderkategorien in Frage, die miteinander kombiniert werden können:

Die Förderkategorie „Trade and Investment Support Office“ (TISO) ermöglicht es ausländischen Investoren die Geschäftsaktivitäten Markterkundung, Großhandel mit Maschinen und deren Komponenten sowie After-Sales Services abzudecken. Die TISO-Förderung setzt voraus, dass ab dem dritten Förderjahr lokale Verkaufs- und Verwaltungskosten in einer Höhe von 10 Mio. THB (ca. 250.000 EUR) pro Jahr erreicht werden.

Die Förderkategorie „Manufacture of Machinery, Equipment and Parts“ bietet sich an, wenn Anlagenkomponenten bzw. Maschinen mit einem hohen Technologisierungsgrad in Thailand hergestellt werden sollen.<sup>5</sup> Es besteht die Möglichkeit, eine Befreiung von der Körperschaftsteuer (derzeit 20 %) für einen Zeitraum von drei und acht Jahren zu erhalten.

### 3. Quellensteuerbelastung

Aufträge im Infrastrukturbereich bestehen in der Regel aus Liefer- und Montage- bzw. Serviceleistungen. Lieferleistungen aus dem Ausland sind in Thailand isoliert betrachtet nicht quellensteuerpflichtig. Wird das Projekt inklusive der Installations- bzw. Serviceleistungen allerdings in Thailand ausgeführt und als Gesamtprojekt (bspw. nach Mile Stones) abgerechnet, muss auf das Gesamtvertragsvolumen Quellensteuer erhoben werden. Die Quellensteuerbelastung hängt sowohl von der Rechtsform des Steuersubjektes als auch von der Auftragsart ab. Zusammenfassend ergibt sich folgendes Bild:

Rechtsform	Quellensteuersatz	Quellensteuerersatz bei Staatsauftrag
Registrierte Betriebsstätte (Branch) – Bauausführung grds. länger als 6 Monate	5%	1%
Registrierte Zweigniederlassung (Permanent Branch Office) <sup>6</sup>	3%	
Kapitalgesellschaft	3%	1%

Übersicht: Quellenbesteuerung bei Infrastrukturprojekten in Thailand

Um einen sog. Quellensteuerüberhang, d. h. dass die abgeführte Quellensteuer die tatsächlich festgestellte Körperschaftsteuerschuld übersteigt, zu vermeiden, sollten die Lieferleistungen (Offshore-Anteil) über das ausländische Mutterunternehmen abgewickelt, während die Installationsleistungen (Onshore-Anteil) von dem Vehikel vor Ort ausgeführt werden. Vertragstechnisch lässt sich diese Struktur durch einen sog. Contract-Split implementieren, indem der Auftraggeber mit dem Auftragnehmer zwei Verträge, d. h. einen Liefer- bzw. Offshore- und einen Installations- bzw. Onshore-Vertrag abschließt. Die Aufteilung der Verträge führt für den Auftraggeber u. U.

zu Haftungsrisiken, gerade im Bereich der Schnittstellen beider Verträge. In der Praxis werden Offshore- und Onshore-Vertrag daher durch eine Klammervereinbarung (Umbrella Contract) miteinander verbunden, um Haftungsrisiken des Auftraggebers zu minimieren.

### 4. Aufenthalts- und arbeitserlaubnisrechtliche Aspekte

Im Rahmen des Einsatzes von ausländischen Mitarbeitern in Thailand ist zu beachten, dass für diese im Vorfeld des Arbeitseinsatzes ein sog. Non-Immigrant „B“ Visum sowie eine Arbeitserlaubnis einzuholen sind.<sup>7</sup>

Die Aufnahme einer Tätigkeit ohne Arbeitserlaubnis ist rechtswidrig und kann gegenüber der Person mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren und/oder einer Geldstrafe von bis zu 100.000 THB (ca. 2.500 EUR) bestraft werden.<sup>8</sup> In der Praxis werden Verstöße mit einer Geldstrafe und einer sofortigen Ausweisung aus dem Land sowie mit einem Einreiseverbot von bis zu fünf Jahren bestraft. Nicht ungewöhnlich ist eine Abschiebehaft von einem oder mehreren Tagen. Die Gesellschaft, die den Arbeitnehmer faktisch beschäftigt, trägt das Risiko einer Geldstrafe (10.000–100.000 THB, ca. 250–2.500 EUR).<sup>9</sup> Das Risiko einer nicht-bestehenden Arbeitserlaubnis tragen damit in erster Linie die entsendeten Mitarbeiter. Eine Haftung der Direktoren der Gesellschaft bzw. des Branch-Managers ist gesetzlich nicht vorgesehen.

Mit Blick auf die Registrierung einer Branch ist ferner zu bedenken, dass bereits im Antragsverfahren, d. h. Monate vor der eigentlichen Projektausführung, die ausländischen Mitarbeiter benannt werden müssen, die zur Projektabwicklung eingesetzt werden sollen. Die Erfahrung zeigt, dass es international tätigen Anlagenbauern regel-

4 Vom *Board of Investment* geförderte Unternehmen erhalten grundsätzlich folgende Investitionsförderungen:

- Möglichkeit, die zugrundeliegende Kapitalgesellschaft voll in ausländischer Hand zu halten,
- Möglichkeit, für Betriebszwecke Land zu erwerben,
- Ausnahme von Einfuhrzöllen für die Einfuhr von Geräten (beschränkt auf Geräte, die für Forschungs- oder Ausbildungszwecke genutzt werden),
- gelockerte Bedingungen, um Ausländer anzustellen, insbesondere mit Blick auf die Befristung von Arbeitserlaubnissen (derzeit vier Jahre),
- Gewinne können ohne Einschränkungen repatriiert werden.

5 Die eigenständige Produktion in Thailand kann auch von vollständig ausländisch investierten Unternehmen betrieben werden, ohne dass eine investitionsrechtliche Ausnahmegenehmigung vorliegt.

6 Ein Permanent Branch Office liegt bspw. vor, wenn die registrierte Betriebsstätte für die Ausführung des Projektes Büroräume erwirbt, vgl. Cl. 8(3) Departmental Regulation No. Taw Paw 4/2528 v. 25.9.1985 i.V.m. Cl. 1(2)(a) Departmental Instruction No. Paw 8/2528 v. 12.4.1985.

7 Ausführlich zur steuerlichen Optimierung von Mitarbeiterentsendungen und -versetzungen nach Thailand: *Morstadt/Frank-Fahle*, PISStB 2017, 24 ff.

8 Sec. 51(1) Alien Working Act B.E. 2551 (2008).

9 Sec. 54 Alien Working Act B.E. 2551 (2008).

mäßig schwerfällt, ihre Serviceingenieure Monate im Vorfeld zu verplanen, da das Geschäft relativ schnelllebig ist. Wird das Projekt hingegen über eine *BOI*-geförderte Gesellschaft abgewickelt, können die Arbeitsgenehmigungen verhältnismäßig einfach über das One-Stop Service Center for Visas und Work Permits eingeholt werden. Eine Benennung des ausländischen Projektpersonals Monate vor der Projektausführung ist hier nicht erforderlich.

### 5. Betriebsstättenrisiko bei Einsatz von Mitarbeitern

Bei einem Einsatz von Mitarbeitern des Mutterhauses in einer Tochtergesellschaft in Thailand ist steuerlich zu beachten, dass der Mitarbeiterinsatz nicht durch die thailändische Tochtergesellschaft in Form einer Servicerechnung an das Mutterhaus rückbelastet werden sollte. Die Tätigkeit des Mitarbeiters in Thailand in Verbindung mit der Dokumentation der Rückbelastung in Form einer Servicerechnung kann dazu führen, dass das Mutterunternehmen in Thailand eine steuerliche Betriebsstätte gründet, insbesondere bei zeitintensiven Infrastrukturprojekten. Das Personal sollte dem Tochterunternehmen daher im Rahmen einer sog. Personalgestellung überlassen werden. Die Verrechnung des Aufwandes für die Personalgestellung hat vergleichbar zu ähnlichen Verträgen mit fremden Dritten (wie bspw. Manpower oder Adecco) zu erfolgen,<sup>10</sup> dann wird grundsätzlich keine Betriebsstätte des Mutterhauses in Thailand begründet.

### 6. Vergaberechtlich begründete Strukturierungsvorgaben

Im Rahmen der Vergabe von Staatsaufträgen gelten oftmals besondere Anforderungen den Nachweis der Eignung der Unternehmen bzw. an die Produkte. Gängige Eignungskriterien sind u. a. die Erfahrung bezüglich gleichgelagerter Projekte sowie besondere Spezifikationen bspw. in Bezug auf die Produkte (bspw. Herstellung im Inland). Vor diesem Hintergrund würden neugegründete Tochtergesellschaften als ungeeignet gelten, weil sie nicht über die erforderliche Projekterfahrung verfügen. Eine Ableitung der Erfahrung über das Mutterunternehmen kommt in der Regel nicht in Betracht. In dieser Konstellation ist das Projekt daher bei Werk- bzw. Serviceleistungen in Thailand zwingend über eine Branch abzuwickeln.

Unternehmen, die bereits eine lokale Produktionsgesellschaft in Thailand aufgebaut haben, aber aufgrund der Vergabekriterien nicht als Vertragspartner in Betracht kommen, stellt sich die Frage, wie sie das bestehende Tochterunternehmen in die Vertragsausführung einbinden können. Möglich sind hier insbesondere die lokale Montage von importierten Komponenten sowie ggf. unterstützende Serviceleistungen, soweit der Hauptvertrag dies zulässt.

### 7. Software

Umfasst der Auftrag auch Software, ist darauf zu achten, dass im Hinblick auf den Software-Teil eine separate Be-Preisung erfolgt, da anderenfalls auf das Gesamtvertragsvolumen ggf. eine höhere Quellensteuer (15 %) anfällt. Dies ist besonders relevant, wenn der Auftraggeber den Auftrag über einen sog. Engineering, Procurement, and Construction-Vertrag abwickeln will, also für den Gesamterfolg einen Gesamtpreis zahlen möchte.

### III. Zusammenfassung

Das positive Investitionsklima in Thailand, insbesondere aufgrund der massiven Infrastrukturprojekte, bietet ausländischen Investoren zahlreiche Möglichkeiten, aktiv zu werden. Die vorgenannten Problemfelder zeigen auf, dass eine frühzeitige und sorgfältige Vorbereitung der Projektimplementierung angezeigt ist. Insbesondere sollte sich mit dem Auftraggeber im Vorfeld auf den anwendbaren Quellensteuersatz geeinigt werden. Idealerweise wird der Leistungsgegenstand im Vorfeld im Rahmen eines sog. Contract-Split aufgeteilt, um die Quellensteuerbelastung zu minimieren. Bei öffentlichen Aufträgen ist ein besonderes Augenmerk darauf zu legen, ob die Vergabekriterien die Ausführung des Projektes über eine (neugegründete) *BOI*-geförderte Tochterkapitalgesellschaft ermöglichen. Für den Fall, dass bei längeren Projekten zwingend eine Branch zu registrieren ist, sollte in Erwägung gezogen werden, ein sog. Permanent Branch Office einzurichten, um die Quellensteuerbelastung zu senken.

## Energie

### BGH: Leitungen der Bereiche „Recht und Regulierung“ sowie „Kaufmännischer Bereich“ unterfallen der Unbundling-Karenzzeitregelung nach § 10c VI EnWG

*Die Karenzzeitregelung des § 10c II 1 EnWG gilt nach § 10c VI EnWG auch für die Leitungen der Abteilungen „Recht und Regulierung“ sowie „Kaufmännischer Bereich“. Die Erfüllung dieser Aufgabenbereiche setzt umfangreiche Kenntnisse der technischen Eigenschaften des Transportnetzes und seines Zustandes voraus. Hierdurch besteht hinreichendes Diskriminierungspotenzial im Hinblick auf eine Bevorzugung der Interessen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens.*

**Problemstellung:** Die Ast. ist ein von der *BNetzA* zertifizierter unabhängiger Transportnetzbetreiber i.S.v. § 10 EnWG und betreibt ein Erdgas-Hochdruckleitungsnetz. Der Zertifizierungsbescheid enthält die Feststellung, dass die jeweilige Leitung der Bereiche „Kapazitäts- und Dienstleistungsmanagement“, „Recht und Regulierung“, „Kaufmännischer Bereich“, „Prozess- und IT-Management“, „Abwicklung/Operatives“, „Asset-Management“,

<sup>10</sup> Vgl. *BMF-Schreiben* v. 9.11.2001 – IV B 4 – S 1341 – 20/01, Verwaltungsgrundsätze – Arbeitnehmerentsendung, Ziff. 3 ff.