

Bayerischer Kommunalen
Prüfungsverband

BKPV

BKPV-Mitteilungen

1/2002
August 2002

Bayerischer Kommunalen Prüfungsverband
Renatastraße 73, 80639 München
Telefon: (089) 1272-0, Telefax: (089) 1688646
E-Mail: geschaeftsstelle@bkpv.de
Internet: www.bkpv.de

INHALTSVERZEICHNIS

RdNr.		Seite
-	Vorwort	2
1	Cross-Border-Leasing Struktur und Risiken eines modernen Finanzierungsinstruments	4
2	Geldanlagen von Gemeinden bei anderen Gemeinden	13
3	Privatwirtschaftliche Betätigung von Kommunen als unlauterer Wettbewerb im Sinn des UWG?	18
4	Zulässigkeit der Koppelung des Verkaufs gemeindlicher Grundstücke mit dem Bezug von Fernwärme	21
5	Änderung der Eigenbetriebsverordnung und der Verordnung über Kommunalunternehmen durch Verordnung vom 12.10.2001	23
6	Eintragung des gesetzlichen Vertreters eines Eigenbetriebs in das Handelsregister	32
7	Gesetz zur Eindämmung illegaler Betätigung im Baugewerbe - Auswirkungen auf kommunale Gebietskörperschaften und ihre Betriebe	36
Bau 1	Die Neuregelungen der VOB 2000 und des Vergabehandbuchs Hochbau, Ausgabe Bayern, zu Skonto-, Nachlaß- und Nebenangeboten	45
Bau 2	Auswirkung der Euro-Einführung auf die Lohnleitklausel	49
Bau 3	Ausgleich für Mengenänderungen nach § 2 Nr. 3 VOB/B	50
Bau 4	Anträge auf Zuwendungen nach RZWas 2000 Vergütung des Ingenieurs für die Vorbereitung der Anträge auf Finanzierung	51

BKPV-Mitteilungen 1/2002

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

nach langer Zeit stellen wir Ihnen wieder ein Heft der „BKPV-Mitteilungen“ vor. Ich hoffe, Sie haben diese Publikation noch nicht ganz vergessen. Für den langen Zeitraum seit Erscheinen der letzten Mitteilungen bitte ich um Ihr Verständnis. Wir werden Sie in nächster Zeit in kürzeren Abständen mit aktuellen Informationen versorgen.

Die Beiträge aus den Mitteilungen (derzeit ab dem Jahr 2000), aus unseren Geschäftsberichten (ab 1997) und aus dem steuerlichen Beratungsdienst (derzeit ab 2000) finden Sie auch auf unserer Internet-Seite unter der Adresse www.bkpv.de (>Veröffentlichungen). Die Geschäftsberichte erhalten unsere Mitglieder, seitdem wir sie im Internet anbieten, nur mehr einmal in Papierform zugesandt. Auch die BKPV-Mitteilungen sollen wegen der Möglichkeit, sie im Internet abzurufen, ab dem Jahr 2003 generell nur mehr einmal in Papierform zugesandt werden. Wir hoffen, daß sich durch die Möglichkeit des Abrufs im Internet die Information der Mitarbeiter in den Kommunen über die Fachbeiträge in unseren Veröffentlichungen deutlich verbessert. Auf unserer Internet-Seite finden Sie außerdem auch weitere nützliche Informationen über uns, etwa über die Geschäftsverteilung oder die Ansprechpartner in der Geschäftsstelle bis hin zu Stellenangeboten.

Aus dem vorliegenden Heft möchte ich besonders auf den Beitrag über das „Cross-Border-Leasing“ (RdNr. 1) hinweisen. Dieses Instrument zur Erzielung zusätzlicher Einnahmen ist zwar nur für wenige große Kommunen oder Zusammenschlüsse von Bedeutung, aber andererseits bezeichnend dafür, mit welchem Aufwand und mit welcher Intensität den Kommunen Finanzierungsinstrumente aller Art angeboten werden. Es bietet beeindruckende Möglichkeiten, birgt aber auch erhebliche, von den Kommunen kaum aus eigener Sachkenntnis zu beurteilende Risiken und Probleme. In einem weiteren Beitrag (RdNr. 2) befassen wir uns mit der Problematik von Kreditvergaben der Kommunen untereinander oder mit deren Einrichtungen, Unternehmen und Zusammenschlüssen. Auf der Suche nach günstigen Finanzierungen und Finanzanlagen sind Kommunen beim Abschluß von Darlehensverträgen über private Vermittler erhebliche Risiken eingegangen und haben (bisher wohl weitgehend außerhalb Bayerns) viele Millionen verloren. Bei einzelnen Darlehensverträgen, die unmittelbar mit einer anderen Kommune abgeschlossen und bei denen auch nur zwischen den Vertragspartnern Zahlungen geleistet werden, mag man vielleicht einmal Vorteile erzielen gegenüber den Konditionen der Banken und Sparkassen. Von der Einschaltung privater Vermittler, gar von Zahlungen an solche, ist aber dringend abzuraten.

Auf zwei für die Kommunen sehr wichtige Urteile des Bundesgerichtshofs (BGH) zum Wettbewerbsrecht möchte ich noch besonders hinweisen. Das eine vom 25.04.2002 (RdNr. 3) ist bereits weitgehend bekannt und wurde teilweise als Freibrief für eine Ausweitung der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen verstanden. Es befaßt sich

jedoch ausschließlich mit der wettbewerbsrechtlichen Problematik und läßt die öffentlich-rechtlichen Einschränkungen in den Kommunalgesetzen unberührt. Nur der private Mitbewerber kann sich auf diese Einschränkungen nicht mehr unmittelbar berufen. Das zweite Urteil vom 09.07.2002 (RdNr. 4) bestätigt den Gemeinden das bisher bestrittene Recht, die Veräußerung gemeindeeigener Grundstücke an die Verpflichtung zu binden, von einer Gesellschaft mit gemeindlicher Beteiligung die Fernwärme zu beziehen. Die gleiche Möglichkeit hat der BGH den Gemeinden auch beim Abschluß von Erschließungsverträgen mit Erschließungsträgern eingeräumt.

Zum Schluß möchte ich auch an dieser Stelle auf die Fachbeiträge in unserem Geschäftsbericht für das Jahr 2001 hinweisen, die sich mit folgenden Themen befassen:

- Einführung gesplitteter Entwässerungsgebühren
- Personalbemessung in Sozialämtern - Sachbearbeiter für „Offene Hilfe“
- Hinweise zur Sanierung überlasteter Kanalnetze
- Kalkulation der Netznutzungsentgelte für elektrische Energie nach der Verbändevereinbarung II
- Erfahrungen mit neuen Rechtsformen bei Krankenhäusern.

Ihr

Wolfram Zwick

Cross-Border-Leasing Struktur und Risiken eines modernen Finanzierungsinstruments

1. Einführung

Auch auf den Finanzmärkten nimmt der Druck der Konkurrenz zu. Es nimmt deshalb nicht wunder, wenn Finanzinstitute und -berater zunehmend die Kommunen und ihre Zusammenschlüsse in jeder Größe als interessante Abnehmer ihrer Produkte und Dienstleistungen sehen. Sie treffen dabei auf von Sparzwängen und knappen Kassen geprägte kommunale Vertreter, die in Fragen der Finanzierung und Einnahmebeschaffung sowohl zunehmend sensibel sind als auch an Mobilität in dem Sinn gewonnen haben, daß gewohnte Bindungen an die Hausbank und lang bekannte Finanzierungsinstrumente verhältnismäßig leicht aufgegeben werden. Dieser Markt ist auch für komplexe Finanzierungsinstrumente empfänglich, wenn sie besonderen Gewinn oder eine sog. Finanzoptimierung versprechen. Eines dieser in jüngerer Zeit im kommunalen Bereich vermehrt gewählten Finanzierungsinstrumente ist das sog. Cross-Border-Leasing, insbesondere mit US-Beteiligung, auf die auch diese Darstellung abhebt.

Im folgenden soll versucht werden, grob die Struktur und die Zahlungsströme des Cross-Border-Leasing zu skizzieren und die sich dabei für die kommunale Seite ergebenden Risiken in Grundzügen anzusprechen. Auf genaue Literaturverweise wird zugunsten der Lesbarkeit verzichtet; zur Vertiefung mögen die am Ende aufgeführten Hinweise dienen. Eine erschöpfende Erörterung des Cross-Border-Leasing ist mit diesem Beitrag weder gewollt noch kann sie von seiten des Bayerischen Kommunalen Prüfungsverbandes geleistet werden. Im Bereich des Cross-Border-Leasing treten nach unserer Einschätzung international tätige und versierte Banken und Rechtsanwaltskanzleien auf. Sie müssen es bewältigen, ein über einen langen Zeitraum gültiges, höchst komplexes und umfangreiches Regelwerk zu schaffen und gegen Risiken aus mehreren Rechtskreisen abzufedern. Die kommunale Seite ist dabei nur eine Partei unter vielen. Wer auf kommunaler Seite glaubt, mit einem Produkt „von der Stange“ verhältnismäßig mühelos Gewinn einfahren zu können, ohne sich übermäßig einzubringen, überläßt es anderen, vertragliche Regelungen nach ihren Interessen zu gestalten, und ist schlecht beraten.

Das Cross-Border-Leasing ist eine Sonderform des Leasing, die als Vermieten von Gegenständen im Außenhandel beschrieben werden kann. Dabei werden zwei Rechtskreise angesprochen, der des ausländischen Leasingnehmers (und Sub-Leasinggebers) und der des deutschen Leasinggebers (und Sub-Leasingnehmers). Da die steuerliche Zurechnung des Leasinggegenstandes länderspezifisch unterschiedlich sein kann, lassen sich durch Cross-Border-Leasing eventuell steuerliche Vergünstigungen dadurch erzielen, daß sowohl Leasingnehmer als auch Leasinggeber den Gegenstand abschreiben können. Die steuerlichen Vergünstigungen in einem Land können außerdem in günstigen Leasingraten an den Partner weitergegeben werden (sog. tax-based leasing). Nach deutschem Recht verliert die Kommune durch den Abschluß eines US-Cross-Border-Leasingvertrages weder das zivilrechtliche noch das wirtschaftliche Ei-

gentum am Leasinggegenstand. Dem steht nicht entgegen, daß aus US-Sicht wirtschaftlicher Eigentümer der beteiligte US-Trust ist.

Das Cross-Border-Leasing ist keine klassische Finanzierungsform, sondern eine Zusatzfinanzierung zur (nachträglichen) Verbesserung einer vorhandenen Finanzierungsstruktur für ein bestehendes Vertragsobjekt. In den letzten Jahren haben sich zunehmend Modelle herausgebildet, die weniger auf die Förderung realwirtschaftlicher Investitionen zielen als vielmehr auf Zusatzerträge aus bereits finanzierten und in Betrieb befindlichen Anlagen (Netto-Barwertvorteil = Net Present Value Benefit) sowie auf steuerliche Entlastungen. Beispielhaft ist hier das in Varianten (z.B. „Service-Contract“) angebotene US-Lease zu erwähnen. Dabei nennen die auf dem Markt agierenden Finanzierungsinstitute als geeignete Leasinggüter neben Gebäuden, U-Bahnen, Straßenbahnen, Müllverbrennungsanlagen usw. auch Kläranlagen und Abwasserkanäle. Die Finanzierungsinstitute geben als Mindestbeträge für das Transaktionsvolumen in der Regel 100 bis 150 Mio US \$ an. Dementsprechend haben bundesdeutsche Kommunen bislang nicht allzu viele Cross-Border-Leasing-Verträge abgeschlossen (allerdings z.T. mit einem Volumen von 300 Mio € bis 1 Mrd €). Zunehmend wird jedoch überlegt, mehrere Kommunen in einem Vertrag zusammenzufassen.

2. Struktur und Zahlungsströme des Cross-Border-Leasing

Vereinfacht ausgedrückt verleast beim US-Cross-Border-Leasing die Kommune als Eigentümerin des Leasinggegenstandes diesen für einen Zeitraum von regelmäßig mehreren Jahrzehnten (bis zu 100 Jahren), dessen Festlegung von US-steuerlichen Maßstäben bestimmt wird und üblicherweise mehr als 30 % über der Restnutzungsdauer des Leasinggegenstandes liegt, an einen nur zu diesem Zweck gegründeten US-Trust (single purpose trust), der ihn für einen kürzeren Zeitraum von ca. 22 bis 28 Jahren wieder an die Kommune zurückverleast (Sub-Leasingvertrag). Den US-Trust versorgen US-Eigenkapital-Investoren mit Eigenkapital (Trust Agreement); er refinanziert sich bei Bankinstituten. Um die Entrichtung der nach dem Sub-Leasing-Vertrag anfallenden Leasingraten sicherzustellen, schließt die Kommune regelmäßig mit mehreren Finanzinstituten (Defeasance-Institute) nicht befreiend wirkende Erfüllungsübernahme- oder Schuldbeitrittsvereinbarungen.

Zum Ablauf des Sub-Leasing-Vertrages wird der Kommune ein Optionsrecht auf Erwerb der beim US-Trust noch bestehenden Nutzungsrechte eingeräumt. Sie kann anstelle des US-Trusts durch Leistung eines schon bei Vertragsschluß festgelegten Kaufoptionspreises in den (Haupt)Leasingvertrag eintreten, der dann wegen der Identität von Leasingnehmer und -geber durch Konfusion erlischt. Die gesamte Transaktion ist damit beendet. Andernfalls tritt mit bereits zu Vertragsschluß festgelegten Konditionen ein Betreibervertrag (Service Contract) in Kraft, nach dem der US-Trust entweder selbst oder durch einen Dritten die Anlage betreibt. Dabei ist aus steuerlichen Gründen darauf zu achten, daß sich für die Kommune nicht der Zwang ergeben darf, die Option auszuüben (sog. Compulsion Issue).

Die grundsätzlichen Rechte und Pflichten aller Partner der Transaktion werden in einem Rahmenvertrag (Participation Agreement) festgeschrieben.

Beim Vertragsschluß (Closing) werden die Raten des Haupt-Leasing-Vertrags an die Kommune im voraus bezahlt, die ihrerseits Einmalzahlungen bestimmter Beträge an ihre Defeasance-Institute leistet und damit bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise alle Verpflichtungen aus dem Sub-Leasingvertrag und der Kaufoptionsvereinbarung erfüllt. Sie begleicht damit alle unmittelbaren Verpflichtungen bereits mit Vertragsschluß. Der Kommune verbleibt der Netto-Barwertvorteil, der nach Angaben in der Literatur und aus der Praxis in den letzten Jahren 3 bis über 5 % des Transaktionsvolumens betragen konnte. Im Idealfall des vertragsgemäßen Ablaufs fallen für die Kommune während der Laufzeit weitere Zahlungen nicht an.

3. Risiken des Cross-Border-Leasing

Das Cross-Border-Leasing ist nicht risikofrei. Aus unserer Sicht sind - ohne Anspruch auf Vollständigkeit - die nachfolgenden Gesichtspunkte hervorzuheben, die vor Abschluß eines Cross-Border-Leasing auf jeden Fall beachtet und ggf. unter Einschaltung erfahrener Dritter geprüft werden sollten. Aus ihnen können sich Bedenken ergeben, die einen Abschluß nicht ratsam erscheinen lassen. Dabei wird man die möglichen Risiken grob danach unterscheiden können, ob sie sich bis zum Vertragsschluß realisieren können (Transaktionsrisiken) oder in der Struktur des Cross-Border-Leasing begründet sind (Strukturrisiken).

a) Transaktionsrisiken

- Das Cross-Border-Leasing bringt einen hohen **Aufwand** mit sich. Die Verhandlungsphase wird ohne weiteres mehrere Monate umfassen. Beim US-Lease bilden mehrere Einzelverträge ein zusammenhängendes Vertragswerk, das je nach Struktur mehrere hundert Seiten ausmachen kann. Die Verträge werden in englischer Sprache abgefaßt und in den USA unterzeichnet; zur Anwendung kommt US-amerikanisches Recht, z.B. der Bundesstaaten New York oder Delaware. Eine Übersetzung dürfte wegen des damit verbundenen Aufwands und der Maßgeblichkeit des englischen Texts nicht in Frage kommen.

Um die Interessen der beteiligten deutschen Kommune zu wahren und das Vertragswerk soweit wie möglich auf ihre Interessen zuzuschneiden, ist es erforderlich, daß die Transaktion von einem in beiden Rechtssystemen, Sprachen und Verhandlungskulturen erfahrenen Berater begleitet wird (Arrangeur). Hier sollte nicht vorschnell auf Anpreisungen interessierter Finanzierungsinstitute vertraut werden; eine sorgfältige Auswahl des Arrangeurs anhand eines Angebotvergleichs sowie das genaue Verhandeln seines Mandats sind wegen seiner zentralen Rolle in der Transaktion dringend zu empfehlen.

Ob bezüglich des Arrangeurvertrages eine Verpflichtung besteht, ein formelles **Ausschreibungsverfahren** durchzuführen, wird kontrovers diskutiert. So wird vertreten, eine Ausschreibungspflicht bestehe regelmäßig nicht, weil die Ausnahmenvorschrift des § 100 Abs. 2 Buchst. m) GWB greife. Der Arrangeurvertrag begründe grundsätzlich ein besonderes kapitalmarktbezogenes Vertrauensverhältnis, in dem es um sehr sensible Leistungen gehe, die hohe Anforderungen an die Vertragspartner stellen. In erster Linie werde sich dieses Vertrauensverhältnis aus der vertraglichen Verpflichtung des Arrangeurs ergeben, eine Empfehlung eines US-Investors auszusprechen, mit dessen Qualität die Transaktion stehe und falle. Es läßt sich aber auch die Auffassung vertreten, der Arrangeurvertrag setze zwar das Vertrauen in die Person des Arrangeurs voraus, daß er in der Lage sei, die komplexen Beratungs- und Koordinationsleistungen bei der Abwicklung des Cross-Border-Leasing zu erbringen; dieses Vertrauen sei aber nicht kapitalmarktbezogen. Vielmehr sei zwischen Banken- und Arrangeurleistungen zu unterscheiden. Die Arrangeurleistung ließe sich danach unter Kategorie 27 des Anhangs IB der VOL/A in Form einer sonstigen Dienstleistung mit der Folge einordnen, daß Vergaberecht zum Tragen käme, aber die a-Paragrafen der VOL/A gemäß § 1 a Nr. 2 Abs. 2 VOL/A nur eingeschränkt anwendbar wären.

Eine Kommune dürfte auch im Hinblick auf die Nichtigkeitsfolge nach § 13 VgV und das Risiko, vergeblich aufgewandte Transaktionskosten tragen zu müssen, mit der Durchführung eines europaweiten Teilnahmewettbewerbs mit anschließendem nicht förmlichem Verhandlungsverfahren auf der sicheren Seite sein. In diese Richtung weist auch § 31 KommHV.

Auch hinsichtlich der Bankdienstleistungen ist ein genauer Vergleich der Angebote ratsam.

- Der **Barwertvorteil** ist abhängig vom Fremd- und Eigenkapitalzinssatz, von der Struktur der Transaktion und ihren Nebenkosten, vom Transaktionsvolumen und vom Dollarkurs beim Abschluß. Je nach der Anzahl der beteiligten Anwälte, Banken, Berater und Steuerberater können die Nebenkosten erheblich sein (Honorare, Reisekosten, Gutachten usw.). Außerdem müssen das Leasinggut durch einen oder mehrere sog. Appraiser bewertet und seine Restlebensdauer ermittelt werden, da sich hieraus das Transaktionsvolumen ergibt. Nur am Rande sei vermerkt, daß dieses Wertgutachten zwar von der Kommune in Auftrag gegeben wird, aber ihr regelmäßig nicht zugeht. Denn es dient der Willensbildung beim US-Investor.
- Für den Rahmenvertrag und die einzelnen Beziehungen zwischen den Parteien ist eine Vielzahl von **Vertragsbedingungen** auszuhandeln. In einem uns bekannt gewordenen Fall sind auf seiten der Kommune neben dem Arrangeur zwei Rechtsanwaltskanzleien (für deutsches und US-Recht), ein zusätzliches Beratungsunternehmen sowie drei Gutachter (für die Bereiche Technik, Umwelt und Wert des Leasinggegenstandes) und auf seiten des US-Trusts drei Rechtsanwaltskanzleien tätig geworden. Dabei sind auch die Eigenheiten des US-amerikanischen Rechts-

systems zu berücksichtigen und sämtliche Eventualitäten vertraglich zu regeln, was für einen deutschen Partner oftmals nur schwer verständliche und umfangreiche Regelwerke mit sich bringt.

- Dringend zu empfehlen ist eine vorherige Abstimmung des Cross-Border-Leasing mit den zuständigen Behörden.

Beim Cross-Border-Leasing bleiben Eigentum und Verfügungsgewalt bei der deutschen Kommune. Dennoch sollte vorab mit der **Förderbehörde** abgeklärt werden, ob der angestrebte Abschluß förderunschädlich ist. Der Barwertvorteil könnte als nachträgliche Erhöhung der Eigenmittel angesehen werden, die eine anteilige Ermäßigung der Zuwendungen nach sich zöge. Es erscheint aber zweifelhaft, ob es sich beim Barwertvorteil um mit dem Zuwendungszweck zusammenhängende Einnahmen handelt. Denn Zweck der Zuwendungen war die Errichtung der geförderten Anlage, während die Transaktion auf die bereits bestehende Anlage aufsetzt. Im übrigen könnte es auch darauf ankommen, ob die Bindungsfrist für die Verwendung gewährter Zuwendungen noch läuft.

Vorab wäre evtl. auch die Genehmigung der **Rechtsaufsichtsbehörde** nach Art. 72 GO und den entsprechenden Bestimmungen der anderen Kommunalgesetze (kreditähnliches Rechtsgeschäft) einzuholen. Ob ein kreditähnliches Rechtsgeschäft vorliegt, wird im Einzelfall u.U. nur schwer zu beurteilen sein. Anzuknüpfen wäre insbesondere an die Leasingverträge. Trägt die Kommune das Risiko der Einführung einer US-Quellensteuer, könnte darin ein Gewährvertrag gesehen werden. Allerdings fehlt es regelmäßig am für Gewährverträge typischen Drei-Personen-Verhältnis. Die Kommune wird gegenüber ihren US-Partnern auf der sicheren Seite sein, wenn sie eine Genehmigung der kommunalrechtlich relevanten Transaktionsteile erlangt, selbst wenn sich aus der Sicht des Landesrechts über die Genehmigungspflicht trefflich streiten ließe.

Zur Frage der steuerlichen Behandlung des Barwertvorteils sollte rechtzeitig eine verbindliche Auskunft des **Finanzamtes** eingeholt werden. Bei einem Betrieb gewerblicher Art dürfte der Barwertvorteil nach Auffassung der Finanzbehörden wohl im Jahr des Vertragsabschlusses als Ertrag einzustellen und steuerbar sein. Dem ließe sich aber entgegenhalten, daß der Barwertvorteil erst während der Laufzeit des Sub-Leasing-Vertrages zeitanteilig verdient wird, da sich solange das Risiko verwirklichen kann, daß die vertraglichen Pflichten nicht erfüllt werden und Ausgleichs- oder Schadensersatzzahlungen zu leisten sind. Richtig wäre es dann, den Barwertvorteil gemäß § 5 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 EStG in einen passiven Rechnungsabgrenzungsposten einzustellen, der über die Laufzeit des Sub-Leasing-Vertrages aufzulösen wäre. Durch das US-Lease selbst wird aber ein Betrieb gewerblicher Art nicht begründet.

- Das Cross-Border-Leasing ist abhängig von äußeren **Rahmenbedingungen**, insbesondere dem deutschen Steuerrecht, dem US-Steuerrecht und dem Vor-

gehen der US-Steuerbehörde IRS (Internal Revenue Service). Aus US-amerikanischer Sicht erscheint eine Überprüfung oder gesetzgeberische Korrektur der Cross-Border-Leasing-Praktiken mit dem Argument denkbar, Bürger eines anderen Staates kämen unberechtigt zu Steuervorteilen, die zu Lasten der amerikanischen Steuerzahler gingen. Das Risiko der Änderung der Steuergesetzgebung auf deutscher wie US-Seite besteht für die Kommune bis zum Vertragsschluß.

- Es besteht ein erhebliches Risiko, für Anwälte, Gutachter und Steuerberater (auf US- und deutscher Seite) und für den Arrangeur vergeblich **Transaktionskosten** aufzuwenden, das im wesentlichen auf der Möglichkeit einer US-Steuerrechtsänderung noch vor dem endgültigen Vertragsschluß beruht. Es können bereits vor Abschluß des Vertrages weitreichende Zahlungsverpflichtungen für die Kommune als Eigentümerin des Leasinggutes entstehen, wenn die Transaktion beendet werden muß, ohne daß es zu einem Vertrag und zum Zufluß eines Barwertvorteils kommt. Dabei sind Beträge in zweistelliger Millionenhöhe möglich. Es könnte empfehlenswert sein, mit dem Arrangeur über eine Risikoübernahme zu verhandeln, deren Umfang sich allerdings auf den Barwertvorteil auswirken würde.
- Unerlässlich ist die Einbindung der **nach Kommunalrecht zuständigen Organe**. Welche Anforderungen dabei an die Informationsdichte zu stellen sind, dürfte allgemein schwer zu beantworten sein. Grundlegende wirtschaftliche und rechtliche Eckdaten werden den zuständigen Gremien vorliegen müssen. Bezüglich des Vertragsabschlusses in den USA kann sich die Einbindung schwierig gestalten. Denn dem im Außenverhältnis unbeschränkt zeichnungsbefugten Vertreter der Kommune müssen im Innenverhältnis präzise Vorgaben zur Ausübung seiner Vertretungsmacht gegeben werden, die ihm gleichzeitig ausreichend Spielraum lassen.

Ein Abschluß trotz fehlenden Organbeschlusses könnte dazu führen, daß die Transaktion schwebend unwirksam wäre.

b) **Strukturrisiken**

- Das Cross-Border-Leasing wird - wie oben ausgeführt - nur ab einer bestimmten **Größenordnung** und Werthaltigkeit des Leasinggegenstandes in Frage kommen. Es dürfte damit nur für größere Kommunen von Interesse sein. Dazu tritt als weiterer Aspekt, daß Vertragsanbahnung und -pflege sowie -überwachung hohe Anforderungen an das kommunale Personal stellen, wenn sich die Kommune nicht darauf verlassen will, daß ihre Interessen bei den Vertragspartnern am besten aufgehoben sind. Das Cross-Border-Leasing verlangt damit ein gewisses Potential an persönlichen und sachlichen Ressourcen bei der Kommune.
- Nach dem Vertragsschluß sollte das **Steueränderungsrisiko** in den USA regelmäßig der (Haupt)Leasingnehmer tragen. Es wäre darauf zu achten, daß vertraglich dieses US-Steuerrechtsänderungsrisiko auf den US-Vertragspartner abgewälzt

wird, da es außerhalb der Sphäre der deutschen Kommune liegt. Ob das für das Risiko der Einführung einer US-Quellensteuer gelingen wird, erscheint aber zweifelhaft. Mindestens ein am Markt tätiges Finanzierungsinstitut will dieses Risiko durch Einschalten einer Zwischengesellschaft auf den Cayman-Inseln als Zwischenmieterin beherrschbar machen (sog. doppelstöckiges US-Lease).

- Bei Vertragsabschluß übernimmt der deutsche Partner regelmäßig **Bonitätsrisiken** einzelner involvierter Vertragspartner, insbesondere der Defeasance-Institute. Dieses Risiko besteht über die Vertragslaufzeit. Durch die Auswahl erstklassiger Institute kann es abgemildert werden. Hierzu wäre ggf. das konkrete Rating heranzuziehen und während der Laufzeit des Leasingvertrages zu beobachten. Bei einem Ratingabfall über einen bestimmten Wert wird sich vertraglich diesbezüglich eine Restrukturierungspflicht ergeben. Denkbar wäre auch die Stellung eines Akkreditivs seitens der Kommune zur Abdeckung des dann offenen Kündigungsbetrages (Strip-Amount Letter of Credit).
- Hinsichtlich des Barwertvorteils besteht zwar ein **Wechselkursrisiko** nicht. Das gilt aber nicht bezüglich etwaiger Schadensersatzansprüche oder Zahlungsansprüche beim Ausfall der Defeasance-Institute während der Vertragslaufzeit.
- Die Kommune trägt das **Betriebsrisiko**. Für sie besteht die Gefahr, daß eine längere Betriebsunterbrechung in der Einrichtung, also beim Leasinggegenstand, beim ausländischen Leasingnehmer zum Verlust seiner Steuerprivilegien und damit zu einer Schadensersatzpflicht der Kommune führen könnte. Auch der Fall des Untergangs des Leasinggegenstandes und das Überschreiten einer vertraglichen Wiederherstellungsfrist werden in aller Regel zur Annahme eines Vertragsbruchs seitens der deutschen Kommune führen und eine Schadensersatzpflicht auslösen. Bedacht werden sollte auch, daß eine Anlage wegen rückläufiger Auslastung unwirtschaftlich werden könnte. Diese Fragen wären vorab zu klären und die Risiken zu bewerten. Gegebenenfalls wäre eine Versicherung zu empfehlen, wobei die Versicherungsprämien aber den Barwertvorteil des Cross-Border-Leasing schmälern würden.
- Im Vertrag ist darauf zu achten, daß eine nicht erwünschte **Übertragung der Anteile** des US-Trusts (z.B. an Konkurrenten) während der Laufzeit des Sub-Leasingvertrages ausgeschlossen ist.
- Für den Fall der **Insolvenz des US-Trusts** wird für die Kommune das Risiko bestehen, daß Gläubiger des Trusts die Verwertung ihrer Anlage betreiben.
- Beteiligt sich eine Kommune mit einer gebührenrechnenden Einrichtung an einem Cross-Border-Leasing, stellt sich die Frage, ob der Barwertvorteil als Erlös in die **Gebührenkalkulation** einzustellen und auf diese Weise den Gebührenzahlern wieder gutzubringen ist. Diese Frage ist - soweit ersichtlich - gerichtlich noch nicht geklärt.

Zum Teil wird darauf abgestellt, ob die Kommune die Kosten und Risiken des Cross-Border-Leasing über den Gebührenhaushalt abdeckt. In diesem Fall ließe sich die Auffassung vertreten, daß sie die Kausalität zwischen den Erlösen und den Kosten mit der Folge herstellt, daß der Barwertvorteil betriebsbedingter Erlös wird. Es erscheint aber auch vertretbar, den Barwertvorteil als Rücklage zu passivieren, da ein gewisses Risiko besteht, daß die Transaktion im Fall einer Vertragsstörung rückabgewickelt wird und die Kommune den sog. Termination Value zu zahlen hat. Den Gebührenzahlern kämen dann die Zinserlöse aus der Anlage der Rücklagemittel oder die Ersparnis von Zinskosten bei Investitionsaufwendungen unter Einsatz dieser Rücklagemittel zugute.

Zum Teil wird aber auch die Auffassung vertreten, die Erlöse aus dem Cross-Border-Leasing würden ohne Kosten für die gebührenfinanzierte Einrichtung erzielt und seien keine durch den Anlagenbetrieb verursachte sachbedingte Einnahme; sie bräuchten deshalb in der Gebührenkalkulation nicht berücksichtigt zu werden.

- Mit Abschluß eines Cross-Border-Leasing bindet sich die Kommune für einen **langen Zeitraum**. Es ist zu bedenken, daß insoweit bezüglich des Leasinggegenstandes Kooperationen mit anderen Kommunen oder sog. Public-Private-Partnerships zumindest erheblich erschwert sein dürften.

Nur bei sorgfältiger Prüfung aller Bestimmungen mit Unterstützung erfahrener Anwälte und Berater kann eine Kommune aus derzeitiger Sicht die Risiken mit einiger Wahrscheinlichkeit zutreffend einschätzen und eine ausgewogene Risikoverteilung zwischen allen Vertragsparteien erreichen. Einen entscheidenden Unsicherheitsfaktor bildet die lange Vertragslaufzeit, weil der Barwertvorteil als entscheidendes Motiv für den Vertragsabschluß erst nach reibungslosem Ablauf des Sub-Leasingvertrages der Kommune vollständig erhalten bleibt. Ob und inwieweit die IRS oder die US-amerikanische Gesetzgebung bisherigen Leasing-Praktiken begegnen werden und wie der Finanzmarkt darauf reagiert, bleibt spannend.

Weiterführende Literatur und Hinweise:

- Biagosch/Kuchler, Nochmals: Probleme und Risiken der „Cross-Border-Leasinggeschäfte“, KStZ 2002, S. 85 ff.
- Biagosch/Weinand-Härer, US-Cross Border Lease-Transaktionen, in Kroll (Hrsg.), Leasing-Handbuch für die öffentliche Hand, 8. Aufl. 2002, S. 112 ff.
- Bühner/Sheldon, US-Leasingtransaktionen - Grundstrukturen einer grenzüberschreitenden Sonderfinanzierung, DB 2001, S. 315 ff.
- Bühner, Arrangeurvertrag zur Vermittlung von US-Cross-Border-Leasing-Transaktionen: Risiken des Verzichts auf eine Ausschreibung, DB 2002, S. 1036 ff.

- David, Gebührenkalkulation beim Cross-Border-Leasing, KStZ 2000, S. 1 ff.
- Eder, Karussell-Geschäft mit vielen Kniffen, ENTSORGA 1999, S. 26 ff.
- Fritz, Aktuelle Formen der US-Leasingfinanzierung für Wirtschaftsgüter der Ver- und Entsorgungsbranche, Kommunalwirtschaft 1999, S. 490 ff.
- Günther/Niepel, Aufbau und Risiken des kommunalen US-Lease-in / Lease-out in Deutschland - Beratungsbedarf durch rechts- und steuerberatende Berufe, DStR 2002, S. 601 ff.
- Mitteilungen des Städte- und Gemeindebundes Nordrhein-Westfalen Nr. 19 vom 05.10.2001, S. 328, abgedruckt in ZKF 2002, S. 17 f.
- Pschera/Hödl-Adick, Netto-Barwertvorteil und Gebühren - Müssen Einnahmen aus US-Leasingtransaktionen dem Gebührenzahler zugute kommen?, ZKF 2002, S. 50 ff.
- Schulte/Wiesemann in Driehaus, Kommunalabgabenrecht, Stand September 2000, § 6 Rz. 95
- Thomas/Wanner, Steuer-, aufsichts- und gebührenrechtliche Behandlung von US-Cross-Border Leasingfinanzierungen, KStZ 2002, S. 64 ff.
- LT-DRs. 14/693 Rheinland-Pfalz
- Vergabekammer Baden Württemberg, Beschluß vom 30.11.2001, DB 2002, S. 579 ff. (Ausschreibungspflicht von Arrangeurverträgen)
- <http://www.landtag.thuringen.de/dokumente/drucksachen/Drs31734.PDF>
- <http://www.duefinance.de/seminare.htm> (>Leasing)
- http://staedtebund.wien.at/service/kanduth_oegez0112.html
- http://staedtebund.wien.at/finanzen/finanztagung_linz.html (>Neue Wege im Public Management, US-Leases, PPP, Benchmarking)

EAPI.: 04 (045); 91 (918)

2 Geldanlagen von Gemeinden bei anderen Gemeinden¹

In der Vergangenheit haben mitunter Gemeinden vorübergehend nicht benötigte Kassenbestände - meist unter Inanspruchnahme eines Kreditvermittlers - bei anderen Gemeinden angelegt. Zivilrechtlich ist ein solches Geschäft ein Darlehen (§ 488 BGB n.F.), das bei der einen Gemeinde eine Geldanlage (§ 87 Nr. 14 KommHV) ist, bei der anderen Gemeinde in der Regel als Kassenkredit (Art. 73 GO) zu werten ist. Ziel derartiger Geldgeschäfte ist, für beide Beteiligte günstigere Konditionen zu erreichen als bei vergleichbaren Geschäften mit Banken.

Zur rechtlichen Zulässigkeit solcher Geschäfte ist auf folgendes hinzuweisen:

Gemeinden dürfen Bankunternehmen weder errichten noch sich an Bankunternehmen beteiligen (Art. 87 Abs. 4 Satz 1 GO). Die Anlage von Kassenbeständen bei einer anderen Gemeinde bzw. die Aufnahme eines Kassenkredits bei einer anderen Gemeinde wird dadurch aber grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Beschränkungen ergeben sich jedoch aus dem Kreditwesengesetz - KWG - (Bekanntmachung der Neufassung vom 09.09.1998, BGBl I S. 2776, zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 23.07.2002, BGBl I S. 2778/2780). Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 KWG sind Kreditinstitute Unternehmen, die Bankgeschäfte gewerbsmäßig² oder - wenn das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit nicht erfüllt wird - in einem Umfang betreiben, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Der Unternehmensbegriff ist funktional zu verstehen; auf die Rechtsform, in der Bankgeschäfte betrieben werden, kommt es nicht an. Deshalb fallen auch Gemeinden unter den Unternehmensbegriff des KWG. Zu den Bankgeschäften rechnen auch die erwähnten Geldanlagen bzw. -aufnahmen (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG).

Bankgeschäfte werden gewerbsmäßig betrieben, wenn sie auf eine gewisse Dauer angelegt sind und der Betreiber mit der Absicht der Gewinnerzielung handelt. Zinslose Darlehen schließen die Gewerbsmäßigkeit aus (Schreiben des Bundesamtes für das Kreditwesen vom 26.10.2000 - VII 6 - 71.30 (5976) - wald), kommen aber ohnehin im Hinblick auf Art. 74 Abs. 2 Satz 2 GO, wonach Geldanlagen einen angemessenen Ertrag abwerfen sollen, grundsätzlich nicht in Betracht.

Der Umfang der Bankgeschäfte, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, ist nach der Verwaltungspraxis des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen (seit 01.05.2002: Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsauf-

¹ Aus Vereinfachungsgründen werden nur Gemeinden angesprochen; die Ausführungen gelten für Landkreise, Bezirke und öffentlich-rechtliche kommunale Zusammenschlüsse entsprechend.

² Das Merkmal „gewerbsmäßig“ wurde mit Wirkung vom 10.01.1998 in § 1 Abs. 1 Satz 1 KWG eingefügt (Gesetz zur Änderung des KWG vom 22.10.1997, BGBl I S. 2518).

sicht³) beim alleinigen Betreiben eines Kreditgeschäfts im Sinn des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG in der Regel dann erreicht, wenn zu irgendeinem Zeitpunkt

- ein Bestand von 100 noch nicht restlos abgewickelten Einzelkrediten oder
- ein Gesamtvolumen von 1 Mio DM, welches sich aus der Summe aller gewährten und noch nicht restlos abgewickelten Darlehen zusammensetzt,

gegeben ist. Die Summe von 1 Mio DM darf überschritten werden, wenn sich das Gesamtkreditvolumen aus weniger als 21 Einzelkrediten zusammensetzt (Schreiben des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen vom 04.05.1999 - VII 4 - 71.541 (1925)).

Kreditgeschäfte, die gewerbsmäßig betrieben werden oder die vorstehend beschriebene Bagatellgrenze überschreiten, sind nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG genehmigungspflichtig, aber nach Art. 87 Abs. 4 Satz 1 GO unzulässig. Ein Verstoß gegen die Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG ist eine Straftat, die mit Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bedroht ist (vgl. § 54 KWG).

Das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (nun Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht) entscheidet in Zweifelsfällen, ob ein Unternehmen den Vorschriften des KWG unterliegt. Seine Entscheidungen binden die Verwaltungsbehörden (§ 4 KWG).

Das Bundesaufsichtsamt hat sich zwischenzeitlich zu weiteren Zweifelsfragen geäußert (Schreiben vom 07.03.2002 - VII 6 - 71.30 (5976) - Er). Danach gilt folgendes:

1. Geldanlage zwischen der Gemeinde und ihren Eigen- und Beteiligungsgesellschaften und ihren Eigenbetrieben

Für Geldanlagen zwischen der Gemeinde und ihren (rechtlich selbständigen) Eigengesellschaften gilt grundsätzlich das sog. Konzernprivileg (§ 2 Abs. 1 Nr. 7 KWG). Danach gelten Unternehmen, die Bankgeschäfte ausschließlich mit ihren Mutterunternehmen oder ihren Tochter- oder Schwesterunternehmen betreiben, nicht als Kreditinstitute. Es müssen aber die weiteren Voraussetzungen nach § 1 Abs. 6 und Abs. 7 Satz 1 KWG erfüllt sein. Mutterunternehmen sind danach Unternehmen, die als Mutterunternehmen im Sinn des § 290 HGB gelten oder die einen beherrschenden Einfluß ausüben können. Ob nach den Grundsätzen des Konzernbilanzrechts Mutter-/Tochterunternehmen vorliegen oder ein beherrschender Einfluß ausgeübt wird, ist im Einzelfall anhand der gesellschaftsrechtlichen Vereinbarungen zu prüfen. In der Regel kann von der Anwendung des Konzernprivilegs ausgegangen werden, wenn die Kommune

³ vgl. Art. 1 des Gesetzes über die integrierte Finanzdienstleistungsaufsicht vom 22.04.2002 (BGBl I S. 1319)

Alleingesellschafter oder Mehrheitsgesellschafter ist. Aus den Äußerungen des Bundesamtes ist zu schließen, daß das Konzernprivileg bei Minderheitsbeteiligungen grundsätzlich nicht gilt.

Bei Geldanlagen zwischen Gemeinden und ihren (rechtlich unselbständigen) Eigenbetrieben liegt kein genehmigungspflichtiges Bankgeschäft vor. Auch hier greift nach Auffassung des Bundesamtes das Konzernprivileg.

2. Verwaltungsgemeinschaft und Mitgliedsgemeinden

Die Kasse der Verwaltungsgemeinschaft erledigt die Kassengeschäfte der Mitgliedsgemeinden aufgrund des Art. 4 Abs. 2 Satz 3 VGemO als fremde Kassengeschäfte (§ 46 Abs. 2 Satz 1 KommHV). Dabei kann ein gemeinsames Zeitbuch geführt werden (VV Nr. 3 zu § 46 KommHV). Auch die Führung eines gemeinsamen Girokontos (oder mehrerer gemeinsamer Girokonten) ist zulässig (vgl. „Die Verwaltungsgemeinschaft“, Leitfaden des StMI, 1991, 92). Forderungen und Schulden, die sich aus dem Kassenverbund ergeben können, sind nicht als genehmigungspflichtiges Bankgeschäft zu werten, weil ihnen zivilrechtliche Darlehensvereinbarungen nicht zugrunde liegen.

3. Zweckverband und Mitgliedsgemeinden

Zweckverbände decken ihren Finanzbedarf durch Umlagen, soweit die sonstigen Einnahmen nicht ausreichen (Art. 42 Abs. 2 Satz 1 KommZG)⁴. Ob die Überlassung von Liquiditätsüberschüssen zwischen den Mitgliedsgemeinden und/oder dem Zweckverband als genehmigungspflichtiges Kreditgeschäft zu werten ist, sollte nach dem erwähnten Schreiben des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen vom 07.03.2002 anhand der konkreten vertraglichen Vereinbarungen geprüft werden. Die beteiligten Körperschaften fallen jedenfalls nicht unter das Konzernprivileg nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 KWG. In einem weiteren Schreiben vom 14.06.2002 (Q 36 (VII 6) - 71.30 (5976) - Er) führt die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht ergänzend aus:

„Werden Finanzierungshilfen aufgrund der den Kommunen öffentlich-rechtlich zugewiesenen Verpflichtung gewährt, dem Zweckverband die für den Betriebszweck notwendigen wirtschaftlichen Mittel zur Verfügung zu stellen, sehe ich den Tatbestand des Kreditgeschäfts im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG grundsätzlich nicht als erfüllt an. Hierbei gehe ich davon aus, dass die zugrunde liegenden landes- und gemeinderechtlichen Vorschriften der Gewährung von Gelddarlehen neben der Finanzierung der Zweckverbände durch Umlagen nicht entgegenstehen.“

Landes- oder kommunalrechtliche Vorschriften, die einer Darlehensgewährung an den Zweckverband entgegenstünden, bestehen nicht. Allerdings besteht auch keine öffentlich-rechtliche Verpflichtung, dem Zweckverband neben den Verbandsumlagen Darle-

⁴ Entsprechendes gilt für Schulverbände (Art. 9 Abs. 9 BaySchFG).

hen zur Sicherstellung der Zahlungsbereitschaft zur Verfügung zu stellen. Bei richtiger Sachbehandlung dürfte in der Praxis ein Bedürfnis für eine solche Darlehensgewährung kaum bestehen. Denn die Verbandsumlagen werden mit einem Zwölftel ihres Jahresbetrags am 25. eines jeden Monats fällig, wenn im Umlagebescheid nichts anderes bestimmt ist (Art. 42 Abs. 3 Satz 2 KommZG i.V. mit Art. 19 Abs. 1 Satz 2 FAG). Liquiditätsengpässe müssten sich also durch rechtzeitige Erhebung der Verbandsumlagen im Regelfall vermeiden lassen.

4. Arbeitgeberdarlehen

Die Gewährung von Arbeitgeberdarlehen an gemeindliche Bedienstete fällt nicht unter die Beschränkungen des KWG.

5. Gewährung von Wohnungsbaudarlehen

In der Gewährung von Darlehen zur sozialen Wohnraumförderung durch Kommunen (§ 3 Abs. 4 WoFG) sieht die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht ebenfalls kein Kreditgeschäft im Sinn des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG (Schreiben der Bundesanstalt vom 14.06.2002 - Q 36 (VII 6) - 71.30 (5976) -Er).

6. Stiftungen und Zweckverbände, deren Kassengeschäfte die Gemeinde erledigt

In den zitierten Schreiben des Bundesaufsichtsamtes bzw. der Bundesanstalt sind rechtsfähige Stiftungen und Zweckverbände (Schulverbände), deren Kassengeschäfte von der Gemeinde als fremde Kassengeschäfte (§ 46 Abs. 2 KommHV) erledigt werden, nicht angesprochen. Hier gilt wohl das gleiche wie im Verhältnis zwischen Verwaltungsgemeinschaft und Mitgliedsgemeinden: Forderungen und Schulden, die aus dem Kassenverbund entstehen, sind keine Bankgeschäfte, weil ihnen zivilrechtlich Darlehensvereinbarungen nicht zugrunde liegen.

Bei einem Vergleich der Möglichkeiten zur Geldanlage bzw. zur Aufnahme eines Kassenkredits sollte nicht nur auf den Effektivzins und die übrigen Bedingungen, sondern auch auf sonstige finanzwirtschaftliche Belange mit abgestellt werden, wie sie z.B. mit den Vorteilen verbunden sind, die sich aus einer langfristigen Geschäftsverbindung mit Banken oder Sparkassen ergeben (vgl. Nr. 4.2 Satz 4 der IMBek vom 05.05.1983, MABI S. 408). Von Kreditgeschäften zwischen kommunalen Körperschaften ist deshalb grundsätzlich abzuraten.

Werden gleichwohl solche Geschäfte im erlaubnisfreien Umfang abgeschlossen, müssten die wesentlichen Bedingungen (Betrag, Laufzeit, Zinssatz, Zahlungstermine)

- auch bei Einschaltung eines Kreditvermittlers - in einem schriftlichen Vertrag zwischen den beteiligten Körperschaften festgelegt werden. Aus Sicherheitsgründen wären Zahlungen unmittelbar zwischen den beteiligten Körperschaften abzuwickeln. In der Vergangenheit sind durch einen - bundesweit tätigen - Finanzmakler, der solche Kreditgeschäfte vermittelte und teilweise auch Zahlungen abwickelte, durch Veruntreuung Schäden in Millionenhöhe entstanden.

EAPI.: 91 (911); 91 (917)

3 **Privatwirtschaftliche Betätigung von Kommunen als unlauterer Wettbewerb im Sinn des UWG?**

Der Bundesgerichtshof hat sich mit Urteil vom 25.04.2002 zu der Frage geäußert, ob private (Konkurrenz)Unternehmen sich auf das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) berufen können, wenn Kommunen sich unter Verstoß gegen Kommunalrecht privatwirtschaftlich betätigen. Im Ergebnis hat der BGH im entschiedenen Fall diese Frage mit der Begründung verneint, es mache eine kommunale Betätigung noch nicht unlauter im Sinn des UWG, wenn sie gegen die die unternehmerische Betätigung regelnden Vorschriften des Kommunalrechts verstoße. Das UWG richte sich gegen unlauteres Wettbewerbsverhalten auf dem Markt. Es bezwecke nicht, Wettbewerbern zu ermöglichen, andere unter Berufung darauf, daß ein Gesetz ihren Marktzutritt verbiete, vom Markt fernzuhalten. Voraussetzung sei, daß das betreffende Gesetz - wie die Kommunalgesetze - den Marktzutritt nur aus Gründen verhindern wolle, die den Schutz des lautereren Wettbewerbs nicht berührten.

Zum (mittlerweile u.a. im Juris unter Nr. KORE304512002 veröffentlichten) Urteil teilte die Pressestelle des BGH folgendes mit (Nr. 45/2002):

„Dem erwerbswirtschaftlichen Handeln von Gemeinden werden durch die Gemeindeordnungen der Bundesländer Schranken gesetzt. Diese Vorschriften sollen die Gemeinden vor den Gefahren einer zu weit gehenden unternehmerischen Tätigkeit schützen und zugleich verhindern, daß sie ihre Erwerbstätigkeit zu sehr zu Lasten privater Unternehmen ausdehnen. Nach der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte können sich private Unternehmen jedoch nur in engen Grenzen mit öffentlich-rechtlichen Ansprüchen dagegen wenden, daß Gemeinden derartige Vorschriften verletzen.

Der u.a. für das Wettbewerbsrecht zuständige I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hatte über die sehr umstrittene Frage zu entscheiden, ob ein Wettbewerber aufgrund des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) von einem städtischen Unternehmen verlangen kann, keine Arbeiten für private Auftraggeber zu übernehmen und auszuführen, wenn es mit einer solchen erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit gegen die Vorschriften der Gemeindeordnung (hier: Art. 87 der Bayer. Gemeindeordnung, BayGO) verstößt.

Dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die beklagten Stadtwerke der Landeshauptstadt München wurden im Jahre 1998 aus einem städtischen Eigenbetrieb in eine GmbH im Alleinbesitz der Stadt umgewandelt. Seitdem führt die Beklagte auch für private Auftraggeber Elektroarbeiten aus, darunter auch das Aufstellen und das Entfernen von Verteilerschränken für die ‚fliegenden Bauten‘ auf der Auer Dult und auf dem Oktoberfest.

Die Klägerin, ein Unternehmen des Elektrohandwerks, hat Unterlassungsklage erhoben, weil die Übernahme privater Auftragsarbeiten durch die Stadtwerke nicht mit den Vorschriften zur Begrenzung der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit der Gemeinden vereinbar sei. Das Landgericht und das Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben. Die Revision der Beklagten hatte Erfolg.

Der Bundesgerichtshof hat die Ansicht vertreten, daß eine erwerbswirtschaftliche Tätigkeit einer Gemeinde nicht schon deshalb als unlauterer Wettbewerb gegenüber privaten Konkurrenten angesehen werden könne, weil sie der Gemeinde nach Kommunalrecht untersagt sei. Ansprüche aus dem UWG richteten sich gegen unlauteres Wettbewerbsverhalten auf dem Markt. Sie hätten nicht den Sinn, Wettbewerbern zu ermöglichen, andere unter Berufung darauf, daß ein Gesetz ihren Marktzutritt verbiete, vom Markt fernzuhalten, wenn das betreffende Gesetz den Marktzutritt nur aus Gründen verhindern wolle, die den Schutz des lautereren Wettbewerbs nicht berührten. Unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbsrechts, das auch die Freiheit des Wettbewerbs schütze, sei vielmehr jede Belegung des Wettbewerbs, wie sie unter Umständen auch vom Marktzutritt der öffentlichen Hand ausgehen könne, grundsätzlich erwünscht. Erwerbswirtschaftliche Tätigkeiten, die einer Gemeinde nach Art. 87 BayGO untersagt sein könnten, seien als solche nicht unlauter, und zwar auch dann nicht, wenn sie von einer Gemeinde ausgeübt würden. Die Unlauterkeit einer erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit einer Gemeinde könne sich zwar gerade auch aus ihrer Eigenschaft als öffentlich-rechtlicher Gebietskörperschaft und der damit verbundenen besonderen Stellung gegenüber den anderen Marktteilnehmern, insbesondere den Verbrauchern, ergeben - etwa wenn öffentlich-rechtliche Aufgaben mit der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit verquickt würden, die amtliche Autorität oder das Vertrauen in die Objektivität und Neutralität der Amtsführung mißbraucht werde oder der Bestand des Wettbewerbs auf dem einschlägigen Markt gefährdet werde. Auf derartige Umstände stelle die Gemeindeordnung aber nicht ab.

Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung könne sich nur auf die Art und Weise der Beteiligung der öffentlichen Hand am Wettbewerb beziehen. Davon sei die allgemeinpolitische und wirtschaftspolitische Frage zu unterscheiden, ob sich die öffentliche Hand überhaupt erwerbswirtschaftlich betätigen dürfe und welche Grenzen ihr insoweit gesetzt seien oder gesetzt werden sollten. Die Lösung dieser Frage sei Aufgabe der Gesetzgebung und Verwaltung sowie der parlamentarischen Kontrolle und für die Gemeinden und Landkreise gegebenenfalls der Kommunalaufsicht, nicht aber der ordentlichen Gerichte bei der ihnen zustehenden Beurteilung von Wettbewerbshandlungen nach dem UWG. Dies gelte auch dann, wenn besondere Vorschriften zur Einschränkung der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand erlassen worden seien. Denn auch diese regelten nur den Zugang zum Wettbewerb und sagten nichts darüber aus, wie er auszuüben sei.“

Kommunen, die sich unternehmerisch betätigen, werden danach in der Regel zivilrechtliche Konkurrentenklagen auch dann nicht zu fürchten haben, wenn ihre Betätigung den Kommunalgesetzen zuwiderläuft. Einen Freibrief stellt der BGH den Kom-

munen damit aber nicht aus. Vielmehr ist von der wettbewerbsrechtlichen Bewertung die Frage zu trennen, ob die Aufsichtsbehörde eine solche kommunalrechtswidrige Betätigung beanstandet.

EAPI.: 82 (827)

4 **Zulässigkeit der Koppelung des Verkaufs gemeindlicher Grundstücke mit dem Bezug von Fernwärme**

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 9. Juli 2002 - KZR 30/00 entschieden, daß Gemeinden ohne Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht den Verkauf eines Grundstückes von der Verpflichtung zum Bezug von Fernwärme eines bestimmten Unternehmens mit gemeindlicher Beteiligung abhängig machen dürfen. Eine Gemeinde darf darüber hinaus auch die Vergabe von Erschließungsaufträgen für ein Neubaugebiet daran knüpfen, daß der Erschließungsträger eigene Grundstücke in diesem Gebiet ebenfalls nur mit einer Verpflichtung veräußert, die Fernwärme von dem Unternehmen mit gemeindlicher Beteiligung abzunehmen.

Die Pressestelle des Bundesgerichtshofs führt dazu folgendes aus (Pressemitteilung Nr. 70/2002 vom 10.07.2002):

„Die beklagte Gemeinde Börnsen ist zusammen mit den Hamburger Gaswerken Mehrheitsgesellschafterin eines Energieverteilungsunternehmens, der Gas- und Wärmedienst Börnsen GmbH. Seit 1998 unterhält die GmbH ein eigenes auf dem Prinzip der Kraft-Wärmekopplung beruhendes gasbetriebenes Blockheizkraftwerk, das ein Neubaugebiet der Gemeinde mit Fernwärme versorgen soll. Ein Teil der Grundstücke im Neubaugebiet steht im Eigentum der Gemeinde. Beim Verkauf der Grundstücke verpflichtet sie die Käufer zur Abnahme der Fernwärme der Gas- und Wärmedienst Börnsen GmbH und läßt sich diese ausschließliche Bindung durch eine im Grundbuch eingetragene beschränkte persönliche Dienstbarkeit sichern. Außerdem macht sie die Vergabe von Aufträgen für die Erschließung des Neubaugebiets davon abhängig, daß die Erschließungsträger eigene Grundstücke in diesem Gebiet ebenfalls nur mit einer solchen Verpflichtung zur Abnahme von Fernwärme verkaufen.

Der Kläger, der als Verband die Interessen von Brennstoff- und Mineralölhändlern vertritt, hat dieses Verhalten der Gemeinde als wettbewerbswidrig beanstandet und ein Verbot für beide Formen der Einflußnahme - einmal die unmittelbare Verpflichtung der Käufer, einmal ihre mittelbare Verpflichtung über die Erschließungsträger - beantragt. Seine Klage hatte vor dem Landgericht Kiel und dem Oberlandesgericht Schleswig Erfolg. Das Berufungsgericht hat - ebenso wie das Landgericht - gestützt auf § 1 UWG den Wettbewerbsverstoß darin gesehen, daß die beklagte Gemeinde unter Ausnutzung der Vorteile, die ihr aus ihrer öffentlich-rechtlichen Stellung erwachsen, mit ihrem Verhalten den Leistungswettbewerb unter den Energielieferanten zu Lasten der Mineralölhändler ausschließe. Ferner hat es das Verhalten der Beklagten als kartellrechtswidrig eingestuft.

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat die Entscheidungen der Vorinstanzen aufgehoben und die Klage abgewiesen. Er hat das Verhalten der Gemeinde weder als wettbewerbs- noch als kartellrechtswidrig angesehen. Soweit die Gemeinde durch ihre Beteiligung an einem Blockheizkraftwerk Aufgaben der Daseinsvorsorge in privatwirtschaftlicher Form wahrnehme oder als Verkäuferin von Grundstücken am privaten

Rechtsverkehr teilnehme, genieße die öffentliche Hand keine Vorzugsstellung. Sie unterliege grundsätzlich aber auch keinen strengeren Verhaltensregeln als ein privater Grundstückseigentümer oder ein privates Energieversorgungsunternehmen. Die öffentliche Hand dürfe sich allerdings bei ihrer privatwirtschaftlichen Betätigung nicht dadurch einen unsachlichen Vorsprung vor ihren Mitbewerbern verschaffen, daß sie ihre hoheitlichen Befugnisse zur Förderung ihrer Position im Wettbewerb einsetze oder ihre Mitbewerber mit Mitteln verdränge, die nur ihr aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Sonderstellung zur Verfügung stünden.

Derartige Umstände hat der Senat im Streitfall für nicht gegeben angesehen. Sie liegen - so der BGH - insbesondere nicht in den vertraglichen Ausschließlichkeitsbindungen. Das Verhalten der Gemeinde sei vergleichbar mit dem Verhalten eines Bauträgers, der für ein Neubaugebiet eine Fernwärmeversorgung vorsehe und in die Grundstückskaufverträge eine entsprechende Bezugsverpflichtung aufnehme.

Ein kartellrechtswidriges Verhalten hat der Senat verneint, da die beklagte Gemeinde in ihrer Eigenschaft als Verkäuferin von Bauland nicht in demselben Markt auftrete, in dem die Mitglieder des Klägers tätig seien, nämlich dem Markt der Wärmeenergie. Die Frage, ob durch die Förderung der Gas- und Wärmedienst Börnsen GmbH die Beklagte auch eine eigene Tätigkeit in dem Markt der Wärmeenergie entfalte, konnte der Senat offen lassen, da ein solches Verhalten der Beklagten aus den im Rahmen der Lauterkeitsprüfung bereits angestellten Erwägungen auch kartellrechtlich nicht zu beanstanden wäre.

Auch die mittelbare Verpflichtung der Käufer über die Erschließungsträger hat der Bundesgerichtshof nicht beanstandet. Dieses Verhalten der beklagten Gemeinde unterliege zwar einem strengeren wettbewerbsrechtlichen Maßstab, weil die Vergabe öffentlicher Erschließungsaufträge nicht mit privaten Interessen der Gemeinde verquickt werden dürfe. Einen Wettbewerbsverstoß hat der Senat gleichwohl verneint, weil es der Gemeinde mit der Bezugsverpflichtung in erster Linie nicht um den wirtschaftlichen Erfolg der Gas- und Wärmedienst GmbH, sondern um den Klima- und Umweltschutz gegangen sei. Es sei ein berechtigtes von der Gemeinde verfolgtes Interesse, wenn sie auch auf diese Weise dafür Sorge trage, daß die Häuser in dem fraglichen Neubaugebiet nicht dezentral unter Verwendung fossiler Brennstoffe, sondern mit Fernwärme aus dem Blockheizkraftwerk versorgt werden.“

EAPI.: 61 (611); 86 (864); 91 (912)

5 Änderung der Eigenbetriebsverordnung und der Verordnung über Kommunalunternehmen durch Verordnung vom 12.10.2001

Durch das Gesetz zur Änderung des kommunalen Wirtschaftsrechts und anderer kommunalrechtlicher Vorschriften vom 24.07.1998 (GVBl S. 424), in Kraft seit 01.09.1998, wurde das kommunale Wirtschaftsrecht neu geordnet.

Die Gemeinde kann seither „Unternehmen außerhalb ihrer allgemeinen Verwaltung“ in der Rechtsform des öffentlichen Rechts als Eigenbetrieb oder als Kommunalunternehmen oder in der Rechtsform des privaten Rechts (z.B. GmbH, AG) betreiben. Diese Rechtsformen sind auch zulässig für Krankenhäuser (Art. 25 BayKrG) und Einrichtungen des öffentlichen Personennahverkehrs (Art. 11 BayÖPNVG). Die Gemeinde hat dazu die Vorgaben der Art. 86 ff. GO zu beachten.

Mit dem Gesetz vom 24.07.1998 wurde somit die Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Unternehmen aufgegeben und die Freiheit der Gemeinden zur Wahl der Rechtsform erweitert. So kann nunmehr einerseits ein nach altem Recht als „wirtschaftlich“ einzuordnendes Unternehmen auch als Regiebetrieb (innerhalb der allgemeinen Verwaltung) geführt werden; andererseits steht jetzt die Rechtsform des Eigenbetriebs allgemein auch den bisher „nichtwirtschaftlichen“ Unternehmen offen.

Beispiel: Die bisher als „wirtschaftliches Unternehmen“ und damit als Eigenbetrieb definierte Stromversorgung kann nun auch als Regiebetrieb geführt werden.

Der Regiebetrieb als Einrichtung innerhalb der allgemeinen Verwaltung verfügt nicht über eine eigenständige Organisationsstruktur. Der Eigenbetrieb als Unternehmen außerhalb der allgemeinen Verwaltung hat als wesentliches Merkmal eine selbständige Organisation: Er verfügt über eine eigene Unternehmensverfassung (Betriebssatzung) und über die besonderen Organe Werkleitung und Werkausschuß und ist als „Sondervermögen“ zu führen.

Zu den Auswirkungen des neuen Rechts auf Eigenbetriebe vgl. zunächst unsere Mitteilungen 2/1999 Nr. 19.

Mit Verordnung zur Änderung der Eigenbetriebsverordnung und der Verordnung über Kommunalunternehmen vom 12.10.2001 (GVBl S. 720), in Kraft seit 01.12.2001, wurden diese Verordnungen an die mit Gesetz vom 24.07.1998 geänderten Bestimmungen über das „kommunale Unternehmensrecht“ angepaßt (vgl. die Änderungen der §§ 1 bis 4 EBV). Weitere Änderungen der EBV betreffen die Führung von Entsorgungsbetrieben als Eigenbetrieb (§§ 5, 21 EBV), die Vereinfachung der Kassenwirtschaft (§ 10 EBV) sowie die Anpassung an geänderte Vorschriften im Handels- und Steuerrecht und an Erfordernisse der kommunalen Praxis.

Im einzelnen:

**1. Aufhebung der §§ 2, 3 und 4 Abs. 2 EBV
(Ausnahmen, Geltungsbereich nichtwirtschaftliche Unternehmen, Zusammenfassung von Eigenbetrieben)**

§ 2 Abs. 1 EBV a.F. betraf Versorgungs- und Verkehrsunternehmen: Diese waren nach altem Recht aufgrund ihrer Betätigung wirtschaftliche Unternehmen und damit Eigenbetriebe (Art. 95 GO a.F.). Sie unterlagen den Vorschriften des Art. 95 GO a.F. und der EBV, wenn ihr Versorgungs- und Einzugsgebiet 10.000 und mehr Einwohner umfaßte.

Gemäß § 2 Abs. 2 EBV bestand die Möglichkeit der vollständigen oder teilweisen Befreiung von den Vorschriften des Art. 95 GO a.F. und der EBV.

Versorgungs- und Verkehrsunternehmen mit einem Versorgungs- und Einzugsgebiet unter 10.000 Einwohnern konnten die Bestimmungen des Art. 95 GO a.F. und der EBV durch Satzung freiwillig ganz oder teilweise anwenden.

§ 2 Abs. 2 EBV a.F. betraf andere Betätigungen, die „wirtschaftliche Unternehmen“ und damit Eigenbetriebe waren (z.B. Mehrzweckhallen). Für sie bestand im Einzelfall die Möglichkeit der vollständigen oder teilweisen Befreiung von Art. 95 GO a.F. und der EBV.

Da nunmehr der Gemeinderat gemäß Art. 86, 88 GO selbst bestimmen kann, ob eine Aufgabe in der Form eines Eigenbetriebs oder eines Regiebetriebs erfüllt werden soll, bedarf es keiner Regelung, die Eigenbetriebe von der Anwendung des Eigenbetriebsrechts ganz freistellt oder im Einzelfall befreit. § 2 EBV wurde deshalb aufgehoben.

Will die Gemeinde für ihr Unternehmen die EBV nicht anwenden, so steht es ihr frei, ihren Eigenbetrieb wieder in einen Regiebetrieb umzuwandeln. Deshalb ist eine Befreiung der sog. kleinen Eigenbetriebe (Versorgungs- und Einzugsgebiet unter 10.000 Einwohner) nicht mehr notwendig.

Hat eine Gemeinde einen kleinen Eigenbetrieb nach altem Recht, den sie nur teilweise nach den Vorschriften des Art. 95 GO a.F. und der EBV führt, muß sie sich entscheiden, ob sie den Eigenbetrieb behalten will oder nicht. Die Gemeinde kann aber auch einen solchen Eigenbetrieb in einen Regiebetrieb nach Art. 88 Abs. 6 GO umwandeln, auf den sie die Vorschriften über die Wirtschaftsführung der Eigenbetriebe ganz oder teilweise anwendet (vgl. unsere Mitteilungen 2/1999 Nr. 19, S. 37).

Die gemäß § 2 Abs. 2 EBV a.F. erteilten (Einzel)befreiungen bleiben aber aus Gründen des Bestandsschutzes bestehen; dazu wurde die Übergangsvorschrift in § 26 Abs. 4 EBV entsprechend gefaßt.

(Die Einzelbefreiungen gemäß § 2 Abs. 2 EBV a.F. waren möglich für Versorgungs- und Verkehrsunternehmen mit einem Versorgungs- und Einzugsgebiet von 10.000 und mehr Einwohnern und für andere Eigenbetriebe der Kategorie „wirtschaftliche Unternehmen“ ohne Versorgungs- und Einzugsgebiet).

Nach **§ 3 EBV a.F.** konnte die Gemeinde durch Satzung bestimmen, daß nichtwirtschaftliche Unternehmen, die in der Regel und überwiegend aus Entgelten finanziert werden oder die in einem engen wechselseitigen wirtschaftlichen oder technischen Zusammenhang mit einem nach Eigenbetriebsrecht geführten wirtschaftlichen Unternehmen stehen, ganz oder teilweise nach den für Eigenbetriebe geltenden Vorschriften geführt werden. Da die Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Unternehmen entfallen ist, hat § 3 EBV a.F. seine Grundlage verloren. (Die Bestimmung ermöglichte eigenbetriebsrechtlich den sog. steuerlichen Querverbund, z.B. Stromversorgung mit Bad und Blockheizkraftwerk, und die auch schon nach altem Recht praktizierte Führung von Abwasserbeseitigungsanlagen als Eigenbetriebe).

Aus dem gleichen Grund hat **§ 4 Abs. 2 EBV a.F.**, der eine Zusammenfassung nichtwirtschaftlicher (aber nach den für Eigenbetriebe geltenden Vorschriften geführter) und wirtschaftlicher Unternehmen zu einem einheitlichen Eigenbetrieb vorsah, seine Grundlage verloren und wurde aufgehoben.

2. Neufassung des § 1 Abs. 1 EBV (Geltungsbereich)

Durch den Wegfall der Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Unternehmen war die Neudefinition des „Eigenbetriebs“ entsprechend Art. 88 Abs. 1 GO erforderlich.

3. Neufassung des § 5 Abs. 2 Satz 1 EBV (Stammkapital)

Nach altem Recht bestand eine Verpflichtung, den Eigenbetrieb mit Stammkapital auszustatten. Von dieser Verpflichtung konnte der Eigenbetrieb gemäß § 2 Abs. 2 EBV befreit werden. Das ist auch z.B. für Abwasserbeseitigungen geschehen. Als Ausgleich für den Wegfall der Befreiungsmöglichkeit nach altem Recht wurde § 5 Abs. 2 Satz 1 EBV in eine **Sollvorschrift** umgewandelt. Von dieser Sollvorschrift kann aber nur in begründeten Fällen abgewichen werden, z.B. wenn eine volle Finanzierung wie bei der Gebührenfinanzierung nach KAG bei Anschluß- und Benutzungszwang sichergestellt ist. In diesen Fällen dürfte eine Unterbilanz (= Negativkapital: die Schulden sind höher als das Vermögen) nicht zu befürchten sein.

Ein Verlust wäre ggf. nach § 8 Abs. 2 Satz 3 EBV aus Haushaltsmitteln der Gemeinde auszugleichen.

In diesem Zusammenhang ist zur Eröffnungsbilanz folgendes zu beachten:

In einer **Eröffnungsbilanz** ist eine **Unterbilanz** (Negativkapital) grundsätzlich von der Definition her ausgeschlossen. Etwas anderes kann sich ergeben, wenn ein Regiebetrieb (kostenrechnende Einrichtung) in einen Eigenbetrieb umgewandelt wird. Hier wird keine Eröffnungsbilanz im eigentlichen Sinn wie bei Beginn eines Gewerbebetriebs erstellt, weil der Betrieb in anderer Organisationsform mit eigenem (meistens kameralistischem) Rechnungswesen bereits bestanden hat.

Sind bei dem Regiebetrieb Kostenunterdeckungen nach KAG aufgelaufen, ist es demnach durchaus möglich, in der Eröffnungs(Übernahme)bilanz einen Fehlbetrag einzustellen. Dieser Fehlbetrag wird durch Überschüsse in Folgejahren beim Eigenbetrieb ausgeglichen. In der Folge können Gewinne den Eigenkapitalaufbau ermöglichen. Das Problem, ob die Sollvorschrift für das Stammkapital auch eine Unterbilanz zuläßt, ist damit für diesen Fall gelöst.

4. Änderung des § 7 Satz 1 und Satz 2 Nr. 2 EBV (Leistungen im Verhältnis zwischen Eigenbetrieb und Gemeinde)

§ 7 Satz 1 EBV: Die Bestimmung wurde um Kommunalunternehmen ergänzt und damit an § 13 Satz 1 KUV angepaßt.

§ 7 Satz 1 EBV bestimmt, daß sämtliche Lieferungen, Leistungen und Kredite des Eigenbetriebs an seine Gemeinde, einen anderen Eigenbetrieb oder ein Kommunalunternehmen der Gemeinde oder eine Gesellschaft, an der die Gemeinde beteiligt ist, angemessen zu vergüten sind.

§ 7 Satz 2 Nr. 2 EBV

Die Bestimmung betrifft die unentgeltliche oder verbilligte Errichtung und Unterhaltung von Anlagen der Löschwasserversorgung (z.B. Hydranten).

Der Wortlaut wurde an die Terminologie des BMF-Schreibens vom 09.02.1998 - IV B 7 - S 2744 - 2/98 (BStBl I S. 209) angepaßt. Änderungen in der Praxis ergeben sich dadurch nicht.

5. Änderung des § 10 EBV (Kassenwirtschaft)

Nach § 10 Abs. 1 EBV a.F. war für den Eigenbetrieb eine Sonderkasse einzurichten. Damit waren nach § 83 KommHV große Teile der KommHV, nämlich die Abschnitte 8 bis 12 und 16 KommHV, für das gesamte Rechnungswesen des Eigenbetriebs anwendbar, „soweit in den §§ 84 und 85 oder in anderen gesetzlichen Vorschriften nichts anderes bestimmt ist“. In der Praxis erwies sich die Anwendung der KommHV auf

Eigenbetriebe mit kaufmännischer Buchführung zum Teil als unpraktikabel; ein Grund dafür war auch der subsidiäre Charakter der KommHV. Der Eigenbetrieb hat jetzt eine „**gesonderte Kasse**“ einzurichten. Damit entfällt die generelle Anwendung der KommHV auf das gesamte Rechnungswesen des Eigenbetriebs. Nur einzelne, ausdrücklich genannte (Sicherheits)bestimmungen der KommHV bleiben für den Eigenbetrieb anwendbar. Die Kassenwirtschaft des Eigenbetriebs ist im übrigen an das Handelsrecht gebunden. Für bare Zahlungsvorgänge des Eigenbetriebs ist der Abschnitt 15 der KommHV aber weiter anwendbar.

Im einzelnen ist zu beachten:

a) Buchführung der gesonderten Kasse

Die „gesonderte Kasse“ ist nach den **Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung** zu führen (§ 10 Abs. 1 Satz 2 EBV). Die Eintragungen in die Bücher haben also vollständig, richtig, zeitgerecht und geordnet zu erfolgen (§ 239 Abs. 2 HGB). Demnach muß weiter für jede Buchung, auch für jede Kassenbuchung, ein Beleg vorhanden sein. Aus dem Beleg muß sich der materielle Gehalt des gebuchten Geschäfts eindeutig ergeben; er muß datiert und unterzeichnet sein. Der Beleg muß auf die Buchungen hinweisen (durch die sog. Kontierung des Belegs). Außerdem hat jede Buchung einen Hinweis auf den Beleg und seine Fundstelle zu enthalten. Die Grundsätze eines internen Kontrollsystems verlangen auch die Trennung von Anordnung, Ausführung und Prüfung in jedem Bereich des Rechnungswesens. Aus den Büchern muß ein sachverständiger Dritter in angemessener Zeit einen Überblick über die Geschäftsvorfälle und die Lage des Unternehmens erhalten können (§ 238 Abs. 1 Satz 2 HGB).

b) Anwendung der Vorschriften der KommHV (§ 10 Abs. 1 Satz 3 EBV)

– § 40 Abs. 1 KommHV

Danach sind jeder Anspruch und jede Zahlungsverpflichtung dem Grunde und der Höhe nach zu prüfen (sachliche und rechnerische Feststellung). Die Prüfung sollte nicht dem Kassenpersonal übertragen werden.

– § 43 KommHV

Danach ist sicherzustellen, daß eine eigene Kasse des Eigenbetriebs ihre Aufgaben ordnungsgemäß und wirtschaftlich erledigen kann und die Kassensicherheit gewahrt ist. Zur Kassensicherheit gehören die Sicherung der Buchungsmaschinen vor unbefugter Benutzung, die sichere Aufbewahrung der Zahlungsmittel, die personelle Trennung von Zahlungsverkehr und Buchführung sowie die Unterzeichnung der Zahlungsbelege durch zwei Bedienstete.

– **§ 71 Abs. 1 Satz 1 KommHV**

Die Bestimmung verlangt Belege für Buchungen (Kassenanordnungen, Auszahlungsnachweise, begründende Unterlagen).

– **§ 71 Abs. 2 KommHV**

Danach sind die Belege nach der sachlichen Buchung zu ordnen. Darunter ist bei kaufmännischer Buchführung die Ablage nach Konten und innerhalb der Konten nach der zeitlichen Reihenfolge zu verstehen.

– **§ 82 KommHV** betrifft Aufbewahrungspflichten und -fristen.

Für Eigenbetriebe gelten die Aufbewahrungspflichten des Art. 82 KommHV (§ 10 Abs. 1 Satz 3 EBV). Nur für Handelsbriefe gelten die Vorschriften des HGB. Danach gelten für Eigenbetriebe folgende Fristen:

- Jahresabschlüsse und Eröffnungsbilanzen sind dauernd aufzubewahren, denn der Jahresabschluß entspricht der Jahresrechnung der Gemeinde (§ 82 Abs. 2 Satz 1 KommHV).
- Handelsbücher, Inventare, Lageberichte sowie die zu ihrem Verständnis erforderlichen Arbeitsanweisungen und sonstigen Organisationsunterlagen sind zehn Jahre aufzubewahren (§ 82 Abs. 2 Satz 2 KommHV). Zeit- und Sachbuch sowie Inventarverzeichnisse stehen den kameralistischen Büchern gleich, die zehn Jahre aufzubewahren sind. Zu diesen Büchern wird man auch den Lagebericht zählen können.
- Buchungsbelege sind sechs Jahre aufzubewahren (§ 82 Abs. 2 Satz 2 KommHV). Steuerpflichtige Betriebe müssen für Buchungsbelege aber die längere Aufbewahrungsfrist von zehn Jahren beachten (§ 147 Abs. 3 AO).
- Handelsbriefe (abgesandte und empfangene) sind sechs Jahre aufzubewahren (§ 257 Abs. 4 HGB).

Hinsichtlich der Art der Aufbewahrung ist mit Ausnahme der Handelsbriefe § 82 Abs. 3 KommHV zu beachten.

c) Anwendung des 15. Abschnitts der KommHV (§ 10 Abs. 2 EBV)

Für Bargeschäfte (Ein- und Auszahlungen) gilt Abschnitt 15 KommHV (i.V. mit den Abschnitten 8 bis 12 und 16 KommHV) aus Gründen der Kassensicherheit weiterhin entsprechend.

Die §§ 83 bis 85 KommHV gelten für Zu- und Abgänge sowie den Bestand der Bar-mittel, dem Wortlaut nach aber nicht für Bewegungen auf Bankkonten, auch nicht für Wechsel und Schecks und auch nicht - im Gegensatz zur früheren Rechtslage - für die übrige Buchführung des Eigenbetriebs.

Besonders hervorzuheben ist der Grundsatz der Trennung von Kassen- und Verwal-tungsgeschäften (§ 37 Abs. 3 KommHV).

Vgl. im einzelnen GK 44/2002.

6. Änderung des § 15 Abs. 1 EBV (Vermögensplan; Verpflichtungsermächtigungen)

Durch § 29 der „Verordnung über Kommunalunternehmen (KUV)“ vom 19.03.1998 (GVBl S. 220) wurde der Ansatz von Verpflichtungsermächtigungen im Vermögen-splan der Eigenbetriebe gestrichen; in der nunmehr vorliegenden Fassung der EBV wurde die Verpflichtung, im Vermögensplan Verpflichtungsermächtigungen auszuwei-sen, entsprechend den Erfordernissen der Praxis wegen der finanziellen Bedeutung wieder eingeführt (§ 15 Abs. 1 Nr. 2 EBV).

Die weiteren Änderungen des § 15 EBV sind redaktioneller Art.

7. Änderung des § 21 Abs. 3 EBV (Empfangene Ertragszuschüsse; Auflösungsbetrag)

Die Änderung betrifft die Auflösung der „Empfangenen Ertragszuschüsse“. Dazu fol-gende Erläuterungen:

Hinsichtlich der Bilanzierung der Zuschüsse Nutzungsberechtigter hat der Eigenbetrieb ein Wahlrecht. Sie können entweder als „Empfangene Ertragszuschüsse“ unter Posten C passiviert oder von den Anschaffungs- und Herstellungskosten abgesetzt werden. Werden die Zuschüsse passiviert, darf die Höhe des Auflösungsbetrages nicht beliebig festgesetzt werden. Er beträgt für Zuschüsse, die aufgrund allgemeiner Lieferbedin-gungen oder einer Satzung erhoben werden (also von den Tarifabnehmern), 5 % jähr-lich - § 21 Abs. 3 Satz 4 EBV; bei Abwasser- und Wasserbetrieben kann sich nunmehr der Abschreibungssatz nach der durchschnittlichen Nutzungsdauer der Anlagen be-messen (neuer Satz 5). Die steuerliche Regelung in Abschn. R 34 Abs. 2 EStR, wo-nach Zuschüsse entweder als Einnahmen behandelt oder von den Anschaffungs- oder Herstellungskosten abgesetzt werden können, tritt hinter die eigenbetriebsrechtlichen Bilanzierungsvorschriften zurück, soweit sie zu diesen im Widerspruch steht.

In der Praxis werden die „Empfangenen Ertragszuschüsse“, auch wegen der damit verbundenen höheren Transparenz der Bilanz, meist als Passivposten ausgewiesen.

Durch die nunmehr eröffnete Möglichkeit, bei Abwasser- und Wasserbetrieben den Auflösungsbetrag nach der durchschnittlichen Nutzungsdauer der Anlagen zu bemessen, ergeben sich bei der Wahl zwischen Passivierung oder Absetzung von den Anschaffungs- und Herstellungskosten keine unterschiedlichen Auswirkungen auf das Jahresergebnis und eine Gebührenkalkulation, wenn nach der linearen Methode abgeschrieben wird. Der lineare Abschreibungssatz bei Abwasser- und Wasserbetrieben liegt meist zwischen 2 und 3 %. Bei den übrigen leitungsgebundenen Einrichtungen der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung entsprechen sich der durchschnittliche Abschreibungssatz und der Auflösungsbetrag von 5 % im wesentlichen.

8. Änderung des § 24 Satz 3 EBV (Lagebericht; Risiken der künftigen Entwicklung)

Durch das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) vom 27.04.1998 wurde § 289 Abs. 1 HGB erweitert: Im Lagebericht ist auch einzugehen auf „Risiken der künftigen Entwicklung“. Das gilt wegen der dynamischen Verweisung in § 24 Satz 2 EBV auch für den Eigenbetrieb und ist nun auch in § 24 Satz 3 Nr. 7 EBV vorgeschrieben.

Dazu folgende Erläuterungen:

Unter Risiken werden die gesamten Gefahren und Verlustmöglichkeiten verstanden, die aus dem Umfeld des Unternehmens oder durch seinen eigenen Betrieb entstehen. Sie liegen vor bei erheblichen negativen Abweichungen möglicher von den geplanten Ergebnissen. Es handelt sich also immer auch um mögliche künftige bilanzielle Verluste. Die Risiken müssen von einigem Gewicht sein; aus dem Zusammenhang mit der Berichterstattung über die Lage des Betriebs ergibt sich, daß sie nur darzustellen sind, wenn sie die Beurteilung von Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Betriebs maßgeblich beeinflussen können. Die Risiken können z.B. in veränderten Marktverhältnissen, aber auch im technischen Bereich liegen.

Nur die Risiken sind zu schildern; eine Saldierung oder Kompensation mit künftigen Chancen ist nicht zulässig. Andererseits braucht über Risiken nicht berichtet zu werden, die im Abschluß (z.B. durch Rückstellungen) schon berücksichtigt sind.

Ob über die Risiken zu berichten ist, entscheidet der Werkleiter nach seinem Ermessen. Naturgemäß kann er nur über Risiken berichten, die er erkennt. Er hat vollständig, objektiv und wahr zu berichten; trotz Saldierungsverbot sollte er auch auf Gegenstrategien und Kompensationsmöglichkeiten eingehen. Grundlage seiner Berichterstattung sind der Wirtschafts- und Finanzplan, der Vergleich zu Vorjahren, die Abwicklung der Pläne und der Soll-Ist-Vergleich (vgl. dazu GK 96/2000).

9. Änderung der Verordnung über Kommunalunternehmen (KUV)

Die einzelnen Änderungen der KUV entsprechen denen der EBV. Sie betreffen im einzelnen:

	vgl. Erläuterungen zur EBV unter der Nr. dieses Betrags
§ 1 Abs. 1 KUV (Allgemeines)	2.
§ 6 Satz 3 KUV (Zusammenfassung von Kommunalunternehmen)	1.
§ 9 Satz 2 KUV (Stammkapital)	3.
§ 13 Satz 2 Nr. 2 KUV (Löschwasserversorgung)	4.
§ 18 KUV (Vermögensplan; Verpflichtungsermächtigungen)	6.
§ 23 Abs. 3 KUV (Empfangene Ertragszuschüsse; Auflösungsbetrag)	7.
§ 26 Satz 2 KUV (Lagebericht; Risiken der künftigen Entwicklung)	8.

10. Hinweise zur Abschlußprüfung

Der Abschlußprüfung unterliegen im Gegensatz zum früheren Recht alle Eigenbetriebe ohne Rücksicht auf Größe und Einzugsgebiet. § 5 KommPrV gibt bestimmten Eigenbetrieben die Möglichkeit, vom Grundsatz der jährlich durchzuführenden Abschlußprüfung abzuweichen (§ 4 Abs. 1 KommPrV). Die Regierungen können nämlich bei „Eigenbetrieben, deren Verhältnisse geordnet sind und deren Betriebsführung einfach und übersichtlich ist,“ auf Antrag widerruflich zulassen, daß die Abschlüsse von zwei oder drei Jahren zusammengefaßt geprüft werden. Richtlinien dazu sind in den Verwaltungsvorschriften zu § 5 KommPrV enthalten (VV Nr. 2 zu § 5 KommPrV). Vgl. dazu VwvEBV Nr. 27. Die Abschlußprüfung nach Art. 107 GO ist für Krankenhäuser und Pflegeeinrichtungen in der Rechtsform des Eigenbetriebs nicht vorgeschrieben (§ 11 WkKV, § 11 WkPV).

EAPI.: 87 (871)

6 Eintragung des gesetzlichen Vertreters eines Eigenbetriebs in das Handelsregister

Zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden sind mit Aufhebung des § 36 HGB durch das Handelsrechtsreformgesetz vom 22.06.1998 (vgl. unsere Mitteilungen 3/1998 Nr. 27) auch Eigenbetriebe (und Kommunalunternehmen), soweit sie Kaufmann i.S. des § 1 HGB sind. In unseren Mitteilungen 1/2000 Nr. 4 haben wir zu Problemen, die sich in der Praxis aus der Eintragungspflicht ergeben, Stellung genommen.

U.a. ging es um die Frage, wer als „Vorstand“ des Unternehmens i.S. von § 33 Abs. 2 HGB einzutragen ist, wenn der Werkleitung entsprechend dem gesetzlich vorgegebenen Regelfall nur die Vertretung nach außen hinsichtlich der laufenden Geschäfte übertragen ist (vgl. Art. 88 Abs. 3 Satz 2 GO, § 4 Abs. 6 Musterbetriebssatzung für Eigenbetriebe bayerischer Gemeinden, Stand Februar 1995, Bekanntmachung des StMI vom 28.03.1995, AIIMBI S. 252).

In einigen Fällen hatten sich die Amtsgerichte geweigert, die Werkleitung als gesetzlichen Vertreter des Eigenbetriebs einzutragen. Das Bayerische Oberste Landesgericht (BayOLG) hat nunmehr mit Beschluß vom 12.12.2001 3 Z BR 174/01 entschieden, daß die Werkleitung im oben geschilderten Fall als gesetzlicher Vertreter in das Handelsregister einzutragen ist.

Das Amtsgericht hatte mit Zwischenverfügung vom 25.10.2000 u.a. auf folgende Eintragungshindernisse hingewiesen:

- Die Vertretungsbefugnis der Werkleiter entspreche nicht dem registerrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz, da sie nur laufende Geschäfte betreffe. Dieser Begriff sei zu unbestimmt. Sinn und Zweck des Handelsregisters sei es, über die Vertretungsbefugnis endgültig und unmißverständlich Auskunft zu geben. Dies verbiete die Eintragung der bestehenden Vertretungsregelung, auch wenn diese mit der gesetzlichen Regelung in der Gemeindeordnung in Einklang stehe. ...
- Schließlich ergebe sich aus § 7 Abs. 2 der Satzung, daß auch der erste Bürgermeister Vertretungsbefugnis habe. Dieser sei daher ebenfalls anzumelden; dabei müsse jedoch seine Vertretungsbefugnis noch eindeutig geregelt werden.

Das Rechtsmittel der Gemeinde gegen die Zwischenverfügung hatte das Landgericht mit Beschluß vom 10.05.2001 zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde der Gemeinde hiergegen führte zur Aufhebung der Vorentscheidungen und zur Zurückgabe der Akten an das Registergericht.

In seiner abweichenden Entscheidung führt das BayOLG im wesentlichen folgendes aus:

1. Einzutragen sind die Mitglieder des Vorstands

In das Handelsregister sind die Mitglieder des Vorstandes einzutragen; ferner sind besondere Bestimmungen der Satzung über die Befugnis des Vorstandes zur Vertretung des Unternehmens einzutragen (§ 33 Abs. 2 Satz 2 und 3 HGB, § 40 Nrn. 3 und 5 Abs. 4 Handelsregisterverfügung).

2. Vorstand i.S. von § 33 HGB ist die Werkleitung

Dazu führt das BayOLG folgendes aus:

„Unter Vorstand in diesem Sinn ist das Organ zu verstehen, dem die organschaftliche Vertretungsmacht zukommt. ... Welche materiell-rechtlichen Anforderungen an die einzutragenden Rechtsverhältnisse, hier die Vertretungsmacht, zu stellen sind, bestimmt sich, sofern die handelsrechtlichen Vorschriften keine Regelung enthalten, nach den speziellen, für die jeweilige juristische Person geltenden Vorschriften. ... In welcher Form und mit welcher Verfassung kommunale Gebietskörperschaften öffentlich-rechtliche wirtschaftlich tätige Unternehmen betreiben können, ist eine Frage des kommunalen Wirtschaftsrechts. Die Regelung der Vertretungsmacht von Organen solcher Unternehmen unterliegt daher der Kompetenz des Landesgesetzgebers, da es sich insoweit um öffentliches Recht handelt. ...

Die einschlägigen Vorschriften des bayerischen Landesrechts sind in der Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern enthalten. Diese sieht als spezielles Organ zur Vertretung von Eigenbetrieben nach außen die Werkleitung vor (Art. 88 Abs. 3 Satz 1, Satz 2 Halbsatz 1 GO). Deren Vertretungsmacht erstreckt sich aber nur auf die ‚laufenden Geschäfte des Eigenbetriebs‘. Der Gemeinderat kann der Werkleitung mit Zustimmung des ersten Bürgermeisters weitere Vertretungsbefugnisse übertragen (Art. 88 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 GO). Letzteres ist im vorliegenden Fall nicht geschehen, auch nicht in § 4 Abs. 2 und 5 der Satzung. Dort wird die Vertretungsmacht gerade nicht über laufende Geschäfte hinaus erweitert. Eine Ausweitung der Vertretungsbefugnisse durch die Werkleitung selbst über den Erlaß einer entsprechenden Geschäftsordnung ... ist nicht möglich.

Im übrigen verbleibt es bei der allgemeinen Vertretung der Gemeinde (und damit auch des Eigenbetriebs, der lediglich ein rechtlich unselbständiges Sondervermögen bildet, vgl. Art. 88 Abs. 1 GO) durch den ersten Bürgermeister gemäß Art. 38 Abs. 1 GO. Dessen Vertretungsbefugnis ist allerdings ausgeschlossen, soweit die Werkleitung im Rahmen des Art. 88 Abs. 3 Satz 2 GO handeln kann. ...

Unter diesen Umständen ist nach den oben genannten Grundsätzen jedenfalls die Werkleitung als ‚Vorstand‘ im Sinn von § 33 HGB anzusehen. Gemäß § 33 Abs. 2 Satz 2 HGB sind ihre Mitglieder in der Anmeldung anzugeben und in Spalte 3 des Handelsregisters Abt. A einzutragen. ...“

3. Die Anmeldung und Eintragung der Person des ersten Bürgermeisters ist nicht geboten

Das BayOLG führt zunächst aus, daß die Frage, ob der erste Bürgermeister der Gemeinde ebenfalls als Vorstand des Eigenbetriebs zu behandeln ist, in der Literatur unterschiedlich behandelt werde.

„Nach Auffassung des Senats ist die Anmeldung und Eintragung der Person des ersten Bürgermeisters nicht geboten. Die Vorschrift des § 33 HGB geht im Grundsatz davon aus, daß eine juristische Person eingetragen wird. Demgegenüber stellt der Eigenbetrieb lediglich ein rechtlich unselbständiges Sondervermögen der Gemeinde dar. Gleichwohl ist nicht die Gemeinde als solche, sondern der Eigenbetrieb einzutragen. Dies rechtfertigt es, im Rahmen des Inhalts der Eintragung den Besonderheiten einer solchen Fallgestaltung angemessen Rechnung zu tragen und als Vorstand nicht den für die Gemeinde allgemein vertretungsbefugten ersten Bürgermeister, sondern dasjenige Organ anzusehen, das für den Eigenbetrieb im Rechtsverkehr üblicherweise handelt. Die Eintragung (auch) des ersten Bürgermeisters ohne weiteren Zusatz könnte den (falschen) Eindruck erwecken, der Bürgermeister dürfe generell für den Eigenbetrieb handeln. Eine Eintragung mit entsprechender Klarstellung würde zu einem erheblichen und kostenträchtigen Verwaltungsaufwand sowie zu einer Überfrachtung des Registers führen, ohne für die regelmäßig anfallenden Geschäfte des Betriebs von Bedeutung zu sein. Damit würde das Ziel der Abschaffung des § 36 HGB, die Rechtsverhältnisse auch bei den in Frage stehenden Unternehmen für den Rechtsverkehr einfacher und deutlicher erkennbar zu gestalten als bisher, eher verfehlt als befördert.

Bei dieser Sachlage konnte das Amtsgericht weder die Anmeldung (auch) des ersten Bürgermeisters als Vertretungsorgan noch eine inhaltliche Änderung der vom öffentlichen Recht vorgegebenen Vertretungsregeln für Werkleitung und ersten Bürgermeister verlangen.“

4. Darstellung der Vertretungsbefugnis im Handelsregister

Der Senat führt zunächst aus, daß mit dieser Handhabung der Eintragung eine schnelle und einfache Information über die Rechts- und Vertretungsverhältnisse von Unternehmen der öffentlichen Hand ohne besondere Vorkenntnisse über die öffentlich-rechtlichen Grundlagen des jeweiligen Unternehmens nicht in vollem Umfang erfüllt werde; dies sei jedoch auch bei anderen Eintragungspflichtigen nicht immer gegeben. Dazu das BayOLG:

„Eine vollständige und allein aus sich heraus verständliche Darstellung der Vertretungsbefugnisse vermag das Handelsregister jedoch auch bei Kaufleuten oder Handelsgesellschaften nicht zu bieten. So muß der Rechtsverkehr etwa Kenntnisse über den Umfang der Prokura (vgl. § 49 HGB) oder den Umfang der Vertretungsmacht von Vorständen einer Aktiengesellschaft (vgl. § 111 Abs. 2 Satz 3, § 112 AktG) besitzen.

Ferner läßt das Handelsgesetzbuch selbst in einem ähnlichen Fall Abweichungen zu, nämlich soweit bei der Anmeldung inländischer Zweigniederlassungen mit ausländischer Hauptniederlassung (vgl. § 13d Abs. 3 a.E. HGB) das ausländische Recht dies erforderlich macht. Dies zeigt, daß registerrechtlichen Vorschriften kein Vorrang gegenüber Normen des materiellen Rechts zur Vertretungsbefugnis zukommen kann.

Im übrigen kann den Bedürfnissen einer möglichst umfassenden Information des Rechtsverkehrs durch das Handelsregister durchaus Rechnung getragen werden. Die Eintragung nicht vom Gesetz bestimmter oder zugelassener Tatsachen in das Handelsregister hat die Rechtsprechung für zulässig erachtet, soweit der Sinn und Zweck des Handelsregisters dies erfordert und ein erhebliches Bedürfnis des Rechtsverkehrs besteht. Nach diesem Maßstab ist es sachgerecht, in Spalte 5 des Handelsregisters (vgl. § 40 Nr. 5 Abs. 4 HRV) unter Bezugnahme auf Art. 88 Abs. 3 Satz 2, Art. 38 Abs. 1 GO und in enger Anlehnung an den Gesetzeswortlaut zu vermerken, daß die Vertretungsbefugnis der Werkleitung sich auf die laufenden Geschäfte beschränkt, während im übrigen der erste Bürgermeister die Gemeinde nach außen vertritt.“

Ergänzend bemerken wir, daß das Oberlandesgericht Frankfurt a.M. mit Beschluß vom 20.12.2001 - 20 184/01 für kommunale Eigenbetriebe in Hessen im Ergebnis die gleiche Entscheidung getroffen hat.

EAPI.: 87 (870)

7 **Gesetz zur Eindämmung illegaler Betätigung im Baugewerbe - Auswirkungen auf kommunale Gebietskörperschaften und ihre Betriebe**

1. Überblick

Mit dem Gesetz zur Eindämmung illegaler Betätigung im Baugewerbe vom 30. August 2001 (BGBl 2001 I S. 2267) unternimmt der Gesetzgeber einen weiteren Versuch, Steueransprüche des deutschen Fiskus zu sichern, nachdem die Einführung einer 25%igen Abzugssteuer im Rahmen des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 wegen Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens durch die Europäische Kommission wieder rückgängig gemacht werden mußte. Das Gesetz wurde am 6. September 2001 im Bundesgesetzblatt verkündet und trat am 7. September 2001 in Kraft (Art. 8 Abs. 1 des Gesetzes). Abweichend vom Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes **sind vom Steuerabzug erst Zahlungen betroffen, die nach dem 31.12.2001 geleistet werden (§ 52 Abs. 56 EStG)**. Damit soll den Bauunternehmen noch Gelegenheit gegeben werden, sich rechtzeitig eine Freistellungsbescheinigung zu verschaffen. Die Neuregelungen sind enthalten in den neu eingefügten §§ 48 bis 48 d EStG sowie in der Abgabenordnung, der Umsatzsteuerzuständigkeitsverordnung und der Arbeitnehmer-Zuständigkeitsverordnung - Bau. Zwischenzeitlich hat auch das Bundesfinanzministerium im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der Länder in einem ausführlichen Schreiben zu Einzelfragen Stellung genommen (vgl. BMF-Schreiben vom 01.11.2001 IV A 5 - S 1900 - 292/01, DB 2001, Beilage zu Heft 45 vom 09.11.2001).

Das Gesetz verpflichtet Unternehmer i.S. des § 2 des Umsatzsteuergesetzes (UStG) und juristische Personen des öffentlichen Rechts (= Leistungsempfänger), 15 % des Rechnungsbetrages für empfangene Bauleistungen für Rechnung des Bauunternehmers (= Leistender) einzubehalten und an das Finanzamt abzuführen (§ 48 EStG). Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um ein inländisches oder um ein ausländisches Bauunternehmen handelt, das die Bauleistung erbringt. Der Abzugsbetrag wird auf die vom Leistenden zu entrichtenden Steuern (Lohnsteuern, Einkommen- bzw. Körperschaftsteuern, eigene Abzugsbeträge des Leistenden) angerechnet oder - soweit sie nicht angerechnet werden konnten - auf Antrag erstattet (§ 48 c EStG). Vom Steuerabzug erfaßt werden auch Bauleistungen ausländischer Unternehmen, die aufgrund eines Doppelbesteuerungsabkommens grundsätzlich nicht der Besteuerung unterliegen. Unberührt davon bleibt in diesem Fall der Anspruch des Leistenden auf völlige bzw. teilweise Erstattung des Abzugsbetrages gemäß § 48 d EStG.

Der Steuerabzug kann unterbleiben, wenn bestimmte Bagatellgrenzen nicht überschritten werden oder wenn das Bauunternehmen eine Freistellungsbescheinigung vorlegt (§ 48 Abs. 2 EStG i.V. mit § 48 b EStG). Wird entgegen den gesetzlichen Vorschriften der Abzugsbetrag nicht einbehalten und abgeführt, haftet der Bauherr für den Abzugsbetrag.

Hinzuweisen ist darauf, daß der Steuerabzug nach § 48 EStG dem Abzugsverfahren nach § 50 a Abs. 7 EStG vorgeht. Diese Vorschrift findet somit auf Bauleistungen keine Anwendung. Zu beachten bleiben darüber hinaus die umsatzsteuerrechtlichen Einbehaltungspflichten bei Werklieferungen und sonstigen Leistungen ausländischer Unternehmer an inländische Unternehmer sowie an juristische Personen des öffentlichen Rechts gemäß §§ 51 ff. UStDV (bzw. § 13 b UStG i.d.F. des Steueränderungsgesetzes 2001).

2. Wer ist zum Steuerabzug verpflichtet?

Zum Steuerabzug verpflichtet sind alle Unternehmer i.S. des § 2 UStG und alle juristischen Personen des öffentlichen Rechts (§ 48 Abs. 1 Satz 1 EStG). Unternehmer i.S. des § 2 UStG ist, wer eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbständig sowie nachhaltig und gegen Entgelt ausübt. Auf eine Gewinnerzielungsabsicht kommt es nicht an. Der Abzugsverpflichtung unterliegen auch Kleinunternehmer i.S. des § 19 UStG, pauschalversteuernde Land- und Forstwirte (§ 24 UStG) sowie Unternehmer mit ausschließlich steuerfreien Umsätzen.

Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind grundsätzlich zum Abzug verpflichtet, unabhängig davon, ob sie eine Bauleistung für ihren Unternehmensbereich oder für ihren Hoheitsbereich empfangen. Das heißt, eine Gemeinde muß die Steuer sowohl dann abziehen, wenn sie die Bauleistung für einen Betrieb gewerblicher Art i.S. des § 2 Abs. 3 UStG i.V. mit § 4 KStG oder für einen land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb i.S. des § 2 Abs. 3 UStG erhält, als auch dann, wenn die Bauleistung für den Hoheitsbereich bestimmt ist. Unerheblich ist auch, ob sie in ihrem Unternehmensbereich steuerfreie oder steuerpflichtige Umsätze ausführt.

Beispiele:

- Eine Gemeinde läßt für ihren Betrieb gewerblicher Art „Wasserversorgung“ einen Hochbehälter von einem Bauunternehmer errichten. Die Bauleistungen unterliegen der Abzugsbesteuerung nach § 48 EStG. Ob es sich bei dem Bauunternehmer um einen Unternehmer mit Sitz im Inland oder mit Sitz im Ausland handelt, ist unerheblich.
- Ein Landkreis läßt für sein Krankenhaus, das in der Rechtsform eines Kommunalunternehmens betrieben wird, einen Anbau errichten. Die Bauleistungen unterliegen der Abzugsbesteuerung, obwohl das Krankenhaus ausschließlich steuerfreie Umsätze nach § 4 Nr. 16 UStG tätigt.
- Der Abwasserzweckverband beauftragt ein inländisches Bauunternehmen mit der Verlegung von Kanalleitungen. Der Zweckverband ist im Bereich der Abwasserentsorgung hoheitlich tätig. Gleichwohl ist er als juristische Person des öffentlichen Rechts zum Steuerabzug verpflichtet.

- Die Stadt Z lässt von einem österreichischen Gartenbaubetrieb ihre Parkanlagen sowie ihre Friedhofsanlagen neu gestalten. Die Stadt ist zum Steuerabzug verpflichtet.

Als jemand, der eine Bauleistung erbringt (Leistender), gilt auch ein Unternehmer, der eine Leistung abrechnet, ohne sie erbracht zu haben (§ 48 Abs. 1 Satz 3 EStG). Ein Generalunternehmer kann deshalb zugleich Leistungsempfänger gegenüber seinen Subunternehmern sein und Leistender im Verhältnis zu seinem Auftraggeber (vgl. BMF-Schreiben vom 01.11.2001, a.a.O., Tz. 15).

Beispiel:

Ein Landkreis hat einen Generalunternehmer mit der Errichtung eines Müllheizkraftwerks beauftragt. Der Generalunternehmer bedient sich bei der Abwicklung des Auftrags mehrerer Bauunternehmer (Subunternehmer). Der Landkreis hat von der Gegenleistung an den Generalunternehmer den Steuerbetrag von 15 v.H. abzuziehen. Der Generalunternehmer wiederum ist als Leistungsempfänger verpflichtet, von der Gegenleistung an die Subunternehmer den Steuerabzug einzubehalten und an das Finanzamt abzuführen.

Im Rahmen einer umsatzsteuerlichen Organschaft ist der Organträger Unternehmer i.S. des § 2 UStG. Wird von außerhalb des Organkreises eine Bauleistung an eine Organgesellschaft erbracht, ist der Organträger zum Steuerabzug verpflichtet. Umsätze innerhalb des Organkreises unterliegen als nichtsteuerbare Innenumsätze nicht der Umsatzsteuer (§ 2 Abs. 2 UStG).

Beispiele:

- Die Stadtwerke-Holding GmbH ist Organträger ihrer Tochterunternehmen „Versorgungs-GmbH“ und „Verkehrs-GmbH“. Die „Verkehrs-GmbH“ lässt von einem Bauunternehmer neue Gleise für ihre U-Bahn verlegen. Die Stadtwerke-Holding GmbH hat als umsatzsteuerlicher Organträger den Steuerbetrag abzuziehen.
- Die „Verkehrs-GmbH“ bestellt Lüftungs- und Elektroinstallationsleistungen für eine Tunnelröhre von ihrer Schwestergesellschaft „Versorgungs-GmbH“. Die Bauleistungen unterliegen nicht der Abzugsbesteuerung, da sie innerhalb des Organkreises erbracht werden.

3. Was ist unter Bauleistungen zu verstehen?

Unter Bauleistungen versteht § 48 Abs. 1 Satz 2 EStG alle Leistungen, die der Herstellung, Instandsetzung, Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung von Bauwerken dienen. Die Definition der Bauleistungen entspricht der Regelung in § 211 Abs. 1 Satz 2 SGB III i.V. mit der Baubetriebe-Verordnung (vgl. Anlage). Nach Tz. 5 des BMF-Schreibens vom 01.11.2001 (a.a.O.) gehören dazu auch Bauleistungen, die von der Winterförderung gemäß § 2 Baubetriebe-Verordnung ausgeschlossen sind. Der Begriff des Bauwerks ist weit auszulegen und umfaßt neben Gebäuden auch sämtliche irgendwo mit dem Erdboden verbundene oder infolge ihrer eigenen Schwere auf ihm ruhende, aus Baustoffen oder Bauteilen mit baulichem Gerät hergestellte Anlagen (vgl. BMF-Schreiben vom 01.11.2001, a.a.O.).

Vom Begriff der Bauleistung werden nicht nur substanzverändernde, substanzweiternde, substanzverbessernde oder substanzbeseitigende Leistungen erfaßt, sondern alle Erhaltungsaufwendungen im Zusammenhang mit Bauwerken. Reine Wartungsaufwendungen ohne Veränderung, Bearbeitung oder ohne Austausch von Teilen sind keine Bauleistungen, ebenso wie reine Materiallieferungen z.B. durch Baustoffhändler oder Baumärkte. Das gleiche gilt für bloße Reinigungsleistungen an Bauwerken (BMF-Schreiben vom 01.11.2001, a.a.O., Tz. 6 - 10).

Nicht der Abzugsbesteuerung unterliegen darüber hinaus ausschließlich planerische Leistungen von Statikern, Architekten, Garten- und Innenarchitekten, Vermessungs- und Bauingenieuren. Auch die Arbeitnehmerüberlassung ist keine Bauleistung, selbst wenn die überlassenen Arbeitnehmer Bauleistungen für den Entleiher erbringen (BMF-Schreiben vom 01.11.2001, a.a.O., Tz. 7).

Werden mehrere Leistungen im Rahmen eines Vertragsverhältnisses erbracht, die nur teilweise Bauleistungen sind, hängt die Abzugsverpflichtung davon ab, ob die Bauleistung als Hauptleistung anzusehen ist. Damit verbundene Nebenleistungen werden dann dieser Hauptleistung untergeordnet, d.h. der Steuerbetrag ist dann - unter der Voraussetzung, daß es sich bei der Hauptleistung um eine Bauleistung handelt - von der Gesamtgegenleistung abzuziehen (BMF-Schreiben vom 01.11.2001, a.a.O., Tz. 11).

4. In welchen Fällen kann vom Steuerabzug abgesehen werden?

a) Kein Steuerabzug erforderlich bei Vorlage einer Freistellungsbescheinigung

Nach § 48 Abs. 2 1. Halbsatz EStG ist ein Steuerabzug nicht erforderlich, wenn der Leistende dem Leistungsempfänger eine im Zeitpunkt der Gegenleistung gültige Freistellungsbescheinigung nach § 48 b Abs. 1 Satz 1 EStG vorlegt.

Zuständig für die Freistellungsbescheinigung ist das Finanzamt des Leistenden bzw. - soweit etwa eine Personengesellschaft ertragsteuerlich nicht erfaßt ist - das für die Umsatzsteuer zuständige Finanzamt des Leistenden. Ausländische Bauunternehmen haben den Antrag bei einer zentralen Stelle einzureichen. Sie ergibt sich aus der Umsatzsteuerzuständigkeitsverordnung. Diese Stelle ist auch zuständig für die Besteuerung der inländischen Umsätze und des im Inland steuerpflichtigen Einkommens des Leistenden, für die Verwaltung der Lohnsteuer der Arbeitnehmer des Leistenden, für die Anmeldung und Abführung des Steuerabzugs nach § 48 EStG und für die Anrechnung oder Erstattung des Steuerabzugs nach § 48 c EStG (vgl. BMF-Schreiben, a.a.O., Tz. 70). Der Antrag des Leistenden ist formlos. Das Finanzamt kann jedoch Einzelheiten mit einem Fragebogen erheben. Das wird in der Regel bei ausländischen Baufirmen und bei Unternehmen der Fall sein, die bisher steuerlich nicht erfaßt waren. Ausländische Baufirmen bedürfen für die Erteilung einer Freistellungsbescheinigung zusätzlich der Benennung eines inländischen Empfangsbevollmächtigten gemäß § 123 AO sowie einer Bescheinigung der ausländischen Steuerbehörde als Nachweis über die steuerliche Erfassung des Unternehmers (§ 48 b Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 EStG).

Die Freistellungsbescheinigung kann verweigert werden, wenn der zu sichernde Steueranspruch gefährdet erscheint (§ 48 b Abs. 1 Satz 1 EStG). Das ist insbesondere dann der Fall, wenn z.B. bei einem ausländischen Bauunternehmer der Nachweis über dessen steuerliche Erfassung bei der ausländischen Steuerbehörde nicht vorgelegt wird oder wenn der Leistende seinen Anzeige-, Auskunft- und Mitwirkungspflichten nach § 138 AO bzw. 90 AO nicht nachkommt (§ 48 b Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 3 EStG). Darüber hinaus können nach Auffassung des BMF Versagungsgründe auch dann vorliegen, wenn beim Leistenden nachhaltig Steuerrückstände bestehen oder Steueranmeldungen bzw. Steuererklärungen unzutreffend sind oder dieser wiederholt Steuererklärungen nicht oder nicht rechtzeitig abgibt (BMF-Schreiben, a.a.O., Tz. 27). Wird aus den genannten Gründen keine Freistellungsbescheinigung erteilt, erläßt das Finanzamt einen Ablehnungsbescheid, gegen den der Rechtsbehelf des Einspruchs gegeben ist.

Der Freistellungsbescheid selbst wird nach amtlich vorgeschriebenem Vordruck erteilt. Er kann zeitlich befristet werden (§ 48 b Abs. 3 Nr. 2 EStG). Die maximale Laufzeit beträgt drei Jahre. Er gilt ab dem Tag der Ausstellung. **Im Januar 2002 ausgestellte Bescheinigungen gelten ausnahmsweise ab dem 1. Januar 2002** (vgl. BMF-Schreiben, a.a.O., Tz. 30). Bei vorübergehender Tätigkeit im Inland soll nach Auffassung der Finanzverwaltung die Freistellungsbescheinigung nur auftragsbezogen erteilt werden. Hierzu kann die Vorlage des Werkvertrages verlangt werden.

b) Was hat der Leistungsempfänger bei Vorlage der Freistellungsbescheinigung zu beachten?

Wird die Freistellung auf einen bestimmten Auftrag beschränkt, hat der leistende Bauunternehmer dem Leistungsempfänger die Bescheinigung auszuhändigen. Ist die Freistellung dagegen nur zeitlich befristet, genügt es, wenn der Leistungsempfänger eine Kopie ausgehändigt bekommt. Er hat die Unterlage aufzubewahren. Nach § 147 Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 3 AO beträgt die Aufbewahrungsfrist sechs Jahre.

Bei Abschlagszahlungen ist darauf zu achten, daß der Steuerabzug nur dann unterlassen werden darf, wenn vor Auszahlung des ersten Teilbetrages bereits eine gültige Freistellungsbescheinigung vorgelegt wird. Auch für den Fall der Aufrechnung ist eine Freistellung vom Steuerabzug nur zulässig, wenn im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung eine Bescheinigung vorliegt. Eine spätere Vorlage reicht nicht aus (vgl. BMF-Schreiben, a.a.O., Tz. 33 bis 36).

Ausnahmsweise kann der Leistungsempfänger den einbehaltenen Betrag an den Leistenden auszahlen, wenn er die Abzugsbeträge noch nicht angemeldet hat und ihm die Freistellungsbescheinigung bis zum 10. Februar 2002 vorgelegt wird (BMF-Schreiben, a.a.O., Tz. 37).

c) Was ist zu beachten, wenn eine Freistellungsbescheinigung widerrufen oder zurückgenommen wird?

Wird eine Freistellungsbescheinigung mit Wirkung für die Zukunft widerrufen, sind ab diesem Zeitpunkt alle Gegenleistungen dem Steuerabzug zu unterwerfen. Bei einer Rücknahme der Freistellungsbescheinigung war die Abstandnahme vom Steuerabzug bereits in der Vergangenheit unzulässig. Das heißt, daß aus allen Gegenleistungen, die nach dem Widerruf anfallen, die Steuer abzuziehen und für bereits vorher erbrachte Gegenleistungen der Abzug auch nachzuholen ist. Ist dies nicht möglich, weil z.B. die noch ausstehenden Gegenleistungen betragsmäßig nicht ausreichen, entfällt insoweit der Einbehalt (BMF-Schreiben, a.a.O., Tz. 56).

Das Finanzamt informiert den Leistungsempfänger in den Fällen, in denen eine Freistellungsbescheinigung nur für eine bestimmte Bauleistung erteilt wurde. Ansonsten löst eine Nichtbeachtung der zeitlichen Befristung, der Rücknahme oder des Widerrufs nur dann eine Haftung des Leistungsempfängers aus, wenn ihm der Sachverhalt bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht bekannt war (BMF-Schreiben, a.a.O., Tz. 56).

d) Ebenfalls kein Steuerabzug erforderlich, wenn Freigrenzen nicht überschritten werden

Ebenfalls kein Steuerabzug ist erforderlich, wenn die Gegenleistung im laufenden Kalenderjahr voraussichtlich folgende Beträge nicht überschreiten wird:

- 15.000 Euro, wenn der Leistungsempfänger ausschließlich steuerfreie Umsätze nach § 4 Nr. 12 Satz 1 UStG (= Vermietungsumsätze) ausführt
- 5.000 Euro in den übrigen Fällen

Für die Ermittlung des Betrages sind die für denselben Leistungsempfänger erbrachten und voraussichtlich zu erbringenden Bauleistungen zusammenzurechnen (§ 48 Abs. 2 EStG).

Strittig könnte sein, ob für juristische Personen des öffentlichen Rechts die Freigrenze von 15.000 Euro überhaupt einschlägig ist. Denn sie gilt nur für Leistungsempfänger, die allein deswegen als Unternehmer abzugsverpflichtet sind, weil sie ausschließlich steuerfreie Umsätze nach § 4 Nr. 12 Satz 1 UStG erbringen (vgl. auch BMF-Schreiben, a.a.O. Tz. 38). Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind jedoch unabhängig von jeder Unternehmereigenschaft abzugsverpflichtet. Sie wären im übrigen auch mit einer Vermietungstätigkeit nur vermögensverwaltend und nicht unternehmerisch tätig. Anders kann die Rechtslage bei einer vermögensverwaltenden GmbH zu beurteilen sein. Es empfiehlt sich daher, bei einer Vermögensverwaltung durch die juristische Person des öffentlichen Rechts selbst lediglich auf die Freigrenze von 5.000 Euro abzustellen oder sich generell eine Freistellungsbescheinigung vorlegen zu lassen. Letzteres gilt auch dann, wenn im laufenden Kalenderjahr mit weiteren Zahlungen für Bauleistungen an denselben Auftragnehmer zu rechnen ist. Geht der Leistungsempfänger zunächst davon aus, daß die Freigrenze nicht überschritten wird, und zieht er deshalb die Steuer nicht ab, so ist der unterlassene Steuerabzug aus der weiteren Gegenleistung nachzuholen, wenn es im Nachhinein zur Überschreitung der maßgeblichen Freigrenze kommt. Reicht in diesem Fall der Betrag für die Erfüllung der Abzugsverpflichtung nicht aus, so entfällt die Abzugsverpflichtung in der Höhe, in der sie die Gegenleistung übersteigt (vgl. BMF-Schreiben, a.a.O., Tz. 39 und 40).

Beispiele:

- Eine kleine Gemeinde läßt ihr Rathaus für 4.900 Euro reparieren. Die Steuer wird nicht abgezogen. Im November wird eine Nachbesserung durch dieselbe Baufirma erforderlich. Der Rechnungsbetrag hierfür lautet auf 500 Euro. Der Steuerabzugsbetrag errechnet sich mit 15 % aus 5.400 Euro = 810 Euro. Dieser Betrag kann aus der letzten Gegenleistung nicht erbracht werden. Es sind daher lediglich 500 Euro einzubehalten und abzuführen.

- Die Wohnungsgesellschaft der Stadt X ist Eigentümerin von 100 Wohnungen, die alle vermietet sind. Für ihren Wohnungsbestand läßt sie in den Monaten Mai und Juni von einem inländischen Bauunternehmer Renovierungs- und Instandhaltungsleistungen ausführen. Die Gegenleistung hierfür beträgt 12.000 Euro. Damit könnte die Gesellschaft grundsätzlich die Freigrenze von 15.000 Euro in Anspruch nehmen, wenn sie nicht bereits im Mai des laufenden Jahres für Oktober und November geplant hätte, vom gleichen Bauunternehmer weitere Sanierungsarbeiten im Gegenwert von ca. 10.000 Euro durchführen zu lassen. Sie muß deshalb bereits aus der ersten Gegenleistung die Steuer abziehen.

5. Wie ist bei der Einbehaltung, Abführung und Anmeldung des Steuerabzugs zu verfahren?

Der Steuerabzug ist von der Gegenleistung einzubehalten. Als Gegenleistung versteht das Gesetz das Entgelt zuzüglich Umsatzsteuer (§ 48 Abs. 3 EStG). Die Verpflichtung zum Steuerabzug entsteht in dem Zeitpunkt, in dem die Gegenleistung erbracht wird, d.h. in dem sie beim Leistungsempfänger abfließt. Das gilt auch für Vorschüsse, Abschlagszahlungen, Zahlungen für gestundete Beträge und Zahlungen aufgrund einer nachträglichen Erhöhung der Gegenleistung. Nachträgliche Minderungen führen jedoch nicht zu einer Berichtigung des Abzugsbetrages (BMF-Schreiben, a.a.O., Tz. 41 und 46).

Der Leistungsempfänger hat die in einem Kalendermonat einbehaltenen Abzugsbeträge für jeden Leistenden bis zum 10. Tag des Folgemonats auf amtlichem Vordruck anzumelden (vgl. §§ 167 und 168 AO) und an das für den Leistenden zuständige Finanzamt abzuführen (§ 48 a Abs. 1 EStG). Die hierfür erforderlichen Angaben wie zuständiges Finanzamt und Kontonummer erhält er vom Leistenden. Weitere Informationen können auch dem Internet unter www.finanzamt.de entnommen werden.

Für die verspätete Abgabe der Anmeldungen bzw. für verspätete Zahlungen gelten die üblichen Bestimmungen der Abgabenordnung, d.h. es können Verspätungs- und Säumniszuschläge erhoben werden (vgl. §§ 152 und 240 AO).

6. Welche Angaben hat der Leistungsempfänger dem Leistenden im Falle des Steuerabzugs zu bestätigen?

Der Leistungsempfänger hat mit dem Leistenden über den Steuerabzug abzurechnen (§ 48 a Abs. 2 EStG). Die Abrechnung ist nicht formgebunden, hat jedoch folgende Angaben zu enthalten:

- den Namen und die Anschrift des Leistenden,
- den Rechnungsbetrag, das Rechnungsdatum und den Zahlungstag,

- die Höhe des Steuerabzugs und
- das Finanzamt, bei dem der Abzugsbetrag angemeldet worden ist.

Anstelle des Abrechnungspapiers kann dem Leistenden auch eine Kopie der Steueranmeldung überlassen werden (BMF-Schreiben, a.a.O., Tz. 48).

7. Welche Haftungsrisiken trägt der Leistungsempfänger, wenn er die Steuer nicht oder in zu geringem Umfang abgezogen hat?

Grundsätzlich ist die Haftung ausgeschlossen, wenn dem Leistungsempfänger im Zeitpunkt der Gegenleistung, d.h. im Zahlungszeitpunkt, eine Freistellungsbescheinigung vorlag, auf deren Rechtmäßigkeit er vertrauen konnte (§ 48 a Abs. 3 Satz 2 EStG). Der Leistungsempfänger hat die Freistellungsbescheinigung zu überprüfen, z.B. ob sie mit einem Dienstsiegel versehen ist und ob sie eine Sicherheitsnummer trägt (BMF-Schreiben, a.a.O., Tz. 51). Sollten danach noch Zweifel an der Richtigkeit der Bescheinigung vorliegen, kann sich der Leistungsempfänger durch eine elektronische Abfrage beim Bundesamt für Finanzen (www.bff-online.de) oder durch Nachfrage bei dem Finanzamt, das die Bescheinigung ausgestellt hat, vergewissern, ob die Bescheinigung in Ordnung ist.

Ein Vertrauen auf die Freistellungsbescheinigung wird dann nicht geschützt, wenn diese durch unlautere Mittel oder durch falsche Angaben erwirkt wurde und dies dem Leistungsempfänger bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht bekannt war (§ 48 a Abs. 3 Satz 3 EStG). In diesem Fall haftet der Leistungsempfänger für die nicht oder zu niedrig abgeführte Steuer (§ 48 a Abs. 2 Satz 1 EStG). Das Finanzamt nimmt den Leistungsempfänger durch Haftungsbescheid in Anspruch (§ 48 a Abs. 2 Satz 4 EStG).

EAPI.: 60 (601); 92 (920)

Bau 1 Die Neuregelungen der VOB 2000 und des Vergabehandbuchs Hochbau, Ausgabe Bayern, zu Skonto-, Nachlaß- und Nebenangeboten

1. Das Problem

Nebenangebote, Skonti und Nachlässe wurden in der Praxis häufig an Stellen angeboten, an denen sie der Verhandlungsleiter im Eröffnungstermin nach § 22 VOB/A nicht ohne weiteres entdecken konnte. Es war ihm daher nicht möglich, der Verpflichtung in § 22 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A nachzukommen, neben den Endbeträgen der Angebote „andere den Preis betreffende Angaben“ (d.h. Skonti und Nachlässe) zu verlesen und bekanntzugeben, „ob und von wem Änderungsvorschläge oder Nebenangebote eingereicht“ wurden. Die entsprechenden Angaben wurden erst später im Rahmen der rechnerischen Prüfung nach § 23 Nr. 2 VOB/A festgestellt und, soweit sie die Angebotsendsumme betrafen, in der Niederschrift über den Eröffnungstermin vermerkt (§ 23 Nr. 4 VOB/A). Änderte sich durch später entdeckte Nebenangebote, Skonti oder Nachlässe die Bieterreihenfolge, so gab das häufig und in Einzelfällen berechtigterweise Anlaß zu Spekulationen über Manipulationen. Um dem entgegenzuwirken und die Transparenz des Vergabeverfahrens zu erhöhen, wurden die VOB und das Vergabehandbuch Bayern geändert.

2. Die Neuregelungen in der VOB 2000

Die VOB 2000 enthält nun in § 21 Nrn. 3 und 4 VOB/A folgende Regelungen:

„3. Die Anzahl von Nebenangeboten oder Änderungsvorschlägen ist an einer vom Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen bezeichneten Stelle aufzuführen. Etwaige Änderungsvorschläge oder Nebenangebote müssen auf besonderer Anlage gemacht und als solche deutlich gekennzeichnet werden.“

4. Soweit Preisnachlässe ohne Bedingungen gewährt werden, sind diese an einer vom Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen bezeichneten Stelle aufzuführen.“

Im unmittelbaren Zusammenhang dazu stehen die Neuregelungen in § 25 Nr. 1 Abs. 2 und in § 25 Nr. 5 Satz 2 VOB/A. Danach **können** Änderungsvorschläge und Nebenangebote von Bietern ausgeschlossen werden, die nicht auf besonderer Anlage gemacht oder als solche gekennzeichnet wurden (§ 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A). Preisnachlässe ohne Bedingung **dürfen nicht** gewertet werden, wenn sie nicht an der vom Auftraggeber nach § 21 Nr. 4 VOB/A bezeichneten Stelle aufgeführt sind (§ 25 Nr. 5 Satz 2 VOB/A). In der Praxis ist die „vom Auftraggeber bezeichnete Stelle“ das Angebotschreiben (vgl. Nr. 6 des Einheitlichen Verdingungsmusters für das Angebotschreiben - EVM(B)Ang - im Vergabehandbuch Hochbau, Ausgabe Bayern, Fassung 2000).

3. Die Neuregelungen im Vergabehandbuch Hochbau, Ausgabe Bayern

Das Vergabehandbuch hat die von der VOB/A 2000 zu den Änderungsvorschlägen, den Nebenangeboten und den Preisnachlässen ohne Bedingungen vorgegebenen Regelungen in das Einheitliche Verdingungsmuster „Bewerbungsbedingungen für die Vergabe von Bauleistungen, Fassung September 2000 (EVM(B)BwB/E)“ übernommen (s. Nrn. 4.1 und 4.5 sowie Nr. 5.4 des EVM(B)BwB/E). Zu den Preisnachlässen mit Bedingungen (d.h. zu den Skonti), zu denen die VOB/A keine Aussage trifft, heißt es in Nr. 3.4 des EVM(B)BwB/E:

„Preisnachlässe mit Bedingungen für die Zahlungsfrist (Skonti) werden bei der Wertung der Angebote nicht berücksichtigt.“

Wir weisen darauf hin, daß Skonti bei der Wertung der Angebote nur dann nicht zu berücksichtigen sind, wenn kommunale Auftraggeber die Bewerbungsbedingungen des Vergabehandbuchs zugrunde gelegt haben. Anderenfalls sind Skonti bei der Wertung nach den üblichen Kriterien zu würdigen. Es ist zu prüfen, ob das Skontoangebot bestimmt ist (z.B. hinsichtlich Höhe und Zahlungsfrist), ob der Auftraggeber die Zahlungsfrist voraussichtlich einhalten kann, wie hoch das Risiko ist, eine Zahlungsfrist zu versäumen und dann möglicherweise das gesamte Skonto für Abschlags- und Schlußzahlungen zu verlieren, und welche Folgen das für die Bieterfolge hat (vgl. u.a. FSt 214/1995).

Zur Einhaltung der Skontofristen sollte in der Posteingangsstelle eine Vormerkliste aufliegen, damit die Rechnung unverzüglich mit dem Vermerk oder Stempelaufdruck „Achtung: Skonto“ an die für die Prüfung zuständige Stelle geleitet wird. Bei der Vereinbarung von Skonti in Bauverträgen sollten daneben eindeutige Prüffristen mit den mit der Rechnungsprüfung befaßten Ingenieurbüros vereinbart werden.

4. Weitere Hinweise

a) Änderungsvorschläge und Nebenangebote

Änderungsvorschläge und Nebenangebote setzen voraus, daß die Leistung inhaltlich anders angeboten wird als sie in der Leistungsbeschreibung beschrieben ist.

Wird die Anzahl von Nebenangeboten oder Änderungsvorschlägen entgegen § 21 Nr. 3 Satz 1 VOB/A nicht oder nicht an der vom Auftraggeber bezeichneten Stelle (in der Regel im Angebotsschreiben) angegeben, bleibt das nach der VOB/A und dem Vergabehandbuch ohne Sanktion. Wir empfehlen den öffentlichen Auftraggebern nicht, für diese Fälle von sich aus Sanktionen vorzusehen, z.B. den Ausschluß der Bieter, die nicht alle Neben- oder Änderungsangebote aufgeführt haben. Dies wäre unverhältnismäßig. Der öffentliche Auftraggeber könnte sich im Einzelfall um den Vorteil preisgünstiger Angebote bringen. Dadurch, daß die Änderungs- und Nebenange-

bote nunmehr vom Hauptangebot zu trennen und besonders zu kennzeichnen sind, ist die Gefahr gering, daß sie im Eröffnungstermin nicht als solche erkannt werden. Behauptet ein Bieter später, er habe mehr als die angegebene Anzahl von Neben- oder Änderungsangeboten abgegeben, trifft ihn dafür die Beweislast (vgl. § 22 Nr. 6 VOB/A). Eventuellen Manipulationen wird damit ausreichend vorgebeugt.

b) Nachlässe

Der Nachlaß ist eine prozentuale Preisminderung, die nicht an eine Bedingung geknüpft ist. In der Regel wird kein Angebot so abgegeben, wie es kalkuliert wurde. Auf die Kalkulation der dem Bieter entstehenden Kosten folgt die Preisgestaltung, bei der die Marktlage, die eigene Auftragslage und besondere Risiken oder Chancen (z.B. Möglichkeiten zur Spekulation) abgeschätzt werden. Den so entstandenen Preis trägt der Bieter in das Leistungsverzeichnis ein. Dabei kann es vorkommen, daß der Bieter den Preis insgesamt noch einmal korrigiert, um seine Auftragschance zu verbessern. Dazu gewährt er den o.g. Nachlaß.

Unabhängig von der Regelung des § 25 Nr. 5 Satz 2 VOB/A, daß ein nicht an der richtigen Stelle eingetragener Nachlaß nicht gewertet werden darf, ist der Nachlaß Bestandteil des Angebots. Für den Fall, daß der Bieter den Auftrag ohne Berücksichtigung des Nachlasses bei der Wertung bekommt, ist der Nachlaß Vertragsinhalt; der Auftraggeber kann ihn bei der Abrechnung in Anspruch nehmen. Diesen Vorteil verliert der Auftraggeber, wenn der Nachlaß nicht an der vorgegebenen Stelle markiert ist, nicht gewertet werden darf und der Bieter infolgedessen nicht den Zuschlag erhält. Um dieser unerwünschten Fallgestaltung vorzubeugen, empfehlen wir, am Ende des Leistungsverzeichnisses bei der Preiszusammenstellung, bei der die Bieter in der Praxis häufig den Nachlaß vermerken, den folgenden Hinweis anzubringen: „Eventuelle Preisnachlässe sind nicht hier, sondern im Angebotsschreiben unter Nr. ... aufzuführen; der Nachlaß kann sonst nicht gewertet werden und es besteht die Gefahr, deshalb den Auftrag zu verlieren.“ Ergänzend könnte an der Stelle, an der der Nachlaß gemäß den Verdingungsunterlagen einzutragen ist, vermerkt werden: „Achtung: Wenn der Nachlaß nicht hier, sondern an anderer Stelle eingetragen wird, kann er nicht gewertet werden.“

c) Skonti

Ein Skonto ist ein Preisnachlaß mit der Bedingung, daß eine bestimmte Zahlungsfrist eingehalten wird. In der VOB/A ist zur Wertung von Skonti nichts ausgesagt. Sie sind daher grundsätzlich zu werten, gleichgültig an welcher Stelle der Angebotsunterlagen sie angegeben sind.

Im Eröffnungstermin ist auf Skonti besonders einzugehen. Sie müssen als „andere den Preis betreffende Angaben“ gemäß § 22 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A verlesen werden. Werden

sie nicht verlesen, behauptet der Bieter aber später, er habe ein Skonto angeboten, muß er das Vorliegen des Angebots im Eröffnungstermin gemäß § 22 Nr. 6 VOB/A in gleicher Weise beweisen, wie dies oben für Änderungs- und Nebenangebote dargestellt wurde.

Nachdem für Skonti keine dem § 21 Nr. 3 Satz 2 VOB/A entsprechende Pflicht zur Kennzeichnung und zur Trennung von den sonstigen Angebotsunterlagen besteht, ist die Kontrolldichte für Skonti im Eröffnungstermin nicht in gleicher Weise gewährleistet wie für Änderungsvorschläge und Nebenangebote. Insoweit kann es zweckmäßig sein, eventuellen Manipulationsversuchen vorzubeugen. Im Vergabehandbuch ist dies - wie oben dargestellt - geschehen, indem Skonti generell von der Wertung ausgenommen werden. Dies hat den Nachteil, daß auf ein infolge Skonto preisgünstigeres Angebot der Zuschlag nicht erteilt werden kann. Eine andere Möglichkeit der Manipulationsvermeidung wäre, in den Verdingungsunterlagen für Skonti die gleichen Anforderungen vorzusehen, wie sie § 21 Abs. 3 Satz 2 VOB/A für Änderungsvorschläge und Nebenangebote formuliert. Der Prüfungsverband sieht hierfür jedoch, ebenso wie der Verdingungsausschuß und der Freistaat Bayern, kein generelles Bedürfnis. Handlungsbedarf könnte bei einzelnen Kommunen allenfalls dann bestehen, wenn Skontoangebote öfter verspätet auftauchen und zu einer Änderung der Bieterfolge führen. Als ein möglicher Weg bietet sich dann an, den Eröffnungstermin nicht im Bauamt, sondern z.B. in der Kämmererei abzuhalten und die Verdingungsunterlagen zu fotokopieren, bevor sie an Dritte weitergegeben werden.

EAPI.: 60 (601)

Bau 2 Auswirkung der Euro-Einführung auf die Lohngleitklausel

Die Lohngleitklausel ist der wichtigste Preisanpassungsfaktor bei längerlaufenden Baumaßnahmen. Wenn eine Lohngleitklausel im Bauvertrag vereinbart werden soll, wird von den Bietern die Angabe des Änderungssatzes \ddot{A} verlangt. Dieser Änderungssatz ist bei der Wertung der Angebote gemäß § 26 VOB/A zu berücksichtigen.

Der Änderungssatz wurde bisher nach folgender Formel berechnet:

$$\ddot{A} = \frac{0,1 \times (\text{Personalkostenanteil in v.H.})}{\text{maßgebender Lohn in DM/h}}$$

Durch die Einführung des Euro ist in dieser Formel DM/h durch €/h zu ersetzen. Aus dem festgelegten Umrechnungsfaktor 1,95583 von DM zu € ergibt sich, daß der Nenner in der Formel nur etwa halb so groß ist wie bei der ursprünglichen Währung DM. Das hat zur Folge, daß der Änderungssatz etwa doppelt so groß wird wie die bisher gewohnten und genehmigungsfähigen Werte.

Bei Anwendung der neuen Formel

$$\ddot{A} = \frac{0,1 \times (\text{Personalkostenanteil in v.H.})}{\text{maßgebender Lohn in €/h}}$$

ergeben sich für die unterschiedlichen Gewerke folgende angemessenen Werte:

Gewerk	Änderungssatz
hoher Personalanteil (z.B. Maler/Schreiner)	0,47 bis 0,63
mittlerer Personalkostenanteil (z.B. Bauhauptgewerbe)	0,32 bis 0,45
niedriger Personalanteil (z.B. Elektro)	0,25 bis 0,29

Im übrigen verweisen wir zur Lohngleitklausel auf die Beiträge in unseren Geschäftsberichten 1995, S. 162, und 1998, S. 104.

EAPI.: 60 (601)

Bau 3 Ausgleich für Mengenänderungen nach § 2 Nr. 3 VOB/B

In unseren Mitteilungen Bau 3/2000 haben wir Hinweise zu Preisanpassungen nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 und 3 VOB/B gegeben. Zu Preisänderungen bei Mindermengen haben wir darauf hingewiesen, daß der Ansatz für Kosten + Wagnis + Gewinn für die Mindermenge unverändert bleibe. Die auf die ursprüngliche Menge verteilten Baustellengemeinkosten (BGK) und Allgemeinen Geschäftskosten (AGK) seien dagegen auf die verringerte Abrechnungsmenge zu verteilen. An dieser Auffassung halten wir nach einer Erörterung der Problematik mit dem Landesverband Bayerischer Bauinnungen nicht mehr fest, da sie in der Literatur unterschiedlich behandelt wird. Wir beanstanden in Zukunft nicht, wenn ein Auftragnehmer, der nicht durch Erhöhung der Mengen bei anderen Ordnungszahlen oder in sonstiger Weise einen Ausgleich erhält, den von ihm in die ursprüngliche Menge tatsächlich einkalkulierten Gewinn ebenfalls auf die verringerte Abrechnungsmenge umlegt. Bei einem angesetzten Gewinnanteil von 2 % ergibt sich danach für den Beispielsfall 2 unserer Mitteilungen folgendes Ergebnis:

Einheitspreis 450 DM/m³, davon 21 DM AGK, 37 DM BGK, 383 DM Kosten + Wagnis, 9 DM Gewinn. Vertragliche Menge: 50 m³, reduziert auf 36 m³.

Der Einheitspreis von 383 DM/m³ für Kosten + Wagnis bleibt unverändert. Die Beträge für BGK von (50 m³ x 37 DM/m³ =) 1.850 DM, für AGK von (50 m³ x 21 DM/m³ =) 1.050 DM und für Gewinn von (50 m³ x 9 DM/m³ =) 450 DM sind nun auf die verringerte Abrechnungsmenge von 36 m³ zu verteilen. Es ergibt sich folgender neuer Einheitspreis:

	DM/m ³
Kosten + Wagnis (unverändert)	383,00
BGK: 1.850 DM : 36 m ³ =	51,38
AGK: 1.050 DM : 36 m ³ =	29,16
Gewinn: 450 DM : 36 m ³ =	12,50
Summe (= neuer Einheitspreis)	476,04

Der Einheitspreis für die geringere Menge erhöht sich dadurch im Beispielsfall von 450 DM/m³ um 26,04 DM/m³ auf 476,04 DM/m³.

EAPI.: 60 (601)

Bau 4 Anträge auf Zuwendungen nach RZWas 2000 Vergütung des Ingenieurs für die Vorbereitung der Anträge auf Finanzierung

Gemäß Nr. 3.2.2.2 der Verwaltungsvorschriften für Zuwendungen des Freistaats Bayern an kommunale Körperschaften (VVK) ist dem Antrag auf Zuwendungen nach RZWas 2000 bei wasserwirtschaftlichen Maßnahmen ein nach den „Richtlinien für den Entwurf von Wasser- und Wegebauten und von Wasserversorgungs- und Abwasseranlagen - REWas -“ aufgestellter Bauentwurf beizufügen. Bestandteil des Bauentwurfes für Wasserversorgungsanlagen ist eine Kostenberechnung nach Anlage 6.10 der REWas 1983 Fassung 1987. Bei Maßnahmen für die Abwasserbeseitigung ist die Kostenberechnung nach der Anlage 7.10 der REWas 1983 aufzustellen.

Nach Nr. 8.2 der RZWas 2000 gelten diese Regelungen unverändert fort. Zusätzlich sind jedoch bei Vorhaben für die „Sicherstellung der öffentlichen Wasserversorgung“ und für „Abwasseranlagen für die öffentliche Entsorgung“ folgende Formblätter auszufüllen:

Anlage 3 a Ermittlung der zuwendungsfähigen Kosten - Wasserversorgung (WA)

Anlage 3 b Ermittlung der zuwendungsfähigen Kosten - Abwasseranlagen (AA)

Anlage 4 Ermittlung der Ausbaukosten (DM/WA beziehungsweise DM/AA)

Erläuterungen dazu können der FSt 324/2000 und der GK 226/2000 entnommen werden. Die Formblätter sind im Abschnitt C Teil 5 des HIV-KOM enthalten.

Die Zuwendungen werden projektbezogen nach Maßgabe der Anlagen 2 a und 2 b als Festbetragsfinanzierung gewährt.

Zuwendungsfähig sind bei diesen Vorhaben, für die nach Anlage 2 a oder 2 b der RZWas 2000 Kostenrichtwerte festgelegt sind, ausschließlich die nach Anlage 3 a bzw. 3 b ermittelten Kosten. Zusätzlich zur bisherigen Form der Zuwendungsanträge sind also vom Antragsteller die unter Zugrundelegung der festgelegten Kostenrichtwerte auszufüllenden Formblätter nach Anlage 3 a bzw. 3 b vorzulegen.

Hierzu haben die Ingenieurverbände die Frage gestellt, ob die Bearbeitung dieser Formblätter eine Besondere Leistung nach § 5 Abs. 4 HOAI und deshalb gesondert zu vergüten ist.

Dazu vertreten wir folgende Auffassung:

Im Leistungsbild für den Ingenieur sind gemäß § 55 Abs. 2 Nr. 3 HOAI folgende Grundleistungen aufgeführt:

- Finanzierungsplan
- Bauzeiten- und Kostenplan
- Ermitteln und Begründen der zuwendungsfähigen Kosten
- Vorbereiten der Anträge auf Finanzierung
- Kostenberechnung

Dem Kommentar Locher/Koeble/Frik zur HOAI ist in RdNr. 39 zu § 55 HOAI zu entnehmen:

„Der Finanzierungsplan bezieht sich einerseits auf die Möglichkeiten des Auftraggebers zur Finanzierung und andererseits auf die Zeitabschnitte, im Rahmen derer bei Durchführung des Bauvorhabens Geldmittel zur Verfügung stehen müssen. Im Zusammenhang damit stehen die weiteren Leistungen: Ermitteln und Begründen der zuwendungsfähigen Kosten sowie Vorbereiten der Anträge auf Finanzierung. Der Finanzierungsplan der Verkehrsanlagen gibt die Kostenanteile der verschiedenen am Bau beteiligten Stellen an. Unter Berücksichtigung der bestehenden Gesetze und Richtlinien erledigt dies üblicherweise der Ingenieur.“

Auch im Kommentar Jochem zur HOAI, 4. Auflage, RdNr. 34 zu § 55 HOAI, wird diese Mitwirkung wie folgt erläutert:

„Beim Finanzierungsplan sind ferner öffentliche Zuschüsse eines oder mehrerer Zuschußgeber zu berücksichtigen, deren Beantragung und deren Abruf in der Regel nur durch den Auftraggeber erfolgen kann. Daraus ist zu folgern, daß die fachspezifische Erfahrung des Objektplaners über Bau- und Abwicklungszeiten ähnlicher Projekte bei der Aufstellung dieser Pläne durch den Bauherrn einfließen muß. Das bedeutet, daß der Auftraggeber unter Berücksichtigung seiner Finanzierungsmöglichkeiten in der Regel einen möglichen Baubeginn und/oder einen gewünschten Fertigstellungstermin vorgibt. Der Objektplaner wird darauf aufbauend Vorschläge für den Finanzierungsplan, für den Bauzeiten- und Kostenplan ausarbeiten, die der Auftraggeber seinen eigenen endgültigen Plänen zugrunde legt.“

*In diesem Zusammenhang ist das **Ermitteln und Begründen der zuwendungsfähigen Kosten** sowie die Vorbereitung der Anträge auf Finanzierung integrierender Bestandteil der Finanzierungs- und Kostenplanung. Der Begriff ‚Vorbereiten der Anträge‘ verdeutlicht die Tätigkeit des Objektplaners im Gesamtkomplex Finanzierung.“*

Aus der Umstellung der formalen Beantragung einer Zuwendung nach RZWas ergeben sich für die Leistungen, die ein Ingenieur hier beizusteuern hat, keine Änderungen im Hinblick auf die Vergütung. Die vorgenannten Grundleistungen decken sowohl die

finanzierungstechnische Ausarbeitung nach RZWas 2000 als auch die Kostenberechnung nach REWas ab. In gewisser Hinsicht tritt sogar eine Erleichterung bei der Erledigung dieser Aufgabe ein, da der Ingenieur die Begründung für die zuwendungsfähigen Kosten künftig nicht mehr zu erbringen braucht, weil die Richtwerte für die Finanzierung amtlicherseits vorgegeben sind.

Da mit dem neuen Antragsschema der RZWas 2000 keine zusätzlichen Leistungen zu den in § 55 Abs. 2 Nr. 3 HOAI genannten Grundleistungen hinzutreten, fehlt für eine zusätzliche Vergütung die Anspruchsgrundlage.

Unabhängig davon ist die Mitwirkung im Zuwendungsverfahren, d.h. das Geltendmachen von Zuwendungsansprüchen des Bauherrn gegenüber dem Zuwendungsgeber durch den Ingenieur und die Abwicklung der Ansprüche entsprechend Ziffer 11 der ZVB-Ing (HIV-KOM Abschnitt D), eine Besondere Leistung, deren Vergütung zu vereinbaren ist.

EAPI.: 63 (631)