

Bayerischer Kommunalen
Prüfungsverband

BKPV

BKPV-Mitteilungen

2/2002

November 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
8	Ausschreibungsfreie In-House-Geschäfte	3
9	Neuregelung des Schadensersatzrechts	5
10	Änderung der Kommunalhaushaltsverordnung und der Verwaltungsvorschriften	7
11	Änderung der Kommunalhaushaltsverordnung und der Verwaltungsvorschriften: Sonderrücklagen	8
12	Änderung der Kommunalhaushaltsverordnung und der Verwaltungsvorschriften: Unterscheidung zwischen rentierlicher und nichtrentierlicher Verschuldung	20
13	Änderung der Kommunalhaushaltsverordnung und der Verwaltungsvorschriften: Anhebung der Wertgrenze für Bestandsverzeichnisse	22
14	Untersuchungen der Wirtschaftlichkeit der Müllabfuhr in kreisfreien Städten	23
15	Wirtschaftlichkeit und Sicherheit in der Informationstechnik	25
Bau 5	Unwirksame Bürgschaften „auf erstes Anfordern“ können für bestehende Verträge nun doch als einfache Bürgschaften aufrechterhalten werden	31
Bau 6	Änderungen der VOB/B durch die Fassung 2002	33

BKPV-Mitteilungen 2/2002

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

das vorliegende Heft enthält wiederum eine Reihe wichtiger Informationen zu neuen Rechtsvorschriften (Schuldrecht, KommHV, VOB) und Entscheidungen sowie Erkenntnisse aus unserer Prüfungstätigkeit. Von den Beiträgen möchte ich keinen besonders herausstellen, aber doch auf die vielen schwerwiegenden Mängel in der Sicherheit und Wirtschaftlichkeit der Datenverarbeitung hinweisen, die wir bei den Prüfungen immer wieder vorfinden. Eine kurze Zusammenfassung einiger wesentlicher Erkenntnisse bringen wir in RdNr. 15 dieser Mitteilungen.

Allerdings mußten wir in letzter Zeit immer wieder feststellen, daß die „BKPV-Mitteilungen“ bei den Mitarbeitern in den Verwaltungen, die damit arbeiten sollen, vielfach noch nicht ausreichend bekannt sind. Ich bitte nochmals darum, die Beiträge an die zuständigen Sachbearbeiter weiterzugeben. Es liegt im Interesse aller Beteiligten, wenn diese Informationen rechtzeitig umgesetzt und dadurch Nachteile für die Kommunen und künftige Prüfungsbeanstandungen vermieden werden können.

Die Beiträge aus den Mitteilungen sind, ebenso wie unsere Geschäftsberichte (derzeit ab 1997) und der steuerliche Beratungsdienst (derzeit ab 1998) auch auf unserer Internet-Seite unter der Adresse www.bkpv.de (>Veröffentlichungen) zu finden. Unter dem Stichwort „Aktuelles“ bringen wir dort neuerdings besonders aktuelle Hinweise auf wichtige Entscheidungen u.ä., bevor diese in den Mitteilungen behandelt werden können. Wir würden uns freuen, wenn Sie unsere Internet-Seite regelmäßig nutzen und auch Ihre Mitarbeiter auf diese Möglichkeit hinweisen würden.

Am 29. Oktober sind Vorstand und Landesausschuß des Prüfungsverbandes in der neuen Zusammensetzung nach den Kommunalwahlen erstmals zusammengetreten. In dieser Sitzung hat der Landesausschuß den Landrat des Landkreises Eichstätt, Herrn Dr. Xaver Bittl, zum neuen Verbandsvorsitzenden gewählt. Er löst den bisherigen Verbandsvorsitzenden, Herrn Dr. Martin Geiger, früherer erster Bürgermeister der Stadt Wasserburg a.Inn, ab. Herr Dr. Geiger hat sich in den sechs Jahren seiner Amtszeit immer für die Belange des Prüfungsverbandes eingesetzt und sich bleibende Verdienste erworben. Dafür danke ich ihm auch an dieser Stelle ganz herzlich. Verbandsvorsitzender, Vorstand und Landesausschuß entscheiden über viele für den Prüfungsverband wichtige Angelegenheiten, z.B. über Haushalt, Stellenplan, Satzung, wichtige Personalangelegenheiten und grundsätzliche Fragen des Verbandes, jedoch nicht über Angelegenheiten der Prüfung und Beratung. Herr Dr. Bittl und die Mitglieder unserer Gremien werden in den nächsten 6 Jahren die Geschicke des Verbandes wesentlich mitgestalten.

Ihr

Wolfram Zwick

8 Ausschreibungsfreie In-House-Geschäfte

Öffentliche Auftraggeber im Sinn des § 98 GWB, zu denen auch die Kommunen zählen, dürfen Waren, Bau- und Dienstleistungen grundsätzlich nur im Wettbewerb und nach Durchführung eines Vergabeverfahrens gemäß §§ 97 ff. GWB beschaffen (§ 97 Abs. 1 GWB). Ob ein öffentlicher Auftrag im Sinn dieser Vorschriften vorliegt, ist in denjenigen Fällen schwer zu beurteilen, in denen Kommunen ihre Aufgaben durch privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich verfaßte juristische Personen wie GmbH oder Kommunalunternehmen wahrnehmen, an denen sie beteiligt sind oder die sie allein halten.

Intention der Kommunen bei der Wahl einer privaten Rechtsform ist es zwar regelmäßig nicht, Aufträge öffentlich ausschreiben zu müssen und ihre Unternehmen mit anderen in Wettbewerb treten zu lassen. Vergaberechtlich ist das aber ohne Belang.

Eine Ausnahme von der Anwendung der Vergabevorschriften kommt - abgesehen von dem eher seltenen Fall des § 100 Abs. 2 Buchst. g) GWB (ausschließliches Recht der Gesellschaft zur Erbringung der Leistung) - nach der Rechtsprechung nur unter engen Voraussetzungen in Betracht. Der EuGH hat in der Entscheidung „Teckal“ vom 18.11.1999 (Az: C 107, 98; abgedruckt z.B. in BayVBI 2000, 495, NZBau 2000, 90) für Lieferaufträge und in der Entscheidung „ARGE Gewässerschutz“ vom 07.12.2000 (Az: C 94/99; abgedruckt z.B. in NVwZ 2001, 785, NZBau 2001, 99) für Dienstleistungen die Existenz ausschreibungsfreier In-House-Geschäfte anerkannt. Der BGH ist dem mit Entscheidung vom 12.06.2001 - Az: X ZB 10/01 - gefolgt (abgedruckt z.B. in DB 2001, 2245; DÖV 2001, 1006). Ein ausschreibungsfreies In-House-Geschäft soll dann vorliegen, wenn die öffentliche Hand über eine Gesellschaft eine Kontrolle ausübt, die der über eine eigene Dienststelle entspricht, und die Gesellschaft im wesentlichen für die Körperschaft tätig ist, die ihre Anteile hält.

Problematisch ist dabei, unter welchen Voraussetzungen das Merkmal der Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle bejaht werden kann. Das BayObLG hat sich jüngst mit Beschluß vom 22.01.2002 - Az: Verg 18/01 - (abgedruckt z.B. in NZBau 2002, 397) zu dieser Frage geäußert:

Im zugrunde liegenden Fall war ein Abfallzweckverband, dem mehrere entsorgungspflichtige Kommunen angehörten, mit 51 % an einer Abfallentsorgungs-GmbH beteiligt. Die restlichen 49 % hielt ein privater Partner. In der Gesellschafterversammlung und im Aufsichtsrat stellte der Zweckverband jeweils die Mehrheit der Mitglieder. Diese Organe konnten ihre Beschlüsse überwiegend mit einfacher Mehrheit fassen. Für bestimmte Beschlüsse, die besonders wichtige Angelegenheiten der Gesellschaft betrafen, war nach der Gesellschaftssatzung Einstimmigkeit oder eine qualifizierte Mehrheit erforderlich, die nur erreicht werden konnte, wenn auch die Vertreter des privaten Partners zustimmten. Eine entsorgungspflichtige Kommune, die dem Zweckverband angehörte, beschloß nunmehr, einen Entsorgungsdienstleistungsvertrag an die Abfallentsorgungs-GmbH ohne Vergabeverfahren zu vergeben.

Das BayObLG stellte dazu fest, daß es sich bei der Beauftragung der Abfallentsorgungs-GmbH nicht um ein ausschreibungsfreies In-House-Geschäft handelte. Zur Begründung führte das Gericht aus, es fehle bereits an der Voraussetzung der „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“. Zwar sei es unerheblich, daß nicht die Kommune, sondern der Zweckverband Gesellschafter der Abfallentsorgungs-GmbH sei, da der Zweckverband vom einheitlichen Willen der beteiligten Kommunen getragen sei. Nach dem Modell des § 36 Abs. 2 Satz 2 GWB könne jede am Zweckverband beteiligte Kommune als herrschend angesehen werden. Entscheidend sei aber, daß auch der Zweckverband die Abfallentsorgungs-GmbH nicht wie eine eigene Dienststelle beherrsche, weil er in ihren Organen keine hinreichenden Kontrollmöglichkeiten habe. Der Zweckverband sei zwar mit 51 % der Anteile Mehrheitsgesellschafter; die Gesellschaftssatzung sehe aber vor, daß besonders bedeutsame Beschlüsse nur einstimmig gefaßt werden könnten. Sie könnten also nur zustandekommen, wenn der private Partner zustimme. Diesem werde in wesentlichen Fragen damit eine Blockademöglichkeit eingeräumt. Von einem umfassenden Weisungsrecht könne daher nicht gesprochen werden.

Mit dieser Entscheidung des BayObLG wurde deutlich, daß für die Beantwortung der Frage, ob eine Gesellschaft wie eine eigene Dienststelle beherrscht wird und ihr damit Aufträge ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens erteilt werden können, nicht allein auf die Mehrheitsverhältnisse abgestellt werden kann. Vor der vorschnellen Annahme, mit einer bloßen Mehrheitsbeteiligung im Rahmen einer sog. Public-Private-Partnership sei man den vermeintlichen Fesseln des Vergaberechts entronnen, muß daher dringend gewarnt werden. Letztlich wird es auf den jeweiligen Einzelfall und die Ausgestaltung insbesondere des Gesellschaftsvertrags ankommen (Besetzung des Aufsichtsrats, Aufgabenzuschnitt des Aufsichtsrats, Notwendigkeit qualifizierter Mehrheiten in Aufsichtsrat oder Gesellschafterversammlung bei bestimmten Entscheidungen, vorbehaltene Prüfungsrechte für die Kommune und ihr überörtliches Prüfungsorgan, reine Kapitalbeteiligung oder Betriebsführungsleistung etc.).

EAPI.: 80 (804)

9 Neuregelung des Schadensersatzrechts

Am 01.08.2002 ist das Zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 19.07.2002 (BGBl I S. 2674) in Kraft getreten. Die damit einhergehende Verschärfung des Haftungsrechts birgt auch für die Kommunen und ihre Unternehmen neue und erhebliche Kostenrisiken, die sich in Mehraufwendungen für Versicherungen und Regreßstreitigkeiten niederschlagen dürften. Gerade der öffentliche Personenverkehr könnte durch Rückgriffsansprüche der Sozialversicherungsträger und zusätzliche Schmerzensgeldforderungen Verunglückter künftig stärker belastet werden.

Das Zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften führt im wesentlichen zu folgenden, den kommunalen Bereich betreffenden Änderungen:

- Der Ersatz für sog. Nichtvermögensschäden (immaterielle Schäden) wird erheblich ausgeweitet; so sieht das Gesetz einen Anspruch auf Schmerzensgeld, der bislang vor allem auf deliktische Ansprüche beschränkt war (§ 847 BGB a.F.), in allen Haftungsfällen vor (insbesondere § 253 Abs. 2 BGB neu, § 11 Satz 2 StVG neu, § 6 Satz 2 HaftPflG neu). Ein Anspruch auf Schmerzensgeld kann danach anders als bisher auch in Fällen der Haftung aus Vertrag oder der Gefährdungshaftung bestehen. § 847 BGB wurde aufgehoben.
- Die Haftungshöchstgrenzen im Straßenverkehrsrecht und nach dem Haftpflichtgesetz (Haftung beim Betrieb von Schienen- oder Schwebebahnen, Haftung des Inhabers einer Energieanlage) werden bei Personenschäden von 500.000 DM auf 600.000 € angehoben (§ 12 Abs. 1 Nr. 1 StVG neu, § 9 HaftPflG neu), bei Sachschäden von 100.000 DM auf 300.000 € (§ 12 Abs. 1 Nr. 3 StVG neu, § 10 HaftPflG neu).
- Der sog. Unabwendbarkeitsbeweis bei der Gefährdungshaftung im Straßenverkehr (§ 7 Abs. 2 StVG a.F.) und im Haftpflichtgesetz (§ 1 Abs. 2 Sätze 2 und 3 HaftPflG a.F.), also der Ausschluß der Haftung beim Nachweis, daß der Unfall durch ein unabwendbares Ereignis verursacht wurde, ist nicht mehr möglich. Die Ersatzpflicht ist nunmehr nur ausgeschlossen, wenn der Unfall durch höhere Gewalt verursacht wird (§ 7 Abs. 2 StVG neu, § 1 Abs. 2 HaftPflG). Das dürfte vor allem im Bereich der Verkehrsbetriebe Auswirkungen haben. § 8 a StVG neu ergänzt diese Regelung durch die Bestimmung, daß im Fall einer entgeltlichen, geschäftsmäßigen Personenbeförderung die Verpflichtung des Halters, nach § 7 StVG für Personenschäden Schadensersatz zu leisten, weder ausgeschlossen noch beschränkt werden darf. Dabei wird die Geschäftsmäßigkeit einer Personenbeförderung auch dann bejaht, wenn sie von einer Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts betrieben wird.

Die neuen Vorschriften sind anzuwenden, wenn das schädigende Ereignis nach dem 31.07.2002 eingetreten ist (Art. 229 § 8 Abs. 1 EGBGB neu).

EAPI.: 10 (100)

10 **Änderung der Kommunalhaushaltsverordnung und der Verwaltungsvorschriften**

Die Kommunalhaushaltsverordnung (KommHV) wurde durch Verordnung vom 23.11.2000 (GVBl S. 799) mit Wirkung vom 01.01.2001 geändert. Damit sollten - so die Begründung zum Verordnungsentwurf - im Vorgriff auf eine grundlegende Überarbeitung

- einige wesentliche Änderungen, die zwischen den Ländern bereits unstrittig sind, vorweggenommen und damit in einem Teilbereich Ausnahmegenehmigungen nach der haushaltsrechtlichen Experimentierklausel (Art. 117 a GO, Art. 103 a LKrO, Art. 99 a BezO) entbehrlich werden,
- das Haushaltsrecht in einigen für die Praxis der bayerischen Kommunen besonders wichtigen Fragen aktualisiert werden,
- Währungsangaben zum 01.01.2002 an die Euro-Währungseinheit angepaßt werden.

Außerdem wurden die Verwaltungsvorschriften zur KommHV (VVKommHV) und die Verwaltungsvorschriften über die Muster zum kommunalen Haushalts-, Kassen- und Rechnungswesen (VV-Mu-KommHV) aktualisiert (IMBek vom 02.07.2001, AllMBI S. 252, und vom 03.05.2002, AllMBI S. 247).

Auf folgende Änderungen gehen wir in den nachfolgenden Beiträgen näher ein:

- Sonderrücklagen
- Unterscheidung zwischen rentierlicher und nicht rentierlicher Verschuldung
- Anhebung der Wertgrenze für Bestandsverzeichnisse

EAPI.: 94 (940)

11 **Änderung der Kommunalhaushaltsverordnung und der Verwaltungsvorschriften: Sonderrücklagen**

Nach § 20 Abs. 4 Sätze 2 bis 5 KommHV in der seit 01.01.2001 geltenden Fassung sind für kostenrechnende Einrichtungen unter bestimmten Voraussetzungen Sonderrücklagen zu bilden. Als kostenrechnende Einrichtungen gelten Einrichtungen, die in der Regel aus Entgelten finanziert werden (§ 12 Abs. 1 Satz 1 KommHV); das Merkmal „überwiegend“ ist entfallen.

Kostenrechnende Einrichtungen sind insbesondere

- Abwasserbeseitigung,
- Wasserversorgung,
- Abfallentsorgung,
- Straßenreinigung (falls Straßenreinigungsgebühren erhoben werden),
- Bestattungswesen,

soweit sie im Kameralhaushalt geführt werden, also nicht ein kaufmännisches Rechnungswesen anwenden (vgl. VV Nr. 2 Sätze 2 bis 6 zu § 12 KommHV). Für diese Einrichtungen besteht im allgemeinen Benutzungszwang; in der Regel werden Benutzungsgebühren (Art. 8 KAG), nicht privatrechtliche Benutzungsentgelte erhoben.

In VV Nr. 2 Satz 3 zu § 12 KommHV sind (neben der Trinkwasserversorgung) noch Versorgungsunternehmen als kostenrechnende Einrichtungen aufgeführt. Darunter wird man Strom-, Gas- und Fernwärmeversorgung zu verstehen haben. In der Praxis werden diese Einrichtungen in der Regel - zumindest bei größeren Gemeinden - aber nicht im Kameralhaushalt geführt.

Sonderrücklagen sind auch für fiduziarische Stiftungen zu bilden.

Der Vollzug der neuen Vorschriften dürfte in der Praxis Schwierigkeiten bereiten. Auf folgendes wird hingewiesen:

1. Sonderrücklagen zum Ausgleich von Gebührenschwankungen

Soweit sich bei der Gebührenbemessung kostenrechnender Einrichtungen eine Kostenüberdeckung ergibt, sind die Mehreinnahmen jeweils einer Sonderrücklage zuzuführen und zur Deckung von Fehlbeträgen aus Gebührenmindereinnahmen der jeweiligen Einrichtung zu verwenden (§ 20 Abs. 4 Satz 2 KommHV). Mit dieser Bestimmung werden die Regelungen für die Gebührenkalkulation (Art. 8 Abs. 6 Satz 2 KAG) auch haushaltsrechtlich umgesetzt.

Art. 8 Abs. 6 Satz 2 KAG unterscheidet nicht zwischen Einrichtungen mit und ohne Benutzungszwang. Das Kostenüberschreitungsverbot gilt nur für Einrichtungen mit Benutzungszwang (Art. 8 Abs. 2 Satz 2 KAG). Bei Einrichtungen ohne Benutzungszwang dürfte es grundsätzlich zulässig sein, die Gebühren in den durch das Äquivalenzprinzip¹ gezogenen Grenzen so zu kalkulieren, daß Kostenüberdeckungen entstehen, die sich zugunsten des Gemeindehaushalts auswirken und nicht den Gebührenschuldern zugute kommen müssen. Art. 8 Abs. 6 Satz 2 KAG und § 20 Abs. 4 Satz 2 KommHV dürften deshalb einschränkend in dem Sinn auszulegen sein, daß die Regelungen grundsätzlich nur für Einrichtungen mit Benutzungszwang gelten.

§ 20 Abs. 4 Satz 2 KommHV spricht von „Gebührenbemessung“; dem Wortlaut nach werden privatrechtliche Benutzungsentgelte nicht erfaßt. Für privatrechtliche Benutzungsentgelte gelten auch nicht die Kalkulationsvorschriften des KAG. Nach der Rechtsprechung des BGH sind zwar der Gleichheitssatz, das Äquivalenzprinzip und das Kostendeckungsprinzip auch bei der Bemessung privatrechtlicher Entgelte zu beachten (vgl. Urteil vom 10.10.1991, NJW 1992, 171, GK 61/1992). Das für zivilrechtliche Benutzungsentgelte geltende „Kostendeckungsprinzip“ kann aber wohl nicht mit dem Kostendeckungsprinzip des bayerischen KAG gleichgesetzt werden. Es erscheint daher nicht erforderlich, bei einer privatrechtlichen Benutzungsregelung Sonderrücklagen für Mehreinnahmen aus Kostenüberdeckungen zu bilden. Das schließt aber nicht aus, eine solche Rücklage anzusammeln.

Sonderrücklagen zum Ausgleich von Gebührenschwankungen waren bereits nach bisherigem Recht zulässig und in der Praxis zum Teil auch üblich.

Praktische Bedeutung dürfte den Sonderrücklagen zum Ausgleich von Gebührenschwankungen vor allem bei der **Abwasserbeseitigung** und der **Abfallentsorgung**, evtl. auch bei der **Wasserversorgung** zukommen.

Bei der **Straßenreinigung** ist zu berücksichtigen, daß die Kosten nicht in vollem Umfang über Gebühren abgedeckt werden können, sondern ein Allgemeininteresse zu berücksichtigen ist, das der Satzungsgeber nach eigenem Ermessen festzulegen hat und mindestens 10 % der Kosten betragen muß (BayVGH, Urteile vom 15.09.1993, GK 15/1995, und vom 04.10.1993, GK 86/1994). Insofern dürften die Voraussetzungen für die Bildung einer Gebührenaussgleichsrücklage wohl nur selten gegeben sein.

Beim **Bestattungswesen** sind die Grabplatzgebühren häufig nicht kostendeckend; die Ermittlung der ansatzfähigen Kosten ist insofern problematisch, als eine Reihe von

¹ Nach der Rechtsprechung ist der Äquivalenzgrundsatz „der auf die Gebühr bezogene Ausdruck des allgemeinen, auf Verfassungsrecht beruhenden bundesrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und besagt als solcher, daß die Gebühr nicht in einem Mißverhältnis zu der vom Träger der öffentlichen Verwaltung erbrachten Leistung stehen darf.“ Das Äquivalenzprinzip ist aber nur bei einer „gröblichen Störung“ des Ausgleichsverhältnisses zwischen Benutzungsgebühr und Wert der Leistung für den Empfänger verletzt (vgl. BVerwG, Urteil vom 16.09.1981, DVBl 1982, 72, Beschluß vom 28.3.1995, VwRR 1995, 19, GK 229/1995 Ziff. 5).

Fragen durch die Rechtsprechung noch nicht geklärt ist (z.B. Behandlung noch nicht belegter Grabplätze, Behandlung nicht belegbarer Flächen oder von Grünanlagen) und in der Praxis wohl unterschiedlich gehandhabt wird, so daß der Aussagewert von Kostenrechnungsergebnissen oder eines kameraleen Zuschußbedarfs entsprechend eingeschränkt ist.

Bei der Kalkulation von Benutzungsgebühren für die **Wasserversorgung** kann der Ansatz von Eigenkapitalzinsen dazu führen, daß ein steuerpflichtiger Gewinn entsteht; mit der Folge, daß Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer anfallen und dadurch Nachteile im kommunalen Finanzausgleich entstehen (höhere Steuerkraft und damit höhere Gewerbesteuerumlage, Kreisumlage und Solidarumlage, geringere Schlüsselzuweisungen). Denn Eigenkapitalzinsen sind zwar Kosten im Sinn des Art. 8 Abs. 2 Satz 1 KAG, aber keine Aufwendungen nach der Gewinn- und Verlustrechnung oder Betriebsausgaben im steuerrechtlichen Sinn. Bei der Gebührenkalkulation ist es zulässig, steuerrechtliche Auswirkungen mit zu berücksichtigen und auf Gewinnerzielung zu verzichten (vgl. GK 59/1977, IMS vom 16.02.1977, GK 164/1980, und Nr. 4.9 der IMBek vom 30.05.2000, AllMBI S. 415). Im Haushaltsplan und in der Jahresrechnung wären jedoch die vollen kalkulatorischen Kosten nachzuweisen (vgl. GK 164/1980, FSt 291/1987). Bei entsprechender Gebührenbemessung entstehen u.U. keine Kostenüberdeckungen bzw. Überschüsse, so daß eine Sonderrücklage entfallen kann.

1.1 Ermittlung der Zuführungsbeträge und der Entnahmen

Der Gebührenbemessung sind die nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ansatzfähigen Kosten zugrunde zu legen (Art. 8 Abs. 2 Satz 1 KAG). Die betriebswirtschaftlichen Kosten können betragsmäßig von den kameraleen Ausgaben des Verwaltungshaushalts abweichen, weil Kosten und Ausgaben zeitlich unterschiedlich abgegrenzt werden² und in den kameraleen Ausgaben auch außerordentliche oder betriebsfremde³ Aufwendungen enthalten sein können, die nicht zu den betriebswirtschaftlichen Kosten zu rechnen sind. Die gesetzlichen Regelungen über die Gebührenkalkulation sprächen an sich dafür, der Sonderrücklage die betriebswirtschaftliche Kostenüberdeckung, nicht den kameraleen Überschuß der Einrichtung zuzuführen. Eine zutreffende Ermittlung der Kostenüber- oder -unterdeckung setzt jedoch eine Kostenrechnung (Betriebsabrechnung) oder eine entsprechende Nachkalkulation voraus.

Andererseits ist zu berücksichtigen: Durch die Sonderrücklage soll gewährleistet werden, daß Gebühreneinnahmen im Rahmen des Gesamtdeckungsprinzips (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 KommHV) nicht zur Finanzierung einrichtungsfremder Ausgaben eingesetzt wer-

² Die Ausgaben sind dem Haushaltsjahr zuzuordnen, in dem sie rechtlich fällig geworden sind (vgl. § 80 Abs. 1 Satz 1 KommHV und GK 238/1977 Ziff. 1). Die Kosten sind dem Haushaltsjahr zuzuordnen, in dem die Leistung erbracht wurde (vgl. FSt 17/1987 Ziff. 1).

³ Betriebsfremde Aufwendungen dürften in der Regel durch innere Verrechnungen ausgeglichen werden, so daß die Abweichungen zwischen den kameraleen und den betriebswirtschaftlichen Ergebnissen gering gehalten werden können.

den. Auch außerordentliche oder zeitraumfremde Einnahmen sollen dem Gebührenhaushalt erhalten bleiben. In der Praxis dürfte die Ermittlung betriebswirtschaftlicher Ergebnisse auch insofern Schwierigkeiten bereiten, als wohl nicht bei allen Kommunen Personal vorhanden ist, das über ausreichende Kenntnisse in Fragen der betriebswirtschaftlichen Kostenrechnung und der Gebührenkalkulation verfügt. Möglicherweise ist es auch den Beschlußgremien nur schwer vermittelbar, wenn nicht die kameralen Rechnungsergebnisse durch Rücklagenzuführungen oder Entnahmen ausgeglichen werden, sondern Kostenrechnungsergebnisse gebucht werden, so daß im kameralen Rechnungsabschluß ein Überschuß oder Fehlbetrag verbleibt.

In der Praxis dürften die betragsmäßigen Abweichungen zwischen den betriebswirtschaftlichen Kosten und den kameralen Ausgaben des Verwaltungshaushalts im Zusammenhang mit der Ermittlung der Zuführungsbeträge zur Sonderrücklage vernachlässigt werden können (vorausgesetzt, daß die Ausgaben in zutreffender Höhe gebucht werden). Es dürfte deshalb in der Regel nicht zu beanstanden sein, wenn die Zuführungs- und Entnahmebeträge auf der Grundlage der kameralen Rechnungsergebnisse ermittelt werden.

Bei der Prüfung ist allerdings häufig festzustellen, daß

- die kalkulatorischen Kosten in der Jahresrechnung nicht in zutreffender Höhe nachgewiesen sind (unvollständige Erfassung der Anschaffungs- oder Herstellungskosten, Buchung nur der Haushaltsansätze oder eines nicht aktuellen Standes der kalkulatorischen Kosten),
- Verwaltungskosten nicht oder in unzutreffender Höhe verrechnet werden,
- Bauhofleistungen nicht oder in unzutreffender Höhe berücksichtigt sind,
- bei der Abwasserbeseitigung der Straßenentwässerungsanteil nicht oder nicht in richtiger Höhe nachgewiesen ist,
- aus Vereinfachungsgründen auf den Ansatz bestimmter Kostenfaktoren verzichtet wird (z.B. kalkulatorische Wagnisse, Verzinsung des im Umlaufvermögen gebundenen Kapitals).

Gelegentlich veranschlagen und buchen Gemeinden, die Mitglied eines Zweckverbandes sind, neben den Betriebskostenumlagen, die den Schuldendienst (Zins und Tilgung) des Zweckverbandes enthalten, auch die anteiligen kalkulatorischen Kosten für die Verbandsanlagen, so daß sich im Verwaltungshaushalt der betreffenden Einrichtung ein unzutreffendes Bild ergibt (nachzuweisen wäre nur die Differenz zwischen den auf die Verbandsanlagen treffenden kalkulatorischen Kosten und dem in der Betriebskostenumlage enthaltenen Schuldendienst, vgl. FSt 55/1988 Ziff. 1).

Einer korrekten Ermittlung der kalkulatorischen Kosten und inneren Verrechnungen kommt deshalb eine erhöhte Bedeutung zu.

Andererseits ist zu berücksichtigen, daß bei der Ermittlung kalkulatorischer Kosten und innerer Verrechnungen Bewertungsspielräume gegeben sind (Abschreibungssätze, Zinssatz für die Verzinsung des Anlagekapitals, Genauigkeit der Berechnung von Verwaltungskosten und sonstigen Verrechnungssätzen). Die Rechtsprechung gesteht den Gemeinden auch bei der Ermittlung des Straßenentwässerungsanteils im Rahmen der Kalkulation von Abwassergebühren einen weiten Beurteilungsspielraum zu (vgl. BayVGh, Urteil vom 13.12.1990, GK 271/1991).

Die genannten Faktoren beeinflussen die Höhe der Zuführungs- und Entnahmebeträge und damit auch die Zinsen (vgl. Nr. 1.2), unabhängig davon, ob von betriebswirtschaftlichen oder von kameralen Ergebnissen ausgegangen wird. Ob die Zuführungs- und Entnahmebeträge zutreffend ermittelt wurden und der Rücklagenstand in der richtigen Höhe ausgewiesen ist, wird sich deshalb nur nach einer umfassenden Prüfung (z.B. durch Nachkalkulation) feststellen lassen, da einzelne Ungenauigkeiten möglicherweise durch andere Ungenauigkeiten ausgeglichen werden.

Bei der Gebührenbemessung können die Kosten für einen mehrjährigen Zeitraum berücksichtigt werden, der jedoch höchstens vier Jahre umfassen soll. Kostenüberdeckungen, die sich am Ende des Bemessungszeitraums ergeben, sind innerhalb des folgenden Bemessungszeitraums auszugleichen; Kostenunterdeckungen sollen in diesem Zeitraum ausgeglichen werden (Art. 8 Abs. 6 KAG). Eine Kostenüberdeckung muß im folgenden Kalkulationszeitraum in voller Höhe berücksichtigt werden. Es ist nicht zulässig, deren Abbau - etwa im Interesse der Gebührenkontinuität - ganz oder teilweise auf einen späteren Zeitraum hinauszuschieben (BayVGh, Urteil vom 25.02.1998, VwRR BY 1998, 169, GK 32/1999). Da die Kostenüberdeckung erst nach Ablauf des Kalkulationszeitraums festgestellt werden kann, zu einem Zeitpunkt also, zu dem der neue Bemessungszeitraum bereits begonnen hat, kann in der Kalkulation für das letzte Jahr nur ein geschätztes Ergebnis berücksichtigt werden.

1.2 Verzinsung der Sonderrücklage

Bei der Gebührenkalkulation sind auch erwirtschaftete Zinsen aus Kostenüberdeckungen zu berücksichtigen. Der BayVGh leitet dieses Erfordernis aus den für die Gebührenbemessung maßgeblichen betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ab (Urteil vom 20.10.1997, FSt 323/1998). Der Kläger hatte in diesem Normenkontrollverfahren beantragt, die Abfallgebührensatzung u.a. deswegen für nichtig zu erklären, weil „Gebührenüberschüsse“ der Vorjahre und Zinserträge aus den in einer Sonderrücklage angesammelten Überschüssen nicht berücksichtigt wurden. Der BayVGh erachtete die Abfallgebührensätze, denen ein dreijähriger Kalkulationszeitraum zugrunde lag, für rechtmäßig, weil die Kostenüberdeckung nur geringfügig war. Er unterstellte bei seiner - hypothetischen - Zinsberechnung, daß mit dem Überschuß eines Jahres jeweils vom

Folgejahr an Zinsen erwirtschaftet werden; den überschlägigen Berechnungen liegt - trotz des dreijährigen Kalkulationszeitraums - eine jährliche Betrachtungsweise zugrunde. Auch bei einem mehrjährigen Kalkulationszeitraum sind deshalb die Rücklagenzuführungen und -entnahmen jährlich aufgrund der Rechnungsergebnisse zu buchen.

Die Jahresrechnung ist bis 30. April des Folgejahres aufzustellen (Art. 102 Abs. 2 GO). Die Rücklagenzuführung oder -entnahme kann als Abschlußbuchung (§ 74 Abs. 1 Satz 2 KommHV) vorgenommen werden. Da die Überdeckung bzw. der kamerale Überschuß am Ende des Haushaltsjahres entsteht bzw. bei der Rechnungslegung festgestellt wird, erscheint es folgerichtig, mit der Verzinsung am 1. Januar zu beginnen. Wird die Rücklage zur Kassenbestandsverstärkung eingesetzt, müßten die Zinsen gesondert berechnet werden. Dabei erscheint es vertretbar, den marktüblichen Zinssatz für Geldanlagen oder den Zinssatz anzuwenden, der der Verzinsung des Anlagekapitals zugrunde liegt (vgl. auch Nr. 3.2).

1.3 Haushaltsmäßige Behandlung der Zuführungen und Entnahmen

Die Zuführung zur Sonderrücklage ist im HA/HUA der jeweiligen Einrichtung

- im Verwaltungshaushalt als Ausgabe (UGr. 863) zu buchen,
- im Vermögenshaushalt als Einnahme (UGr. 301 bis 309) zu buchen und von dort der Sonderrücklage (UGr. 911 bis 919) zuzuführen (VV Nr. 7 Sätze 4 und 5 zu § 12, VV Nr. 5 Satz 1 zu § 20 KommHV).

Entsprechendes gilt für Entnahmen aus der Sonderrücklage.

Die Einnahme- und Ausgabebuchungen im Vermögenshaushalt sind also nicht im HA 91 vorzunehmen (vgl. auch HA 91 ZVKommGIPI; danach sind Sonderrücklagen nur im HA 91 nachzuweisen, soweit sie nicht einzelnen Aufgabenbereichen zuzuordnen sind).

Beispiel (Abwasserbeseitigung):

Haushaltsstelle

70.863 Zuführung zum Vermögenshaushalt
70.301 Zuführung vom Verwaltungshaushalt
70.911 Zuführung zur Gebührenausgleichsrücklage

70.313 Entnahme aus der Gebührenausgleichsrücklage
70.901 Zuführung zum Verwaltungshaushalt
70.281 Zuführung vom Vermögenshaushalt

1.4 Haushaltmäßige Behandlung der Zinserträge aus Sonderrücklagen

Zinserträge sind der Sonderrücklage zuzuführen (§ 21 Abs. 1 Satz 2 KommHV). Sie sind im HA/HUA der jeweiligen Einrichtung im Verwaltungshaushalt als Einnahme zu buchen. Je nachdem, wie die Rücklage angelegt ist, kommen die UGr. 205 (Anlage bei öffentlich-rechtlichen Kreditanstalten wie Sparkassen), UGr. 207 (Anlage bei nicht öffentlich-rechtlichen Kreditanstalten wie Banken) oder UGr. 209 (Einsatz der Rücklage zur Kassenbestandsverstärkung) in Betracht. Werden die Zinserträge der Rücklage nicht entnommen, sind sie im Verwaltungshaushalt im HA/HUA der jeweiligen Einrichtung als Zuführung zum Vermögenshaushalt und von dort als Rücklagenzuführung zu buchen, und zwar unter den gleichen Gruppierungsnummern wie die vorstehend erwähnten Zuführungen zur Sonderrücklage (Nr. 1.3).

2. Sonderrücklage für Rekultivierungs- und Nachsorgemaßnahmen bei Abfallentsorgungsanlagen

Bei der Kalkulation von Abfallgebühren gehören zu den ansatzfähigen Kosten auch die durch Rückstellungen nicht gedeckten Aufwendungen für notwendige Vorkehrungen an den nach dem 10.06.1972 stillgelegten Abfallbeseitigungsanlagen (Art. 7 Abs. 5 Nr. 2 BayAbfG). Daraus folgt, daß Aufwendungen für Rekultivierungs- und Nachsorgemaßnahmen an Mülldeponien grundsätzlich während der Fülldauer durch den Ansatz kalkulatorischer Rückstellungen in der Gebührenkalkulation zu berücksichtigen sind (vgl. auch UMS vom 13.8.1993, GK 280/1993).

Die Einnahmen zur Rekultivierung und Nachsorge von Abfallbeseitigungsanlagen sind in eine eigene Sonderrücklage einzustellen (§ 20 Abs. 4 Satz 3 KommHV).

2.1 Ermittlung der Zuführungsbeträge und Entnahmen

Die künftigen Ausgaben für die Rekultivierung und Nachsorge stillgelegter Mülldeponien lassen sich im voraus nicht genau berechnen; sie sind deshalb zu schätzen und bei der Kalkulation von Abfallgebühren mit einem jährlichen Durchschnittsbetrag während der Fülldauer der Deponie als kalkulatorische Rückstellungen anzusetzen. Die jährlichen Erlöse aus diesen Rückstellungen sind der Sonderrücklage zuzuführen.⁴

Ergibt sich beim Rechnungsabschluß eine Kostenüberdeckung bzw. ein kameraler Überschuß, wurden auch die in der Gebührenkalkulation angesetzten Rückstellungen voll erwirtschaftet. Der in der Kalkulation angesetzte Jahresbetrag der Rückstellung wäre in diesem Fall als Rückstellungserlös der Sonderrücklage zuzuführen.

⁴ Hinweise zur Ermittlung der Rückstellungsbeträge für Rekultivierungs- und Nachsorgemaßnahmen an Mülldeponien enthält der Bericht der Kommunalen Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung Nr. 2/1995.

Verbleibt dagegen beim Rechnungsabschluß eine Kostenunterdeckung bzw. ein kameraler Zuschußbedarf, kann nicht mehr davon ausgegangen werden, daß die Rückstellungen in vollem Umfang durch Erlöse (Gebühreneinnahmen) gedeckt sind. Hier stellt sich die Frage, ob die einzelnen Kostenarten in einer bestimmten Reihenfolge oder im gleichen prozentualen Verhältnis als gedeckt angesehen werden können.

In bezug auf die Abschreibungserlöse aus zuwendungsfinanziertem Vermögen (vgl. Nr. 3.1) empfiehlt das StMI, den in der Gebührenkalkulation angesetzten Betrag ohne Rücksicht auf die Kostendeckung auch der Sonderrücklage zuzuführen (Nr. 4.2 der IMBek vom 30.05.2000, AllIMBI S. 415). Die dadurch bedingte (erhöhte) Kostenunterdeckung kann im folgenden Kalkulationszeitraum ausgeglichen werden. Bei den Zuführungen zur Sonderrücklage für Rekultivierungs- und Nachsorgemaßnahmen kann entsprechend verfahren werden. Allerdings führt dies dazu, daß Beträge der Sonderrücklage zugeführt und verzinst werden, die tatsächlich nicht erwirtschaftet wurden. Die Berücksichtigung der (erhöhten) Kostenunterdeckung im folgenden Kalkulationszeitraum führt insofern nicht zu einem vollständigen Ausgleich, als in der Zwischenzeit Zinsverluste entstehen. Sie dürften in der Regel jedoch hingenommen werden können.

Die Höhe der Rücklagenentnahmen richtet sich nach den tatsächlich anfallenden Ausgaben für Rekultivierungs- und Nachsorgemaßnahmen nach Stilllegung der Deponie. Sie können für Ausgaben des Verwaltungshaushalts oder des Vermögenshaushalts verwendet werden.

2.2 Verzinsung der Sonderrücklage

Haushaltsrechtlich ist vorgeschrieben, daß die Zinserträge der Sonderrücklage zuzuführen sind (§ 21 Abs. 1 Satz 2 KommHV). Auch abgabenrechtlich dürfte es geboten sein, bei der Bemessung der kalkulatorischen Rückstellungen zu berücksichtigen, daß bis zur Verwendung der Rückstellungen Zinserträge erwirtschaftet werden, wenn andererseits auch künftige Preissteigerungen berücksichtigt werden.

2.3 Haushaltmäßige Behandlung der Zuführungen und Entnahmen

Die Zuführung der Rückstellungserlöse ist im Verwaltungshaushalt (HSt. 72.862) als Ausgabe und im Vermögenshaushalt (HSt. 72.301 bis 309) als Einnahme und von dort als Rücklagenzuführung (HSt. 72.911 bis 919) zu veranschlagen und zu buchen.

Entnahmen aus der Sonderrücklage zur Deckung von Rekultivierungs- und Nachsorgeausgaben sind im Vermögenshaushalt bei HSt. 72.312 als Einnahme zu veranschlagen und zu buchen. Soweit damit Ausgaben des Verwaltungshaushalts gedeckt werden sollen, ist eine Zuführung an den Verwaltungshauhalt zu veranschlagen und zu buchen (Ausgabe Vermögenshaushalt bei HSt. 72.901 bis 909, Einnahme Verwaltungshaushalt bei HSt. 72.281 bis 289).

2.4 Haushaltmäßige Behandlung der Zinserträge aus der Sonderrücklage

Die Ausführungen unter Nr. 1.4 gelten entsprechend.

3. Sonderrücklage für Abschreibungen aus zuwendungsfinanziertem Vermögen

Auf zuwendungsfinanzierte Anschaffungs- und Herstellungskosten kann abgeschrieben werden. Hierauf entfallende Abschreibungserlöse einschließlich einer angemessenen Verzinsung sind der Einrichtung wieder zuzuführen; künftige Anschaffungs- und Herstellungskosten sind um diesen Betrag zu kürzen (Art. 8 Abs. 3 Sätze 4 und 5 KAG).

3.1 Ermittlung der Zuführungsbeträge und der Entnahmen

Ob und in welcher Höhe Abschreibungen aus zuwendungsfinanziertem Vermögen angesetzt sind, müßte sich aus der Gebührenkalkulation ergeben. Verbleibt beim Rechnungsabschluß eine Kostenüberdeckung bzw. ein kameraler Überschuß, sind auch die Abschreibungen aus zuwendungsfinanziertem Vermögen voll erwirtschaftet; als Abschreibungserlöse sind die in der Gebührenkalkulation angesetzten Beträge der Sonderrücklage (für jede Einrichtung gesondert) zuzuführen.

Verbleibt am Jahresende eine Kostenunterdeckung, wurden die Abschreibungen aus zuwendungsfinanziertem Vermögen nicht voll erwirtschaftet. Die Ausführungen unter Nr. 2.1 gelten entsprechend.

Das StMI hält ein maßvolles Ansparen der Abschreibungserlöse für vertretbar, bis eine größere investive Maßnahme ansteht (Nr. 4.4 der Bek vom 30.05.2000).

Sollen die Abschreibungserlöse zur Finanzierung von Investitionen eingesetzt werden, ist eine Rücklagenentnahme vorzusehen. Die Höhe der Entnahme richtet sich nach dem vorhandenen Bestand und der Höhe der Investition. Grundsätzlich dürfte es auch zulässig sein, die Rücklage nur teilweise einzusetzen und den restlichen Bestand in der Sonderrücklage zu belassen.

In der Gebührenkalkulation ist der entnommene Betrag von den (neuen) Anschaffungs- und Herstellungskosten abzusetzen oder - was in der Regel zweckmäßiger sein dürfte - mit dem durchschnittlichen Abschreibungssatz aufzulösen und mit den kalkulatorischen Kosten zu saldieren (Nr. 4.4 der Bek vom 30.05.2000). Im Ergebnis vermindert die Rücklagenentnahme die Berechnungsbasis für die kalkulatorischen Abschreibungen und die Verzinsung des Anlagekapitals.

3.2 Verzinsung der Sonderrücklage

Die Sonderrücklage über Abschreibungen aus zuwendungsfinanziertem Vermögen ist zu verzinsen (Art. 8 Abs. 3 Satz 5 KAG, § 21 Abs. 1 Satz 2 KommHV). Die Anwendung des jeweiligen kalkulatorischen Zinssatzes wird im Regelfall angemessen sein. Nimmt die Gemeinde im Ansparzeitraum keine Kredite auf, kommt auch der Habenzinssatz in Betracht (Nr. 4.3 der IMBek vom 30.05.2000, AllMBI S. 415).

Der Zinssatz für die Verzinsung des Anlagekapitals sollte sich an einem mehrjährigen Mittel der Kapitalmarkttrenditen orientieren (VV Nr. 6 zu § 12 KommHV).

Erfahrungsgemäß ist der Unterschied zwischen dem Zinssatz für Kommunalkredite mit langjähriger Zinsbindung und für langfristige Geldanlagen nur gering, so daß der in Nr. 4.3 der IMBek vom 30.05.2000 angesprochenen Unterscheidung kaum praktische Bedeutung zukommen dürfte.

3.3 Haushaltmäßige Behandlung der Zuführungen und Entnahmen

Die der Sonderrücklage zuzuführenden Beträge sind im Verwaltungshaushalt im HA/HUA der jeweiligen Einrichtung als Ausgabe (UGr. 861) und bei HSt. 91.271 als Einnahme nachzuweisen. Der gleiche Betrag ist im Verwaltungshaushalt bei HSt. 91.861 als Ausgabe zu buchen und im Vermögenshaushalt im HA 91 zu vereinnahmen (UGr. 301 bis 309). (Die haushaltmäßige Behandlung der Abschreibungen aus zuwendungsfinanziertem Vermögen unterscheidet sich somit nicht von den übrigen Abschreibungen der UGr. 680.) Von dort ist er der jeweiligen Sonderrücklage zuzuführen (HA 91, UGr. 911 bis 919). Zweckmäßigerweise wird für jede Einrichtung eine eigene Buchung vorgenommen, um die Durchschleusung der Beträge nachvollziehen zu können.

Bei Verwendung der Abschreibungserlöse ist im Vermögenshaushalt eine Rücklagenentnahme vorzusehen. Die Rücklagenentnahme ist im HA/HUA der jeweiligen Einrichtung (UGr. 311) nachzuweisen. (Ein Nachweis der Rücklagenentnahme im HA 91 - HSt. 91.311 - kommt nicht in Betracht, weil Gruppierungsnummern für eine Ausgabe im HA 91 des Vermögenshaushalts und für eine Einnahme bei der jeweiligen Einrichtung nicht eingerichtet sind.) Eine Zuführung an den Verwaltungshaushalt findet nicht statt, weil die Rücklage nur zur Finanzierung von Investitionen eingesetzt werden darf.

3.4 Haushaltmäßige Behandlung der Zinserträge aus der Sonderrücklage

Die Zinserträge aus der Sonderrücklage sind im HA/HUA der jeweiligen Einrichtung im Verwaltungshaushalt als Einnahme zu buchen. Je nachdem, wie die Rücklage angelegt ist, kommen die UGr. 205, 206 oder 209 in Betracht (vgl. Nr. 1.4). Die Zinserträge

dürfen der Rücklage nicht entnommen und nicht zur Finanzierung von Ausgaben des Verwaltungshaushalts verwendet werden, sondern sind in der Rücklage zu belassen. Die Zinserträge sind deshalb im HA/HUA der jeweiligen Einrichtung als Ausgabe im Verwaltungshaushalt (UGr. 681 - Abschreibungen aus zuwendungsfinanziertem Vermögen) zu buchen, im Verwaltungshaushalt bei HSt. 91.271 zu vereinnahmen und bei HSt. 91.861 als Zuführung zum Vermögenshaushalt zu buchen. Im Vermögenshaushalt sind sie im HA 91 zu vereinnahmen (UGr. 301 bis 309) und von dort der Sonderrücklage zuzuführen (UGr. 911 bis 919).

4. Anlegung der Rücklagemittel

Für die Anlegung der Rücklagemittel gilt § 21 Abs. 1 Satz 1 KommHV. Sie können auch zur Kassenbestandsverstärkung eingesetzt werden (Buchung im Zeitbuch und im Verwahrbuch).

Solange Sonderrücklagen für ihren Zweck nicht benötigt werden, können sie als innere Darlehen (§ 87 Nr. 17 KommHV) im Vermögenshaushalt in Anspruch genommen werden (§ 21 Abs. 1 Satz 3 KommHV). Die Sonderrücklage zum Ausgleich von Gebührenschwankungen dürfte hierfür weniger in Betracht kommen, da sie bereits im folgenden Kalkulationszeitraum in voller Höhe einzusetzen ist.

5. Nachweis der Sonderrücklagen

Die Rücklagen sind Bestandteil des Gemeindevermögens und als solches nachzuweisen, auch wenn sie nicht für Zwecke des Vermögenshaushalts angesammelt sind (vgl. FSt 7/1974).

Die Sonderrücklagen sind in die Rücklagenübersicht (§ 2 Abs. 2 Nr. 3, § 77 Abs. 2 Nr. 2, § 81 Abs. 2 KommHV, Anlagen 5 und 20 VV-Mu-KommHV) aufzunehmen. Sie sind mit den Soll-Beträgen nachzuweisen (vgl. GK 30/1979 Ziff. 1, GK 123/1979 Ziff. 4, FSt 73/1975 Ziff. 3). Außerdem sind sie in der Vermögensübersicht (§ 77 Abs. 2 Nr. 1, § 81 Abs. 1 KommHV; Abschnitt A Nr. 2 der Anlage 19 VV-Mu-KommHV) zu erfassen (Stand zu Beginn und am Ende des Haushaltsjahres). In der Vermögensübersicht sind die tatsächlich angelegten Beträge nachzuweisen (vgl. GK 30/1979 Ziff. 2).

6. Aufteilung der allgemeinen Rücklage

Soweit vor dem 01.01.2001 Kostenüberdeckungen bestanden oder bei der Gebührekalkulation Abschreibungen aus zuwendungsfinanziertem Vermögen und Rückstellungen für Rekultivierungs- und Nachsorgemaßnahmen berücksichtigt wurden, Sonderrücklagen aber nicht gebildet waren, ist davon auszugehen, daß diese Beträge in der

allgemeinen Rücklage enthalten sind. In diesem Fall sind die angesammelten Beträge (einschließlich Zinsen) aus der allgemeinen Rücklage zu entnehmen und den Sonderrücklagen zuzuführen.

Hier stellt sich die Frage, ob die allgemeine Rücklage lediglich in der Rücklagenübersicht aufzuteilen ist oder ob Entnahmen und Zuführungen im Verwahrbuch oder im Haushalt (Veranschlagung im Haushaltsplan und Buchung im Zeit- und Sachbuch) nachzuweisen sind, auch wenn sich die Anlageform der Rücklagen nicht ändert.

Rücklagenzuführungen und -entnahmen sind Ausgaben und Einnahmen des Vermögenshaushalts. Es empfiehlt sich deshalb, die Aufteilung der allgemeinen Rücklage im Vermögenshaushalt, nicht im Verwahrbuch nachzuweisen. Die Entnahmen aus der allgemeinen Rücklage wären bei HSt. 91.310 zu veranschlagen und zu buchen. Die Zuführungen zu den Sonderrücklagen wären im HA/HUA der jeweiligen Einrichtung bei UGr. 911 bis 919 nachzuweisen.

EAPI.: 94 (942)

**12 Änderung der Kommunalhaushaltsverordnung und der Verwaltungsvorschriften:
Unterscheidung zwischen rentierlicher und nichtrentierlicher Verschuldung**

Bis zum Inkrafttreten der Haushaltsreform am 01.01.1974 waren Kredite im außerordentlichen Haushalt objektbezogen nachzuweisen. Auch die Ausgaben für die Verzinsung und die Tilgung von Schulden - einschließlich der inneren Schulden - waren getrennt voneinander bei den Einzelplänen zu veranschlagen, für deren Zweck die Schulden aufgenommen worden waren. Bereits durch diese Zuordnung konnte beurteilt werden, ob für den Schuldendienst in vollem Umfang oder doch zum großen Teil spezielle Einnahmen zur Verfügung standen („rentierliche“ Schulden) oder ob sie zu Lasten der allgemeinen Haushaltsmittel gingen („unrentierliche“ Verschuldung).

Mit der Einführung des Gesamtdeckungsprinzips auch im Vermögenshaushalt (§ 16 Nr. 2 KommHV a.F. bzw. § 16 Abs. 1 Nr. 2 KommHV n.F.) ist diese Unterscheidung entfallen. In der Praxis wurde dies zum Teil bedauert, weil der Pro-Kopf-Verschuldung - insbesondere im überörtlichen Vergleich - in der öffentlichen Diskussion nach wie vor große Bedeutung beigemessen wird, wenngleich der Aussagewert insofern eingeschränkt ist, als sich daraus die tatsächliche Haushaltsbelastung nicht ablesen läßt und durch die zunehmende Auslagerung von Aufgaben aus dem Kammalhaushalt die Vergleichbarkeit immer geringer wird.

Um den Aussagewert der Schuldenbelastung zu erhöhen, schreiben Nrn. 3.3 und 3.4 ZVKommGrPI nunmehr eine Abgrenzung der Kreditaufnahmen für Investitionsmaßnahmen, die überwiegend durch Entgelte Dritter finanziert werden, und der sonstigen Kreditaufnahmen vor. Die Einnahmen aus Krediten und inneren Darlehen für Maßnahmen, die überwiegend aus Entgelten Dritter finanziert werden, sowie die Zinsen und Tilgungen hierfür sind unter einer eigenen (vierstelligen) Gruppierungsnummer mit der Endziffer 9 darzustellen. Da in der Übersicht über die Schulden (Anlagen 4 und 21 VV-Mu-KommHV) neben dem Gesamtschuldenstand auch der Stand der rentierlichen Verschuldung anzugeben ist, müssen auch die in der Vergangenheit aufgenommenen Kredite nachträglich in rentierliche und nichtrentierliche Schulden aufgeteilt werden.

Zu den rentierlichen Schulden rechnen z.B. Schulden,

- die kostenrechnenden Einrichtungen zuzuordnen sind, wenn der Schuldendienst überwiegend, also zu mehr als 50 %, durch Benutzungsentgelte gedeckt wird (dies wird insbesondere bei der Wasserversorgung, der Abwasserbeseitigung und der Abfallentsorgung zutreffen),
- deren Schuldendienst ganz oder zu mehr als 50 % durch Dritte getragen wird (z.B. durch staatliche Schuldendiensthilfen).

Aber auch (kurzfristige) Erschließungskredite fallen darunter, wenn sie durch Beitragseinnahmen getilgt werden.

Kreditaufnahmen können bestimmten Maßnahmen entweder aufgrund eines entsprechenden Beschlusses des zuständigen Gremiums (vgl. IMBek vom 04.12.1975, MABl S. 1144, i.d.F. vom 10.04.1991, AllMBl S. 204) oder auch nachträglich aufgrund der Fremdfinanzierungsquote des Vermögenshaushalts zugeordnet werden. Für die Ermittlung dieser Quote kann auf die Grundsätze zurückgegriffen werden, die das BVerwG für die Ermittlung von Fremdkapitalzinsen als beitragsfähigem Erschließungsaufwand entwickelt hat (Urteile vom 23.08.1990, DVBl 1990, 1408, GK 166/1991, und vom 23.02.2000, DVBl 2000, 1220, GK 207/2000).

Die Fremdfinanzierungsquote errechnet sich aus dem Verhältnis, in dem die Gesamtausgaben des Vermögenshaushalts für Investitionen (Gr. 92 bis 96 und 98) zu den Gesamteinnahmen aus Krediten stehen; zweckgebundene Einnahmen (z.B. Zuwendungen oder zinsgünstige Kredite, die für bestimmte Baumaßnahme bestimmt sind) sind vorweg abzuziehen (Nr. 3.3 Satz 4 AllgZVKommGrPI).

Komplizierte Berechnungen, wie sie u.U. zur Ermittlung des beitragsfähigen Erschließungsaufwands notwendig sind (vgl. Klinkhardt, NVwZ 2001, 1375, Richarz, KStZ 2001, 45, Stuttmann, DVBl 2002, 292, Klausling, DVBl 2001, 516), erscheinen aber für die Aufteilung der in der Vergangenheit aufgenommenen Kredite nicht erforderlich, weil materielle Konsequenzen mit der Darstellung in der Übersicht über die Schulden nicht verbunden sind, sondern lediglich der Aussagewert der Verschuldung relativiert wird und auch in der Schuldenstandsstatistik nicht zwischen rentierlichen und unrentierlichen Schulden unterschieden wird.

Für die Beurteilung der dauernden Leistungsfähigkeit kommt der Unterscheidung zwischen rentierlichen und nichtrentierlichen Schulden keine praktische Bedeutung zu, weil hier von der Zuführung des Verwaltungshaushalts an den Vermögenshaushalt ausgegangen wird (vgl. Anlage 9 VV-Mu-KommHV), in der die speziellen Deckungsmittel für rentierliche Schulden im allgemeinen bereits enthalten sind.

EAPI.: 91 (915)

13 **Änderung der Kommunalhaushaltsverordnung und der Verwaltungsvorschriften: Anhebung der Wertgrenze für Bestandsverzeichnisse**

Über Grundstücke, grundstücksgleiche Rechte und bewegliche Sachen sind Bestandsverzeichnisse zu führen, aus denen Art und Menge sowie Lage oder Standort der Gegenstände ersichtlich sind (§ 75 Abs. 1 KommHV). Wertangaben sind nicht erforderlich.

Bestandsverzeichnisse brauchten u.a. nicht geführt zu werden für bewegliche Sachen, deren Anschaffungs- oder Herstellungskosten im Einzelfall oder für die Sachgesamtheit nicht mehr als 100 DM betragen haben (§ 75 Abs. 2 Nr. 2 KommHV a.F.). Die Wertgrenze von 100 DM entsprach der einkommensteuerrechtlichen und der staatlichen Regelung (vgl. R 31 Abs. 3 EStR in der bis 31.12.2001 geltenden Fassung, VV Nr. 5.1 zu Art. 73 BayHO in der bis 31.12.1992 geltenden Fassung¹).

Die Wertgrenze wurde im Interesse der Verwaltungsvereinfachung mit Wirkung vom 01.01.2001 auf 1000 DM erhöht und ab 01.01.2002 auf 500 € festgelegt (§ 1 Nr. 12 und § 2 der Verordnung vom 23.11.2000, GVBI S. 799). Nach der Begründung zum Verordnungsentwurf sollte die Wertgrenze damit an die im staatlichen Haushaltsrecht zu erwartende Regelung angeglichen werden. Im staatlichen Haushaltsrecht wurde die Wertgrenze allerdings auf 410 € festgelegt und damit die einkommensteuerrechtliche Regelung über geringwertige Wirtschaftsgüter (§ 6 Abs. 2 EStG in der seit 01.01.2002 geltenden Fassung) übernommen (Nr. 22.1 der FMBek vom 23.11.2001, FMBl S. 521).

Bewegliche Sachen außerhalb kostenrechnender Einrichtungen (§ 12 KommHV), deren Anschaffungs- oder Herstellungskosten 500 € ohne Umsatzsteuer im Einzelfall oder für die Sachgesamtheit nicht übersteigen, brauchen somit nicht mehr in Bestandsverzeichnissen erfaßt zu werden.

Bei kostenrechnenden Einrichtungen brauchen Bestandsverzeichnisse nach § 75 Abs. 2 Nr. 1 KommHV nicht mehr geführt zu werden, weil bewegliche Sachen mit Anschaffungs- oder Herstellungskosten von mehr als 410 € ohne Umsatzsteuer (Wertgrenze für geringwertige Wirtschaftsgüter im Sinn des § 6 Abs. 2 EStG) in den Anlagenachweis aufzunehmen sind (vgl. § 76 Abs. 2 und 3 KommHV).

Den Kommunen bleibt es jedoch unbenommen, insgesamt oder für bestimmte Bereiche eine niedrigere Wertgrenze für Bestandsverzeichnisse festzulegen. Zweckmäßigerweise werden entsprechende Regelungen durch Dienstanweisung getroffen.

EAPI.: 91 (910)

¹ Im staatlichen Bereich wurde die Wertgrenze ab 01.01.1993 auf 300 DM und ab 01.04.1998 auf 800 DM (ohne Umsatzsteuer) angehoben (Nr. 8.2 der FMBek vom 01.12.1992, FMBl S. 580, und Nr. 19.1 der FMBek vom 30.01.1998, FMBl S. 89).

14 Untersuchungen der Wirtschaftlichkeit der Müllabfuhr in kreisfreien Städten

Wir haben im Rahmen der überörtlichen Prüfung bei kreisfreien Städten mehrfach die Wirtschaftlichkeit der von den Städten selbst betriebenen Müllabfuhr untersucht. Dabei hat sich gezeigt, daß hier ein erhebliches Einsparpotential vorhanden ist, das durch organisatorische Verbesserungen genutzt werden kann. Die Alternative einer Fremdvergabe haben wir dabei nicht untersucht, weil diese erst dann mit der stadteigenen Müllabfuhr verglichen werden kann, wenn diese optimal betrieben wird.

Bei der Untersuchung der Städte haben sich erstaunliche Unterschiede gezeigt, wobei wir strukturelle Besonderheiten der einzelnen Städte berücksichtigt haben. Einsparungen in beachtlicher Größenordnung, die dem Gebührenzahler zugute kommen, sind danach vor allem in folgenden Bereichen oder durch folgende Maßnahmen möglich:

- Vielfach wird ein „Full-Service“ geboten, d.h. die Müllader holen die Tonnen ab und bringen sie zurück, was erhebliche Mehrkosten verursacht, aber nicht immer erforderlich ist. Insbesondere in Stadtrandgebieten wäre eine Einschränkung möglich und - wie die Erfahrungen in vielen Landkreisen zeigen - vertretbar.
- Die Restmülltonnen werden teilweise noch wöchentlich entleert. In der Umstellung auf einen 14tägigen Entleerungsrythmus liegen beträchtliche Einsparungspotentiale.
- Die Zahl der Müllader, die außer dem Fahrer auf dem Müllfahrzeug mitfahren, schwankt erheblich. So haben wir im „Full-Service“-Betrieb zwischen 3 und 5 Begleitpersonen angetroffen, ohne daß bei verstärktem Personaleinsatz eine diesem auch nur annähernd entsprechende Leistungssteigerung erkennbar gewesen wäre. Die vielfach mögliche Reduzierung der Begleitpersonen führt zu massiven Kosteneinsparungen.
- Erhebliche Unterschiede ergaben sich bei den „unproduktiven“ Arbeitsstunden der Müllader, das sind Arbeitszeiten, die nicht unmittelbar dem Einsammeln des Abfalls dienen. Die bei unseren Untersuchungen ermittelten Werte lagen zwischen 30,5 v.H. und 45,1 v.H. der Gesamtarbeitszeit. Zwar sind manche Unterschiede durch die örtlichen Verhältnisse bedingt; dennoch kann durch Verbesserung der Organisation und der Tourenplanung eine erhebliche Kostenreduzierung erreicht werden.
- Ein erheblicher Anteil der „unproduktiven“ Arbeitszeiten entfällt auf Standzeiten der Müllfahrzeuge während der Sollarbeitszeit. Die von uns ermittelten Werte lagen zwischen 12,0 v.H. und 23,3 v.H. gemessen an der Gesamtarbeitszeit. Standzeiten entstehen durch eine Abfahrt vom Fahrzeugstützpunkt nach dem Beginn der Sollarbeitszeit, relativ langes Halten des Fahrzeugs während der Behälterleerung ohne Müllsammlung und eine vor dem festgelegten Arbeitsende liegende Rückkehr zum

Fahrzeugstützpunkt. Durch die Optimierung der Auslastung lassen sich diese Zeiten verringern, was zu erheblichen Kosteneinsparungen führt.

- Bei privaten Müllabfuhrunternehmen wird durch verstärkten Technikeinsatz der Personalbedarf bei der Behälterleerung auf ein Minimum begrenzt. Beim Einsatz von sog. „Seitenladern“ wird im „Null-Service“-Bereich (die Bürger stellen die Tonnen selbst bereit) vollständig auf den Einsatz von Mülladern neben dem Fahrzeugführer verzichtet. Inwieweit diese Lösung - sicher nur in Randgebieten - im Hinblick auf die Struktur der Bebauung und der Bevölkerung möglich und zumutbar ist, muß jede Stadt selbst prüfen. Zur Koordination ihrer Fahrzeugflotte setzen private Abfuhrunternehmen bereits das satellitengesteuerte Navigationssystem „GPS“ (Global Positioning System) ein.

Die Kommunen sind u.a. wegen ihres enger gewordenen finanziellen Spielraums und zur Kostenbegrenzung genötigt, die gegebenen Rationalisierungsmöglichkeiten auszuschöpfen. Es empfiehlt sich überall dort, wo die Müllabfuhr in Eigenregie betrieben wird, den genannten Punkten besondere Aufmerksamkeit zu widmen. Wir werden auch künftig einen der Schwerpunkte unserer Prüfungen auf diesen Bereich legen.

EAPI.: 63 (636)

Der BKPV hat bei Prüfungen der Informationstechnik (IT) von Mitgliedern häufig Defizite bei der Wirtschaftlichkeit von IT-Maßnahmen und im Bereich der IT-Sicherheit festgestellt. Einige besonders häufige Prüfungsfeststellungen haben wir nachfolgend anhand von Beispielen kurz dargestellt.

1. Defizite bei der Wirtschaftlichkeit von IT-Projekten¹

- a) Bei IT-Projekten werden häufig Kostenfaktoren nicht berücksichtigt, die eine spürbare Größe erreichen (z.B. Kosten für die Erhebung, Aufbereitung und Erfassung der Grunddaten, Schulungskosten, Personalkosten für die Datenpflege). Insbesondere in den Anwendungsgebieten Graphische Datenverarbeitung und Gebäudemanagement fallen erhebliche finanzielle und personelle Aufwendungen für die Erhebung und die laufende Pflege der benötigten Daten (Digitale Flurkarten, Raumdaten etc.) an.

Bei unseren überörtlichen Prüfungen haben wir darüber hinaus in einigen Fällen festgestellt, daß IT-Projekte nicht erfolgreich abgeschlossen werden konnten, nachdem bei der Planung erhebliche Kostenfaktoren nicht berücksichtigt wurden. Die notwendigen personellen und finanziellen Ressourcen standen dann in der Realisierungsphase nicht zur Verfügung. So konnte bei einer größeren Stadt ein Anwendungsverfahren für das Gebäudemanagement nicht in Betrieb gehen, weil die finanziellen Mittel für die Erhebung der Raumdaten (Raumpläne, Ausstattung etc.) im Haushalt nicht eingeplant waren und wegen der angespannten Haushaltslage auch nicht bereitgestellt werden konnten.

Jedem IT-Projekt sollte deshalb eine gründliche Kostenplanung vorausgehen, die neben den Anschaffungs- und Herstellungskosten auch die Folgekosten über die vorgesehene Mindestnutzungsdauer berücksichtigt. Bei der Hardware ist im kommunalen Bereich von einer Mindestnutzungsdauer von ca. 4 Jahren und bei der Anwendungssoftware von ca. 8 bis 10 Jahren auszugehen.

- b) Bei vielen IT-Projekten fehlt oftmals eine Festlegung und Kontrolle der mit der Maßnahme verbundenen Ziele. Ziele können sowohl Rationalisierungen (Personaleinsparungen) als auch Qualitätsverbesserungen (z.B. mehr Bürgerfreundlichkeit) sein. Allgemeine Ziele wie die Verbesserung der Bürgerfreundlichkeit sollten, wenn dies möglich ist, in nachvollziehbarer Form konkretisiert werden. Eine Ausgestaltung des allgemeinen Ziels „mehr Bürgerfreundlichkeit“ kann z.B. darin liegen, daß angestrebt wird, Durchlaufzeiten zu verkürzen (z.B. beim Baugenehmi-

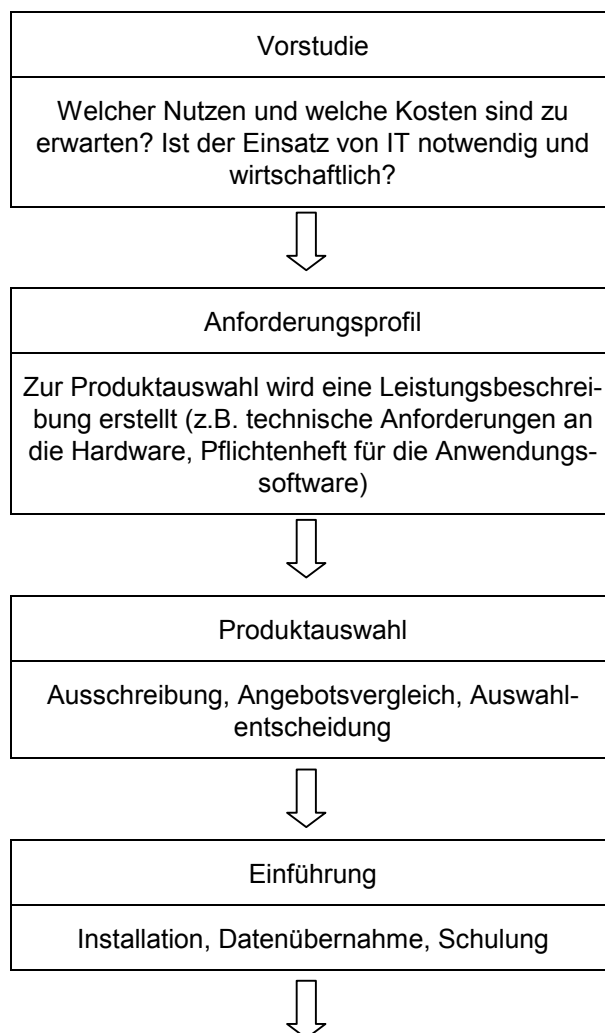
¹ Bei einem IT-Projekt handelt es sich um eine Maßnahme, die klar definiert und abgegrenzt ist, die einmalig ist und sich in dieser Form nicht mehr wiederholt, die lösbar sein muß, die sich zeitlich abgrenzen läßt (Anfangs- und Endtermin), deren Kosten sich berechnen oder abschätzen lassen und die sich aufgrund ihrer Komplexität nicht durch bereits vorhandene Betriebsinstanzen lösen läßt.

gungsverfahren). Häufig stellten wir fest, daß zwar Zielvorgaben vorhanden waren, jedoch nicht umgesetzt bzw. erreicht wurden. Wichtig ist in diesem Zusammenhang die Kontrolle der Ergebnisse (Erfolgskontrolle).

Bei einer Stadt wurde in der Beschlußvorlage für den Haupt- und Personalausschuß mit Einführung eines neuen Jugendamtsverfahrens auch die Einsparung von zwei bis drei Verwaltungsstellen prognostiziert. Bei unserer überörtlichen Prüfung stellten wir fest, daß diese Einsparungspotentiale jedoch nicht umgesetzt wurden.

Wir empfehlen, bei mehrjährigen IT-Projekten die Zwischenergebnisse, im übrigen nach Abschluß des IT-Projekts und ggf. nach den Erfahrungen aus dem Effektivbetrieb zu überprüfen, ob die beabsichtigten organisatorischen und wirtschaftlichen Effekte eingetreten sind.

- c) IT-Lösungen unterliegen kurzen Innovationszyklen. Besonders wichtig ist deshalb eine zeitlich straffe Durchführung von IT-Projekten. Grob gliedert sich ein IT-Projekt in folgende Phasen:



Betrieb
Nutzung des ausgewählten Produktes

Liegt ein allzu langer Zeitraum zwischen Produktauswahl und dem Betrieb einer IT-Lösung, führt dies zu einer Verkürzung der Nutzungszeit und damit zu einer ungünstigeren Nutzen-/Kostenrelation. Im Einzelfall kann dies zur Unwirtschaftlichkeit der IT-Maßnahme führen.

Zudem birgt eine überlange Dauer des Auswahlprozesses (Leistungsbeschreibung, Produktauswahl), zu dem anschließend noch die Einführungsphase hinzukommt, die Gefahr in sich, daß nach dem Ausschreibungszeitpunkt auf den Markt gekommene alternative IT-Lösungen die einmal getroffene Entscheidung bald in Frage stellen.

Die folgenden beispielhaften Prüfungsfeststellungen zeigen häufige Ursachen für vermeidbare Verzögerungen bei IT-Projekten auf:

- aa) Erst nach Lieferung und Installation der neuen Hard- und Softwareausstattung stellte sich bei einer Gemeinde heraus, daß auch die Kommunikationsinfrastruktur (Netzwerkverkabelung) nicht mehr den notwendigen Anforderungen entsprach und erneuert werden mußte.

Wir empfehlen bei IT-Projekten immer die Einsatzvoraussetzungen (z.B. Hardware-, Betriebssystemsoftware, Datenbanken, Kommunikationsinfrastruktur, Schnittstellen) zu ermitteln.

- ab) Zur Auswahl eines neuen Jugendamtsverfahrens gründete eine Stadt eine Projektgruppe. Mitglieder dieser Projektgruppe waren Mitarbeiter aus dem Jugendamt, dem Hauptamt und der IT-Abteilung. Nachdem die Auswahlentscheidung getroffen war, löste sich die Projektgruppe auf. In der Einführungsphase war das Jugendamt weitgehend auf sich alleine gestellt. Im Jugendamt bestanden jedoch noch keinerlei Erfahrungen mit der Einführung von Anwendungsverfahren. Erhebliche Probleme bereiteten der Abnahme- und Funktionstest, die Reklamation von Mängeln des Anwendungsverfahrens, die Übernahme der Altdaten und die Planung der Schulung. Die fehlende fachliche Unterstützung des Jugendamtes führte zu einer erheblichen Verzögerung beim Einsatz des Anwendungsverfahrens.

Auch in der Einführungsphase bedarf es einer organisatorischen und technischen Unterstützung des Fachamtes.

- ac) Mit der Einführung eines Gebäudemanagementsystems wollte eine Stadt Sachmittel im Gebäudeunterhalt einsparen. Ein Teil dieser Einsparungen

sollte für Aufgaben, die bisher nicht wahrgenommen werden und für qualitative Verbesserungen verwendet werden. Auf dieser Grundlage hatte die Stadt vier neue Planstellen geschaffen und bereits besetzt. Allerdings war das System zum Zeitpunkt unserer Prüfung noch nicht in Betrieb, da kein Personal für die Datenerfassung und -erhebung bereitgestellt war.

Die Stadt unternahm hier den „zweiten Schritt vor dem ersten“. Wir empfehlen, für jedes IT-Projekt eine Zeitablaufplanung zu erstellen, um die finanziellen und personellen Ressourcen zielgerichtet einzusetzen.

- ad) Eine Stadt wählte ein Anwendungsverfahren aus, das noch nicht den gestellten Anforderungen entsprach. Diese Anforderungen sollten erst in Kooperation von Stadt (fachliche Zuarbeit der Fachämter) und Auftragnehmer (programmtechnische Umsetzung) realisiert werden (Entwicklungskooperation). Dabei war ein erheblicher Aufwand bei der Stadt erforderlich. Eine kritische Überprüfung der zusätzlich zum Standard gestellten Anforderungen im Hinblick auf deren Mehraufwand für die Entwicklung und der daraus zu erwartenden Effekte unterblieb jedoch. Drei Jahre nach der Auswahl der Anwendungsverfahren war das Verfahren immer noch nicht einsatzreif.

Wir verkennen nicht die Problematik, daß Anwendungsverfahren „von der Stange“ nicht immer zu 100 % den gestellten Anforderungen gerecht werden. Gegebenenfalls ist die Entwicklung zusätzlicher Funktionalitäten zum marktüblich gebotenen Standard notwendig. Hierbei ist allerdings nach allgemeinen Erfahrungswerten bei der Softwareentwicklung zu berücksichtigen, daß in der Regel 80 % der Anforderungen mit 20 % des Aufwands gelöst werden können, die übrigen 20 % der Anforderungen jedoch oftmals 80 % des Aufwands verursachen. Aufgrund der kurzen Innovations- und Investitionszyklen der IT ist bei Anpassungen von Anwendungsverfahren nach der 80 : 20-Regel abzuwägen und auch die dafür notwendige Entwicklungszeit zu berücksichtigen.

2. Defizite im Bereich Sicherheit

- a) Durch technisches Versagen, versehentliches Löschen oder durch Manipulation können gespeicherte Daten unbrauchbar werden oder verloren gehen. Eine regelmäßige Datensicherung soll gewährleisten, daß der IT-Betrieb kurzfristig wiederaufgenommen werden kann, wenn Daten, Programme oder Konfigurationen verloren gehen. Die Gewährleistung einer funktionstüchtigen Datensicherung bedarf allerdings aufgrund der Komplexität einer geordneten Vorgehensweise, die in einem Datensicherungskonzept zu dokumentieren wäre. Bei unseren überörtlichen Prüfungen haben wir festgestellt, daß eine nicht geordnete Vorgehensweise bei der Datensicherung zu gravierenden Mängeln führen kann.

Bei einem Landkreis wurden die Daten des Finanzwesens über einen Zeitraum von 7 Wochen nicht erfolgreich gesichert. Das eingesetzte Datensicherungsverfahren protokollierte zwar die Fehler bei der Datensicherung automatisch in einer Protokolldatei. Allerdings wurden die Protokolle beim Landkreis nicht ausgewertet, so daß der Fehler unbemerkt blieb.

Wir empfehlen deshalb, ein Datensicherungskonzept, das auch die eingesetzten Datenbanken mit einbezieht, zu erstellen und dieses technisch entsprechend umzusetzen. Ein möglicher Aufbau eines Datensicherungskonzepts ist beispielhaft im IT-Grundschutzhandbuch² (M 6.33 Entwicklung eines Datensicherungskonzepts) aufgezeigt. Besonderes Augenmerk ist darauf zu richten, daß die Rekonstruktion von Daten mit Hilfe von Datensicherungsbeständen sporadisch, mindestens aber nach jeder Änderung des Datensicherungsverfahrens, **getestet** wird. Hierbei muß zumindest einmal nachgewiesen werden, daß eine vollständige Datenrekonstruktion (z.B. der Gesamtdatenbestand des Servers) möglich ist.

- b) **Zugangsberechtigungen** erlauben es, die Nutzung von IT-Systemen oder Systemkomponenten und Netzen auf bestimmte Personen zu beschränken. Über **Zugriffsrechte** in einem IT-System wird geregelt, welche Person im Rahmen ihrer Funktion bevollmächtigt wird, Verfahren/Programme oder Daten zu nutzen. Die Zugriffsrechte (z.B. Lesen, Schreiben, Ausführen, Löschen) hängen von den Aufgaben ab, die einer Person vom Arbeitgeber/Dienstherrn zugewiesen sind, z.B. Anwenderbetreuer, Systemadministrator, Revisor, Sachbearbeiter. Dabei sollten immer nur so viele Zugriffsrechte vergeben werden, wie für die Aufgabenwahrnehmung notwendig sind (Restriktive Rechtevergabe). Dies ist für jede nutzungsberechtigte Person aufgrund ihrer Funktion, unter Beachtung der Funktionstrennung, im einzelnen festzulegen.

Bei unserer überörtlichen Prüfung haben wir festgestellt, daß Zugangsberechtigungen und/oder Zugriffsrechte bei personellen Änderungen (z.B. Umsetzung, Ausscheiden etc.) nicht angepaßt wurden. In einigen Fällen hatten Mitarbeiter, die bereits seit einigen Jahren in einem anderen Aufgabenbereich tätig waren, noch aktive Zugangsberechtigungen mit Zugriffsrechten auf finanzwirksame Verfahren.

Aus Sicherheitsgründen sind sämtliche für den ausscheidenden/umgesetzten Mitarbeiter eingerichteten Zugangsberechtigungen und Zugriffsrechte zu entziehen und zu löschen, wenn diese nicht mehr benötigt werden. Um dies sicherzustellen, empfehlen wir, bei größeren Verwaltungen oder Organisationseinheiten die Personalverwaltung (z.B. im „Laufzettelverfahren“) mit einzubinden, da diese i.d.R. alle Neueinstellungen, Umsetzungen und das Ausscheiden von Bediensteten veranlaßt.

² IT-Grundschutzhandbuch 2001 „Maßnahmenempfehlungen für den mittleren Schutzbedarf“ (Schriftenreihe zur IT-Sicherheit; Band III; Herausgeber: Bundesamt für Sicherheit in der Informationsverarbeitung; Internet-Adresse: <http://www.bsi.bund.de>)

- c) Der Zugang zu den eingesetzten IT-Systemen muß für jeden Benutzer durch ein Paßwort gesichert sein. Hierzu erlauben es die marktgängigen Betriebssysteme, entsprechende Richtlinien für die Benutzung und Vergabe von Paßwörtern zu definieren.

Im Rahmen unserer überörtlichen Prüfungen stellten wir fest, daß entsprechende Möglichkeiten nicht in ausreichendem Umfang genutzt wurden. In einigen Fällen gelang es uns ohne den Einsatz sog. Hackertools, in nur wenigen Minuten Zugang zum IT-System mit Administrationsrechten zu erlangen.

Die häufigste Ursache war, daß Benutzerkonten für Systemdienste (z.B. für die Datensicherung) ohne oder mit einem leicht ermittelbaren Paßwort (z.B. in von den Herstellern im Internet publizierten Installationsanleitungen) versehen waren.

Neben der Gefahr der Manipulation von Datenbeständen (z.B. finanzwirksamer Daten) bestand damit auch die Gefahr, daß Benutzer den Betrieb des IT-Systems gefährden oder unberechtigt Zugriff auf sensible Daten (z.B. dienstliche Beurteilungen, vertrauliche Daten der Geschäftsleitung etc.) erlangen.

Im IT-Grundschutzhandbuch sind, bezogen auf einen mittleren Schutzbedarf, für die Betriebssysteme Windows NT, Novell und Unix Richtlinien für die Benutzung und Vergabe von Paßwörtern aufgeführt. Wir empfehlen, sich an diesen Richtlinien zu orientieren.

Der „normale“ Benutzer sollte darüber hinaus keinen Zugriff auf Dateien/Anwendungen haben, mit denen Sicherheitslücken im IT-System aufgespürt werden können (z.B. net.exe bei Windows NT/Windows 2000).

EAPI.: 05 (052); 05 (053); 05 (055); 05 (056)

Bau 5 Unwirksame Bürgschaften „auf erstes Anfordern“ können für bestehende Verträge nun doch als einfache Bürgschaften aufrechterhalten werden

Das hat der Bundesgerichtshof entgegen seiner bisherigen Rechtsprechung zu formularmäßig vereinbarten Vertragserfüllungsbürgschaften (s. dazu FSt 296/2002) nun mit Urteil vom 04.07.2002 (VII ZR 502/99) entschieden.

Die Leitsätze des Urteils lauten:

- a) *Die Verpflichtung eines Bauunternehmers in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bestellers, zur Sicherung von Vertragserfüllungsansprüchen eine Bürgschaft auf erstes Anfordern zu stellen, ist unwirksam.*
- b) *Der dadurch lückenhafte Vertrag ist ergänzend dahin auszulegen, daß der Bauunternehmer eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft schuldet.*
- c) *Eine solche ergänzende Vertragsauslegung kommt für Verträge, die nach Bekanntwerden dieser Entscheidung in den beteiligten Verkehrskreisen abgeschlossen werden, nicht mehr in Betracht.*

Den Urteilsgründen ist im wesentlichen folgendes zu entnehmen:

„Der ersatzlose Wegfall der Bürgschaftsverpflichtung würde zu einem den Interessen der Parteien nicht mehr gerecht werdenden Ergebnis führen. Es entspricht dem aner kennenswerten Interesse des Auftraggebers, den Unternehmer auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zur Stellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft zu verpflichten. Denn ohne eine solche Sicherung ist der Auftraggeber möglicherweise nicht ausreichend geschützt. Diesem Sicherungsinteresse haben die Parteien durch die Sicherungsabrede Rechnung tragen wollen. Würde die Sicherungsabrede ersatzlos wegfallen, würde jede Sicherung entfallen. Dieses Ergebnis ist mit dem durch die Sicherungsabrede zum Ausdruck gebrachten Willen der Parteien nicht zu vereinbaren.

Die Parteien hätten bei sachgerechter Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft gewählt, wenn ihnen die Unwirksamkeit der Verpflichtung der Klägerin, eine Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern stellen zu müssen, bekannt gewesen wäre.

Dem im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung nach § 6 Abs. 2 AGBG gefundenen Ergebnis liegt maßgeblich die Erwägung zugrunde, die nach § 9 Abs. 1 AGBG unwirksame Klausel führe zu einer planwidrigen, von den Vertragsparteien nicht bedachten Unvollständigkeit des Vertrages. Eine solche Lücke wird allerdings dann nicht anzunehmen sein, wenn die in der Klausel enthaltene Regelung bei objektiver Betrachtung als vom Verwender bewußt abschließend gewählt anzusehen ist. Diese Annahme ist geboten, wenn der Auftraggeber nach Bekanntwerden der vorliegenden

Entscheidung in alsdann zu schließenden Bauverträgen an der Klausel festhält und sie damit weiterverwendet.“

Für die kommunalen Auftraggeber folgt aus dem Urteil des BGH folgendes:

1. Das Urteil des BGH bezieht sich auf eine Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern. Es ist wegen des für Gewährleistungsansprüche in gleicher Weise bestehenden Sicherungsinteresses des Auftraggebers davon auszugehen, daß es für Gewährleistungsbürgschaften in gleicher Weise gilt.
2. Für bereits abgeschlossene Verträge können formularmäßig vereinbarte Bürgschaften auf erstes Anfordern nur mehr als „normale“ selbstschuldnerische Bürgschaften (ohne den Zusatz „Zahlung auf erstes Anfordern“) verwendet werden. Bürgschaftsurkunden mit dem Inhalt „auf erstes Anfordern“ sind Zug um Zug gegen Aushändigung einer „normalen“ Bürgschaft zurückzugeben.

Um Rechtsklarheit zu schaffen, sollte der Bauherr die Bürgschaften umgehend und von sich aus austauschen. Das ist insbesondere erforderlich, wenn der Bauherr die Formulare für die Bürgschaften auf erstes Anfordern vor dem o.g. Urteil des BGH ausgereicht oder die Abgabe entsprechender Bürgschaftserklärungen verlangt hat, diese aber erst **nach** Kenntnis des BGH-Urteils vom 04.07.2002 erhält. Nimmt er die Urkunden ohne Kommentar entgegen, könnte das so gedeutet werden, daß er an der Klausel auf erstes Anfordern festhalten und sie weiter verwenden will. Entsprechend den Ausführungen des BGH am Ende seines Urteils entfielen in einem derartigen Fall das Schutzbedürfnis des Sicherungsnehmers. Der Bauherr könnte die Bürgschaft dann auch nicht mehr als „einfache“ verwenden.

3. Werden Verträge neu geschlossen, sind formularmäßige Bürgschaftsvereinbarungen auf erstes Anfordern zu unterlassen. Werden bisherige Vertragsmuster (HIV-KOM, HAV-KOM, Vergabehandbuch Bayern, Sich. 1, 2 und 3) weiterverwendet, ist unbedingt sicherzustellen, daß der Text: „Die Zahlung erfolgt auf erstes Anfordern...“ gestrichen wird.

EAPI.: 80 (804)

Bau 6 Änderungen der VOB/B durch die Fassung 2002

Das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts (BGBl I 2001, S. 3238 ff.), das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen (BGBl I 2000, S. 330) und Weiterentwicklungen der Rechtsprechung gaben Anlaß, die (bisherige) Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB; jetzt: Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen) insbesondere im Teil B zu überarbeiten. Das ist mit der VOB/B 2002 geschehen. Sie ist im Bundesanzeiger Nr. 202 a vom 29.10.2002 veröffentlicht. Nachfolgend werden die wesentlichen Neuregelungen dargestellt. Umfassende Darstellungen zur VOB/B 2002 finden sich u.a. in den Zeitschriften „Baurecht“ Heft 8/2002 S. 1143 ff. und in „Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht“ Heft 4/2002 S. 177 ff.

1. § 13 VOB/B: Mängelansprüche

1.1 § 13 Nr. 1 VOB/B: Mangelbegriff

Die Gewährleistungsregelungen des § 13 Nr. 1 VOB/B a.F. entsprachen schon bisher im wesentlichen denjenigen des § 633 Abs. 1 BGB a.F. Durch die Änderung der VOB/B wird der Gleichklang mit den durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz neu gefaßten Absätzen 1 bis 3 des § 633 BGB sichergestellt. Die bisherige Überschrift des § 13 VOB/B („Gewährleistung“) lautet nun „Mängelansprüche“.

Ohne Belang ist, daß in der neuen VOB/B der Begriff „zugesicherte Eigenschaft“ nicht mehr vorkommt. Das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft ist stets auch das Fehlen einer vertraglichen Beschaffenheit, auf die die Neuregelungen in BGB und VOB/B vorrangig abstellen.

§ 13 Nr. 1 VOB/B lautet künftig wie folgt:

§ 13 Mängelansprüche

1. *Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber seine Leistung zum Zeitpunkt der Abnahme frei von Sachmängeln zu verschaffen. Die Leistung ist zur Zeit der Abnahme frei von Sachmängeln, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat und den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Ist die Beschaffenheit nicht vereinbart, so ist die Leistung frei von Sachmängeln,*
 - a) *wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst*
 - b) *für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art der Leistung erwarten kann.*

Ein Unterschied zwischen dem neuen § 633 BGB und § 13 Nr. 1 VOB/B n.F. verbleibt: § 633 Abs. 2 BGB stellt ausdrücklich die Lieferung eines anderen als des bestellten Werkes oder die Lieferung des Werkes in zu geringer Menge einem Sachmangel gleich. Eine entsprechende Regelung enthält § 13 Nr. 1 VOB/B n.F. nicht. Der Hauptausschuß Allgemeines des Deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses hielt die Einfügung einer solchen Regelung in den neuen § 13 Nr. 1 VOB/B für entbehrlich, da die Lieferung eines anderen Werkes oder eines Werkes in zu geringer Menge in der Baupraxis nur in seltenen Ausnahmefällen vorkommen dürfte.

1.2 § 13 Nr. 4 VOB/B: Dauer der Verjährungsfrist für Mängelansprüche

Die weitestgehende Neuerung der VOB/B ist die grundsätzliche Verdoppelung der Verjährungsfristen für Mängelansprüche. Die bisherige Verjährungsfrist von 2 Jahren für die Gewährleistung bei Bauwerken und Holzkrankungen beträgt nun 4 Jahre. Sie bleibt damit weiterhin ein Jahr hinter der 5jährigen Mängelbeseitigungsfrist des bisherigen § 638 BGB zurück, der als § 634 a BGB neu gestaltet wurde.

Für Arbeiten an Grundstücken und für die vom Feuer berührten Teile von Feuerungsanlagen beträgt die Verjährungsfrist nach der VOB 2002 statt einem zwei Jahre.

Bei maschinellen, elektrotechnischen und elektronischen Anlagen, bei denen die Wartung Einfluß auf die Sicherheit und Funktionsfähigkeit hat, beträgt die Verjährung 2 statt der regelmäßigen 4 Jahre, wenn der Auftraggeber dem Auftragnehmer die Wartung für die Dauer der Verjährungsfrist nicht übertragen hat. Auch hier wurde die bisherige Frist von einem auf zwei Jahre erhöht.

Eine Sonderstellung haben die vom Feuer berührten und abgasdämmenden Teile industrieller Feuerungsanlagen erhalten. Bei ihnen beträgt die Verjährungsfrist für Mängelansprüche 1 Jahr.

Der Begriff der „Holzkrankungen“ ist im neuen § 13 Nr. 4 VOB/B nicht mehr enthalten. Holzkrankungen sind eine Abweichung von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit, so daß sie nicht mehr besonders erwähnt werden.

1.3 § 13 Nr. 5 VOB/B: Einwirkung auf den Lauf der Verjährungsfrist

Die für den Bauherrn günstige Möglichkeit, den Lauf der Gewährleistungsverjährung zu unterbrechen, indem er den Mangel dem Auftragnehmer gegenüber schriftlich rügt, ist in der VOB/B 2002 unverändert beibehalten. Zwei Neuregelungen sind jedoch aufgenommen worden:

Bisher regelte § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 VOB/B a.F., daß mit Zugang der schriftlichen Mängelrüge beim Auftragnehmer die laufende Verjährungsfrist unterbrochen wurde

und eine neue Verjährungsfrist mit der Länge der in § 13 Nr. 4 VOB/B festgelegten Regelfristen begann (für Bauwerke also eine Frist von 2 Jahren, für Arbeiten an Grundstücken von 1 Jahr). Da sich die Länge fast aller Regelfristen des § 13 Nr. 4 VOB/B in der Neufassung verdoppelt hat, wäre es bei unveränderter Anknüpfung an die Regelfristen zu einer erheblichen Belastung für die Auftragnehmer gekommen: Bei entsprechend später Rüge hätte sich beispielsweise der Mängelbeseitigungsanspruch für gerügte Mängel bei Bauwerken bis auf 8 Jahre verlängert. Diesen Nachteil für die Auftragnehmer wollte der Vergabe- und Vertragsausschuß einschränken. In Satz 2 des neuen § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B ist deshalb festgelegt, daß der Anspruch auf Beseitigung der gerügten Mängel in 2 Jahren, gerechnet vom Zugang der schriftlichen Mängelrüge an, verjährt. Diese Verjährung tritt - wie bisher - nicht vor dem Ablauf der (neuen) Regelfrist nach § 13 Nr. 4 VOB/B n.F. oder der an ihrer Stelle von den Parteien vereinbarten Frist ein.

Beispiele:

- Beträgt die Regelverjährungsfrist für einen Bauwerksmangel 4 Jahre und wird dieser nach einem Jahr schriftlich gerügt, verjährt der Anspruch auf Beseitigung des gerügten Mangels erst mit Ablauf der 4jährigen Regelfrist, also 3 Jahre nach der Rüge.
- Haben die Parteien abweichend von der Regelfrist von 4 Jahren für ein Bauwerk entsprechend dem BGB eine Frist von 5 Jahren vereinbart, ist die von den Parteien vereinbarte Frist maßgebend. Erst bei ihrem Ablauf verjährt der Anspruch auf Beseitigung des gerügten Mangels, also im Beispiel 4 Jahre nach der Rüge.
- Rügt der Bauherr einen Mangel des Bauwerks schriftlich am letzten Tag der 4jährigen Regelverjährungsfrist nach § 13 Nr. 4 VOB/B n.F., ergibt sich für den Auftragnehmer die bei unveränderter Anwendung der VOB/B maximale Mängelbeseitigungspflicht von 6 Jahren. Wurde statt der Regelverjährung eine längere Frist vereinbart (z.B. 5 Jahre entsprechend dem BGB), besteht die Mängelbeseitigungspflicht des Auftragnehmers entsprechend länger, im Beispiel 7 Jahre.

Neu gefaßt wurde auch § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 3 VOB/B. Werden Mängelbeseitigungsleistungen erbracht, beginnt für diese nach ihrer Abnahme eine neue Verjährungsfrist von 2 Jahren. Diese endet wie bei § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 nicht vor Ablauf der Regelfristen nach § 13 Nr. 4 VOB/B oder der an ihrer Stelle vereinbarten Frist.

Eine eigenständige Verjährungsfrist für abgenommene Mängelbeseitigungsleistungen kennt das BGB nicht. Nach BGB läuft ausschließlich die ursprünglich vereinbarte oder die im Gesetz vorgesehene Verjährungsfrist. Die Abnahme von Nachbesserungsleistungen führt nicht zu einer zusätzlichen Frist. Lediglich Hemmungs- und Unterbrechungstatbestände verlängern die Verjährung. Die VOB/B geht hier weiter als das gesetzliche Werkvertragsrecht. Das ist unbedenklich, wenn die VOB/B als Ganzes vereinbart ist, was kommunale Auftraggeber stets sicherstellen sollten.

1.4 § 13 Nr. 7 VOB/B: Schadensersatzanspruch

§ 13 Nr. 7 VOB/B gewährt dem Auftraggeber einen Schadensersatzanspruch, der neben den Rechten aus § 13 Nr. 5 (Nachbesserung) und Nr. 6 (Minderung, die inhaltlich unverändert geblieben ist) besteht.

Die ersten beiden Absätze des umgestalteten § 13 Nr. 7 VOB/B enthalten inhaltlich Neues. Absatz 1 legt fest, daß der Auftragnehmer bei schuldhaft verursachten Mängeln, auch bei nur leichter Fahrlässigkeit, für alle Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit haftet. Absatz 2 regelt, daß der Auftragnehmer für die weiteren Schäden bei vorsätzlich oder grob fahrlässig verursachten Mängeln haftet. Mit diesen Regelungen wird den in § 309 BGB neu formulierten Vorgaben für Allgemeine Geschäftsbedingungen zur Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit sowie zu grobem Verschulden Rechnung getragen.

Der neue Absatz 3, der an Mängel anknüpft, die leicht fahrlässig verursacht wurden, enthält die einschränkenden Vorschriften des bisherigen Absatzes 1. Diese wurden sprachlich überarbeitet, inhaltlich blieben sie gleich.

2. § 16 VOB/B: Zahlung

2.1 § 16 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B: Abschlagszahlungen § 16 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 VOB/B: Schlußzahlung

§ 16 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B n.F. regelt, daß Ansprüche auf Abschlagszahlungen binnen 18 Werktagen nach Zugang der Aufstellung fällig werden. Um die Fälligkeit auszulösen, muß die Aufstellung gem. § 14 Nr. 1 VOB/B prüfbar sein. Da der Zugang der Aufstellung ausdrücklich zur Fälligkeitsvoraussetzung erklärt ist, spielt der durch das Gesetz der Beschleunigung fälliger Zahlungen in das BGB aufgenommene § 286 Abs. 3 Satz 2 BGB, der in Ausnahmefällen statt auf den Zugang der Rechnung auf den Empfang der vom Auftragnehmer erbrachten Leistung abstellt, bei VOB-Verträgen keine Rolle.

Das gleiche gilt für Schlußzahlungen. Die neue VOB/B betont ausdrücklich, daß die Fälligkeit des Schlußzahlungsanspruchs von der Vorlage einer prüfbaren Schlußrechnung abhängig ist.

2.2 § 16 Nr. 2 Abs. 1 Satz 2 VOB/B: Zinssatz für Vorauszahlungen

Vorauszahlungen sind nach der VOB/B 2002, soweit nichts anderes vereinbart ist, mit 3 v.H. über dem Basiszinssatz des § 247 BGB zu verzinsen.

Die Regelung stellt sicher, daß bei VOB- und BGB-Verträgen mit gleichen Bezugsgrößen gearbeitet wird.

2.3 § 16 Nr. 5 Abs. 3 bis 5 VOB/B: Zahlungsverzug des Auftraggebers

Der bisherige Absatz 3 des § 16 Nr. 5 VOB/B ist inhaltlich erheblich verändert und in die Absätze 3 bis 5 aufgegliedert worden.

Der neue Absatz 3 sieht weiterhin die Möglichkeit vor, daß der Auftragnehmer dem Auftraggeber eine Nachfrist für fällige Zahlungen setzt und nach Ablauf der Frist Verzugszinsen geltend macht. Die Verzugszinsen betragen nach der Neufassung nicht mehr 5 v.H. über dem Zinssatz der Spitzenrefinanzierungsfacilität der Europäischen Zentralbank, sie berechnen sich nach dem neuen § 288 BGB. Sie betragen, soweit ein Verbraucher im Sinne des § 12 BGB Vertragspartner ist, 5 v.H., andernfalls 8 v.H. über dem Basiszinssatz des § 247 BGB. Die Neuregelung vermeidet Unterschiede bei den Verzugszinsen zwischen BGB- und VOB/B-Vertrag.

Eine wesentliche Neuerung enthält § 13 Nr. 5 Abs. 4 VOB/B 2002. Liegt eine Schlußrechnung vor, so hat der Auftraggeber unmittelbar nach deren Prüfung das danach unbestrittene Guthaben auszuzahlen. Zahlt er das unbestrittene Guthaben nicht innerhalb von 2 Monaten nach Zugang der Schlußrechnung, kann der Auftragnehmer für dieses Guthaben nach Ablauf der 2 Monate ohne Nachfristsetzung Verzugszinsen in der in § 288 BGB angegebenen Höhe verlangen. Der Nachweis eines höheren Verzugsschadens ist möglich.

Der neue Absatz 5 ersetzt den bisherigen Absatz 3 Satz 3. Danach darf der Auftragnehmer in den Fällen, in denen der Auftraggeber mit der Zahlung der Vergütung trotz gesetzter, angemessener Nachfrist in Verzug ist, die Arbeiten bis zur Zahlung einstellen. Eine besondere Nachfrist ist in bezug auf das unbestrittene Guthaben notwendig: Da der Auftraggeber bei diesem ohne Nachfristsetzung durch den Auftragnehmer in Verzug gerät, ist eine Nachfrist vor der Arbeitseinstellung notwendig, um den Auftraggeber ausdrücklich eine letzte Gelegenheit zur Zahlung zu geben.

2.4 § 16 Nr. 6 VOB/B: Zahlungen an Gläubiger des Auftragnehmers

Der bisherige § 16 Nr. 6 VOB/B, nach dem der Auftraggeber unter bestimmten Voraussetzungen an Gläubiger des Auftragnehmers zahlen konnte, ist vom Bundesgerichtshof bei einer isolierten Kontrolle am AGB-Gesetz für nichtig erklärt worden (Urteil vom 21.06.1990, BauR 1990 S. 727). Der BGH hat allerdings offengelassen, ob ein besonderes Interesse des Auftraggebers einen Eingriff in das Recht des Auftragnehmers rechtfertigen kann, selbst zu bestimmen, wer Zahlungen entgegennehmen darf. Ein derartiges Interesse dürfte bestehen, wenn die übrigen am Bauwerk beschäftigten Unternehmer, insbesondere die Subunternehmer des Auftragnehmers, die Weiterfüh-

rung der Arbeiten aufgrund des Zahlungsverzugs des Auftragnehmers zu Recht verweigern und eine Direktzahlung des Auftraggebers an diese die Fortführung der Arbeiten sicherstellt. Um diese weitere Bedingung ist der bisherige Text des § 16 Nr. 6 VOB/B erweitert worden, so daß die vormalig bei isolierter Betrachtung AGBG-widrige Klausel nun wohl nicht mehr gegen ein gesetzliches Leitbild verstößt.

3. § 17 VOB/B: Sicherheitsleistung

3.1 § 17 Nr. 4 VOB/B: Keine Bürgschaft auf erstes Anfordern

Dem bisherigen § 17 Nr. 4 VOB/B wird durch die VOB/B 2002 folgender neuer Satz angefügt:

„Der Auftraggeber kann als Sicherheit keine Bürgschaft fordern, die den Bürgen zur Zahlung auf erstes Anfordern verpflichtet.“

Die Bürgschaft auf erstes Anfordern verlagert die Risiken, die sich aus einer Insolvenz des Auftraggebers nach Anforderung der Bürgschaft ergeben können, auf den Auftragnehmer. Zudem kann sie dessen Liquidität beeinträchtigen und - wegen des mit ihr verbundenen Risikos für den Bürgen - die Höhe des Kreditrahmens reduzieren. Der Bundesgerichtshof hat die Vereinbarung von Bürgschaften auf erstes Anfordern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen mehrfach für unwirksam erklärt (vgl. z.B. FSt 296 und 315/2002). Dem trägt die Neufassung der VOB/B 2002 Rechnung.

3.2 § 17 Nr. 8 VOB/B: Rückgabe vereinbarter Sicherheiten

§ 17 Nr. 8 VOB/B unterschied bisher nicht zwischen Vertragserfüllungs- und Mängelansprüchen. In der Neufassung ist er in zwei Absätze gegliedert:

Absatz 1 regelt die Rückgabe von Sicherheiten für die Vertragserfüllung. Danach hat der Auftraggeber eine nicht verwertete Sicherheit für die Vertragserfüllung zum vereinbarten Zeitpunkt, spätestens nach Abnahme und Stellung der Sicherheit für Mängelansprüche, zurückzugeben. Eine Ausnahme besteht für den Fall, daß Ansprüche des Auftraggebers, die nicht von der gestellten Sicherheit für Mängelansprüche umfaßt sind, noch nicht erfüllt sind. Darunter fallen beispielsweise Ansprüche aus Verzug bei der Vertragserfüllung. Für diese Ansprüche darf der Auftraggeber einen entsprechenden Teil der Sicherheit zurückhalten.

Neu formuliert und auch inhaltlich neu gestaltet wurde die Rückgabe von Sicherheiten für Mängelansprüche. Der Absatz 2 des § 17 Nr. 8 VOB/B 2002 hat folgenden Wortlaut:

„Der Auftraggeber hat eine nicht verwertete Sicherheit für Mängelansprüche nach Ablauf von 2 Jahren zurückzugeben, sofern kein anderer Rückgabezeitpunkt vereinbart ist. Soweit jedoch zu diesem Zeitpunkt seine geltend gemachten Ansprüche noch nicht erfüllt sind, darf er einen entsprechenden Teil der Sicherheit zurückhalten.“

Besonders hervorzuheben ist, daß die Sicherheit für Mängelansprüche nach Satz 1 bereits nach 2 Jahren an den Auftragnehmer zurückzugeben ist, soweit zu diesem Zeitpunkt Mängelansprüche noch nicht geltend gemacht wurden. Mit dieser frühen Rückgabe soll erreicht werden, daß der Bürgschaftsrahmen der Auftragnehmer, die nach den neuen Regelfristen des § 13 Nr. 4 VOB/B teilweise 4 Jahre für die Mängelbeseitigung haften, erweitert und die Liquidität der Baufirmen verbessert wird. Für die Auftraggeber bringt die neue Regelung allerdings einen nicht unwesentlichen Nachteil: Ihr Sicherheitsbedürfnis für die Durchsetzung von Mängelbeseitigungsansprüchen ist von der Rechtsprechung grundsätzlich anerkannt. Nachdem Mängel häufig erst lange Zeit nach der Abnahme auftreten (was ja gerade Grund für die Verlängerung der Regelverjährungsfrist von 2 auf 4 Jahre war), kann die Durchsetzung ihrer Ansprüche gerade bei Firmen, bei denen eine Sicherung notwendig wäre, weil sie nur geringes Eigenkapital haben, oder bei denen schon die Zahlung von Avalgebühren die Liquidität schmälert, sehr fraglich sein. Die VOB läßt daher zu, daß ein anderer Rückgabezeitpunkt für die Bürgschaft vereinbart wird. Von dieser Möglichkeit sollte durch Regelungen in den Besonderen Vertragsbedingungen jedenfalls in den Fällen Gebrauch gemacht werden, bei denen Mängel erfahrungsgemäß erst nach längerer Zeit erkennbar werden, bei denen schon bisher gemäß den Zusätzlichen Technischen Vorschriften längere Verjährungsfristen für Mängelbeseitigungsansprüche vereinbart wurden oder bei denen evtl. Mängel erhebliche Schäden auslösen können, z.B. im Bereich der Statik oder in bezug auf Wasserschäden.

Ist im Vertrag keine von der Zweijahresfrist des neuen § 17 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B abweichende Frist vereinbart, ist der Bauherr gut beraten, erkannte Mängel unverzüglich, jedenfalls vor Ablauf der Zweijahresfrist zu rügen. Ein Ausschöpfen der 4jährigen Regelverjährungsfrist, auch unter dem Gesichtspunkt, die Mängelentwicklung zu beobachten, kann ihn um die vereinbarte Sicherheit bringen.

Die Rückgabepflicht nach Ablauf von 2 Jahren im neuen § 17 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B erfaßt ausdrücklich nur Sicherheiten für Mängelansprüche. Für Schadensersatz- und Überzahlungsbürgschaften gilt diese Frist nicht. Für sie ist ein eigener Rückgabezeitpunkt festzulegen, da die bisherige Regelung in § 17 Nr. 8 a.F., daß alle nicht verwerteten Sicherheiten spätestens nach Ablauf der Verjährungsfrist für die Gewährleistung zurückzugeben sind, ersatzlos entfallen ist. Die notwendigen Regelungen sind in die Besonderen Vertragsbedingungen (vgl. § 10 Nr. 4 Abs. 1 Buchst. k VOB/A) und in die Bürgschaftsurkunde aufzunehmen. Empfohlen wird, zur Sicherung von Mängelbeseitigungs-, Schadensersatz- und Überzahlungsansprüchen inkl. Verzinsung - wie bisher - eine Bürgschaft in Höhe von 3 v.H. der Abrechnungssumme zu vereinbaren. Da die Bürgschaft für die Mängelbeseitigungsansprüche 2 Jahre nach der Abnahme zurückzugeben ist, ist es erforderlich, für die Überzahlungs- und Schadensersatzansprüche

einen anderen Sicherungszeitraum und einen Austausch für diesen Teil der Bürgschaftsurkunde vorzusehen. Für Überzahlungsbürgschaften empfiehlt sich ein Rückgabetermin 6 Jahre nach der Schlußzahlung. Nach diesem Zeitpunkt ist der Anspruch auf Erstattung der Überzahlung zumeist verwirkt, so daß eine weitergehende Sicherheit entbehrlich ist. Statt einer nach Jahren festgelegten Frist ist es auch möglich, wie bisher an die Gewährleistungsverjährung anzuknüpfen, z.B. eine Rückgabe der Überzahlungsbürgschaft nach Ablauf der tatsächlichen, durch Hemmung oder Unterbrechung verlängerten Verjährungsfrist für die Mängelbeseitigungsansprüche vorzusehen. Das gleiche gilt für Schadensersatzbürgschaften. Die vorgeschlagenen Regelungen dienen einerseits dem Sicherheitsinteresse des Bauherrn, sie stellen andererseits sicher, daß der Vorteil, den die Rückgabe der Sicherheit für Mängelansprüche nach 2 Jahren dem Auftragnehmer bringt, für diesen nicht verloren geht: Für die verbleibenden Schadensersatz- und Überzahlungsbürgschaften können die Bürgschaftsgebühren niedriger sein. Das Risiko der Bürgern, aus ihnen in Anspruch genommen zu werden, ist geringer, als für die Mängelbeseitigung eintreten zu müssen. Zu regeln ist in den Besonderen Vertragsbedingungen und in der Bürgschaftsurkunde ferner, daß der Auftraggeber die Schadensersatz- und Überzahlungsbürgschaft in der Höhe zurückhalten darf, in der seine Rückforderungsansprüche zum Zeitpunkt, in dem die Rückgabe fällig ist, noch nicht erfüllt sind.

4. § 18 Nr. 2 VOB/B: Anrufung der vorgesetzten Dienststelle

Die Neuregelungen des § 18 Nr. 2 VOB/B 2002 haben klarstellenden Charakter. Sie sind für kommunale Auftraggeber weiterhin ohne Bedeutung, da diese nicht in eine hierarchisch gegliederte Behördenstruktur eingebunden sind.

EAPI.: 80 (804)