

Geschäftsbericht

2003

- auszugsweise -

Auszug aus dem Inhaltsverzeichnis

	Seite
...	
C. Aktuelle Fragen aus der Prüfungs- und Beratungstätigkeit	18
Angemessene Verzinsung des Anlagekapitals kostenrechnender Einrichtungen	18
Kosten sparen bei der Gebäudeinnenreinigung	27
Kosten sparen beim Einsatz von Schulhausmeistern	35
Abwicklung von VOB-Verträgen bei Insolvenz des Auftragnehmers	47
Einzelfragen zum Steuerrecht	71
Praxisleitfaden: Gründung von Servicegesellschaften, insbesondere für Krankenhäuser und Altenheime	75
...	
E. Veröffentlichungen	92

C. Aktuelle Fragen aus der Prüfungs- und Beratungstätigkeit

Angemessene Verzinsung des Anlagekapitals kostenrechnender Einrichtungen

Verfasser: Rolf Hiller
Sigrid Schmitt

Inhaltsübersicht	Seite
1. Vorbemerkungen	19
2. Festlegung des kalkulatorischen Zinssatzes nach den Vorschriften des kommunalen Haushalts- und Wirtschaftsrechts	20
2.1 Höhe des kalkulatorischen Zinssatzes nach dem Durchschnitt der Umlaufrenditen inländischer Inhaberschuldverschreibungen	20
2.2 Bedenken gegen einen kalkulatorischen Zinssatz in Höhe des Durchschnitts der Umlaufrenditen inländischer Inhaberschuldverschreibungen	22
3. Lösungsansätze für die Festlegung eines kalkulatorischen Zinssatzes, der eine angemessene Verzinsung des Anlagekapitals gewährleistet	24
3.1 Finanzierung einer Einrichtung ausschließlich durch Fremdkapital	24
3.2 Finanzierung einer Einrichtung ausschließlich durch Eigenkapital	25
3.3 Finanzierung einer Einrichtung durch Fremd- und Eigenkapital	25
4. Schlußbetrachtung	25

1. Vorbemerkungen

In unseren Geschäftsberichten haben wir uns wiederholt mit Einzelfragen zur Kalkulation und zur Bemessung von Benutzungsgebühren befaßt.¹

Das Gebührenaufkommen einer kostenrechnenden Einrichtung soll die nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ansatzfähigen Kosten decken, aber - wegen des angeordneten Benutzungszwangs - nicht übersteigen (Art. 8 Abs. 2 Sätze 1 und 2 KAG).² Zu den ansatzfähigen Kosten gehört insbesondere auch eine angemessene Verzinsung des Anlagekapitals (Art. 8 Abs. 3 Satz 1 KAG). Anlagekapital ist das im Anlagevermögen gebundene Kapital (Anschaffungs- oder Herstellungskosten abzüglich Abschreibungen [§ 87 Nr. 2 KommHV]).³ Der abgabenrechtliche Begriff des Anlagekapitals ist gleichbedeutend mit dem haushaltsrechtlichen Begriff.⁴

Fremdkapitalzinsen werden in der betriebswirtschaftlichen Kostenrechnung den neutralen Aufwendungen zugerechnet, d.h. sie zählen nicht zu den ansatzfähigen Kosten.⁵ Die Verzinsung des Anlagekapitals im Sinne des Art. 8 Abs. 3 Satz 1 KAG stellt daher auf die kalkulatorischen Zinsen ab, wobei nicht zwischen einer Verzinsung von Eigen- oder Fremdkapital unterschieden wird.⁶

Nach der Rechtslage in Bayern können die Einrichtungsträger nach eigenem Ermessen entscheiden, ob das tatsächlich gebundene Anlagekapital (Verzinsung der Restbuchwerte) oder das durchschnittlich gebundene Anlagekapital (Verzinsung halber Anschaffungswerte mit kalkulatorischem Zinssatz oder Verzinsung der vollen Anschaffungswerte mit halbem kalkulatorischen Zinssatz)⁷ verzinst wird.⁸

¹ vgl. z.B. Geschäftsberichte 1991, S. 62 ff., 1992, S. 55 ff., 1993, S. 79 ff., 1994, S. 106 ff., 1996, S. 60 ff. und 2001, S. 18 ff.

² KAG = Bayerisches Kommunalabgabengesetz i.d.F. vom 04.04.1993, GVBl S. 264, zuletzt geändert durch Gesetz vom 25.07.2002, GVBl S. 322

³ KommHV = Kommunalhaushaltsverordnung vom 03.12.1976, GVBl S. 499, zuletzt geändert durch V vom 23.12.2000, GVBl S. 799

⁴ vgl. Schieder/Happ, Bayerisches Kommunalabgabengesetz, RdNr. 38 zu Art. 8 KAG

⁵ vgl. hierzu BayVGh, Urteil vom 02.03.2000 Nr. 4 N 99.68; VwRR 2000, 255, GK 164/2000 Ziffern 4 und 5

⁶ Zur Verzinsung des Eigenkapitals vgl. BVerwG, Beschluß vom 19.09.1983 - 8 B 117.82 - KStZ 1984, 11, wonach die Verzinsung des eingesetzten Eigenkapitals und deren Ansatz als Kosten bei den Benutzungsgebühren dadurch gerechtfertigt seien, daß ein Träger öffentlicher Verwaltung wegen der Bindung von Eigenkapital zugunsten eines bestimmten Personenkreises andere öffentliche Vorhaben oder Zwecke nicht oder erst zu einem späteren Zeitpunkt oder nur aufgrund einer mit Zinsen zu vergütenden Fremdfinanzierung verwirklichen könne. Dadurch werde der Allgemeinheit ein Nutzen entzogen, welcher der öffentlichen Einrichtung und ihren Benutzern über den Ansatz von Eigenkapitalzinsen anzulasten sei.

⁷ Dabei ist zu beachten, daß eine Verzinsung aus den halben Anschaffungswerten nur in Betracht kommt, soweit Anlagevermögen der Abschreibung unterliegt, in der Regel also nicht bei Grundstücken (vgl. Nitsche, Satzungen zur Abwasserbeseitigung, Nr. 20.09, 10 e, Unterabschnitt aa)

⁸ vgl. Nr. 8.4 der IMBek vom 29.07.1974, MABl S. 551; BayVGh, Beschluß vom 13.12.1990, GK 271/1992, Ziffer 5

2. Festlegung des kalkulatorischen Zinssatzes nach den Vorschriften des kommunalen Haushalts- und Wirtschaftsrechts

Das kommunale Abgabenrecht selbst bestimmt keine konkrete Höhe des kalkulatorischen Zinsfußes (Prozentbetrag) oder des kalkulatorischen Zinssatzes (Dezimalbetrag); die Verzinsung des Anlagekapitals soll lediglich „angemessen“ sein.

Die Bestimmungen der KommHV über die kalkulatorischen Kosten übernehmen die Formulierung des Art. 8 Abs. 3 Satz 1 KAG und normieren in § 12 Abs. 1 Nr. 2 KommHV ebenfalls lediglich eine „angemessene“ Verzinsung. Eine weitergehende Konkretisierung, insbesondere zur Festsetzung des kalkulatorischen Zinssatzes, hat der Gesetzgeber nicht getroffen.

Das StMI hat durch IMBek vom 02.07.2001, AllMBI S. 252, die VV Nr. 6 zu § 12 KommHV⁹ wie folgt neu gefaßt:

„Der Zinssatz für die Verzinsung des Anlagekapitals (§ 87 Nr. 2 KommHV) sollte sich an einem mehrjährigen Mittel der Kapitalmarktrenditen orientieren.“

Der Begriff der „Kapitalmarktrenditen“ wurde in den VVKommHV nicht näher erläutert. Soweit ersichtlich, ist dieser Begriff in der Volkswirtschaft ebenfalls nicht eindeutig definiert.¹⁰ Aufstellungen mehrjähriger Durchschnittsberechnungen für „Kapitalmarktrenditen“ werden - soweit bekannt - nicht veröffentlicht.

2.1 Höhe des kalkulatorischen Zinssatzes nach dem Durchschnitt der Umlaufrenditen inländischer Inhaberschuldverschreibungen

In der Literatur¹¹ werden die von der Bayer. Landesbank in Tabellen ermittelten Werte der *„Umlaufrenditen inländischer Inhaberschuldverschreibungen in Prozent, nicht saisonbereinigt; Jahresdurchschnitt auf Basis der Monatswerte, alle Laufzeiten“* als Werte angesehen, die den „Kapitalmarktrenditen“ im Sinne der VV Nr. 6 zu § 12 KommHV entsprechen und daher für die Festlegung der Höhe der kalkulatorischen Zinsen herangezogen werden können.

⁹ VVKommHV = Verwaltungsvorschriften zur Kommunalhaushaltsverordnung, zuletzt geändert durch Bek vom 03.05.2002, AllMBI S. 247

¹⁰ Gabler's Wirtschaftslexikon, Ausgabe 2000, definiert den „Kapitalmarkt“ als Markt für längerfristige Kapitalanlage und -aufnahme (Laufzeit von mehr als vier Jahren).

¹¹ vgl. Norbert Schima, „Zur Höhe des kalkulatorischen Zinssatzes“, Kommunalpraxis BY Nr. 1/2003; Schreml/Bauer/Westner, Kommunales Haushalts- und Wirtschaftsrecht in Bayern, Erl. 5.3.3 zu § 12 KommHV

Umlaufrenditen inländischer Inhaberschuldverschreibungen in Prozent, nicht saisonbereinigt; Jahresdurchschnitt auf Basis der Monatswerte, alle Laufzeiten

Stand	alle Laufzeiten
31. Dez. 56	6,3
31. Dez. 57	7,0
31. Dez. 58	6,6
31. Dez. 59	5,8
31. Dez. 60	6,3
31. Dez. 61	5,9
31. Dez. 62	6,0
31. Dez. 63	6,1
31. Dez. 64	6,2
31. Dez. 65	6,8
31. Dez. 66	7,8
31. Dez. 67	7,0
31. Dez. 68	6,7
31. Dez. 69	7,0
31. Dez. 70	8,2
31. Dez. 71	8,2
31. Dez. 72	8,2
31. Dez. 73	9,5
31. Dez. 74	10,6
31. Dez. 75	8,7
31. Dez. 76	8,0
31. Dez. 77	6,4
31. Dez. 78	6,1
31. Dez. 79	7,6

Stand	alle Laufzeiten
31. Dez. 80	8,6
31. Dez. 81	10,6
31. Dez. 82	9,1
31. Dez. 83	8,0
31. Dez. 84	7,8
31. Dez. 85	6,9
31. Dez. 86	6,0
31. Dez. 87	5,8
31. Dez. 88	6,0
31. Dez. 89	7,1
31. Dez. 90	8,9
31. Dez. 91	8,7
31. Dez. 92	8,1
31. Dez. 93	6,4
31. Dez. 94	6,7
31. Dez. 95	6,5
31. Dez. 96	5,6
31. Dez. 97	5,1
31. Dez. 98	4,5
31. Dez. 99	4,3
31. Dez. 00	5,4
31. Dez. 01	4,8
31. Dez. 02	4,7

Durchschnitt gesamt:	7,05
Durchschnitt der letzten 10 Jahre	5,74
Durchschnitt der letzten 20 Jahre	6,59
Durchschnitt der letzten 30 Jahre	7,20
Durchschnitt der letzten 40 Jahre	7,15

Quelle: Deutsche Bundesbank

Aus diesen Tabellen soll als kalkulatorischer Zinssatz der durchschnittliche Zinssatz verwendet werden, dessen Zeitraum dem Abschreibungszeitraum des Anlageguts mit der längsten Laufzeit entspricht.¹²

Beispiel:

„Bei einer bestehenden Abwasserbeseitigungseinrichtung endet die Laufzeit des längsten Anlagegutes in 30 Jahren. Der kalkulatorische Zinssatz beträgt damit 7,20 %.“¹³

2.2 Bedenken gegen einen kalkulatorischen Zinssatz in Höhe des Durchschnitts der Umlaufrenditen inländischer Inhaberschuldverschreibungen

Die Ausrichtung des kalkulatorischen Zinssatzes für die gesamte Einrichtung nach der längsten Nutzungsdauer eines Anlageguts oder einer Anlagegruppe erscheint insbesondere bei den leitungsgebundenen Einrichtungen problematisch. So wird z.B. zumindest in größeren Abwasserbeseitigungseinrichtungen jährlich neu im Leitungsnetz investiert. Die zu erwartende Nutzungsdauer der Kanäle dürfte in Abhängigkeit der verwendeten Materialien zwischen 50 und 100 Jahren liegen.¹⁴ Insofern wäre immer der längste veröffentlichte Durchschnittswert (hier 7,15 % für 40 Jahre) als kalkulatorischer Zinsfuß zu verwenden. Andererseits besteht eine Entwässerungseinrichtung in nicht unerheblichem Umfang aus Anlagegütern, deren Nutzungsdauer teilweise erheblich unter 40 Jahren liegen. Insbesondere die maschinellen Teile der in das Kanalnetz integrierten Regenbehandlungsbecken, Pump- und Hebewerke haben eine durchschnittliche Nutzungsdauer zwischen 5 und 20 Jahren. In einer Kläranlage kann die durchschnittliche Nutzungsdauer der maschinellen Teile der Rechenanlage, des Sandfangs, der Absetz- und Nachklärbecken, der Belebungsanlagen und der Schlammbehandlung ebenfalls mit höchstens 20 Jahren angenommen werden; die Meß- und Steuereinrichtungen sind in der Regel spätestens nach 12 Jahren verbraucht. Würden derartige Anlagegüter in den letzten 10 bis 20 Jahren geschaffen, wäre hierfür ein kalkulatorischer Zinsfuß zwischen 5,74 % (Durchschnitt der letzten 10 Jahre) und 6,59 % (Durchschnitt der letzten 20 Jahre) sachgerechter als eine Verzinsung mit 7,15 % (vgl. oben). Die Bildung eines Mischzinssatzes, welcher

¹² vgl. Norbert Schima „Zur Höhe des kalkulatorischen Zinssatzes“, Kommunalpraxis BY Nr. 12/2003

¹³ vgl. Norbert Schima, a.a.O.

¹⁴ vgl. Anlage 1 „Durchschnittliche Nutzungsdauer wasserbaulicher Anlagen“ in Leitlinien zur Durchführung von Kostenvergleichsrechnungen, Herausgeber: Länderarbeitsgemeinschaft Wasser (LAWA); Vertrieb Bayer. Landesamt für Wasserwirtschaft

die durchschnittliche Nutzungsdauer verschiedener Anlagengruppen berücksichtigt, erscheint in der Praxis nicht praktikabel. Dies zöge einerseits einen nicht unerheblichen Verwaltungsaufwand nach sich, andererseits fehlt in vielen Fällen ein hierzu entsprechend differenzierter Anlagenachweis, der die Grundlage für die Ermittlung eines derartigen Mischzinssatzes bildet.

Die Folgerung, daß bei Anwendung der Tabellen der „Umlaufrenditen inländischer Schuldverschreibungen“ die Höhe des kalkulatorischen Zinssatzes bayernweit in etwa gleich wäre¹⁵, verkennt die unterschiedliche Finanzierungsstruktur der einzelnen kostenrechnenden Einrichtungen. So dürfte bei der Festsetzung des kalkulatorischen Zinssatzes zu berücksichtigen sein, ob für kostenrechnende Einrichtungen Kredite mit ermäßigten Zinssätzen ausgereicht wurden.¹⁶ Da der Umfang der Kredite mit ermäßigten Zinssätzen von Einrichtung zu Einrichtung stark abweicht, dürfte ein landesweiter, in etwa gleich hoher kalkulatorischer Zinssatz nicht realistisch sein. Die besondere Berücksichtigung von Krediten mit ermäßigten Zinssätzen ist ferner ein Indiz dafür, daß eine undifferenzierte Übernahme der Zinssätze aus den Tabellen der „Umlaufrenditen inländischer Schuldverschreibungen“ zu überhöhten kalkulatorischen Zinsen führen könnte.

Das in den VV Nr. 6 zu § 12 KommHV angesprochene „mehrjährige“ Mittel der Kapitalmarkrenditen kann nicht ohne weiteres mit „langfristig“ (30 oder mehr Jahre) gleichgesetzt werden. Das von einem Einrichtungsträger eingesetzte bzw. vorfinanzierte Kapital wird durch die kalkulatorischen Abschreibungen refinanziert, d.h. die volle Refinanzierung ist erst dann abgeschlossen, wenn das am längsten zu finanzierende Anlagegut abgeschrieben ist. Dabei ist aber, eine reine Fremdfinanzierung unterstellt, im Laufe der Jahre mit unterschiedlichen Zinskonditionen zu rechnen. In Zeiten hoher Fremdkapitalzinsen entspricht es einer wirtschaftlichen Haushaltsführung, eine (längere) Zinsbindung nicht einzugehen, in Zeiten niedriger Fremdkapitalzinsen wird versucht, längerfristige Zinsbindungen zu vereinbaren.

Der langfristige Durchschnittssatz der Umlaufrenditen inländischer Schuldverschreibungen liegt aufgrund der seit Jahren anhaltend niedrigen Zinsen am Kapitalmarkt deutlich über dem tatsächlichen durchschnittlichen Fremdzinssatz der Kämmereihaushalte für ihre Regiebetriebe oder der Eigenbetriebe. Dies erscheint gebührenrechtlich bedenklich.

Während sich in gemeindlichen (kameralen) Haushalten wegen des Gesamtdeckungsprinzips die Auswirkungen eines überhöhten kalkulatorischen Zinssatzes verwischen, treten sie bei Eigenbetrieben oder aber bei Zweckverbänden mit eigenem Satzungsrecht (Außenverbände) deutlich hervor. Wird deren Anlagevermögen jeweils ausschließlich durch Fremdkapital finanziert, entsprechen die tatsächlichen Kreditzinsen bereits einer vollständigen Verzinsung des im Anlagevermögen gebundenen Kapitals. Liegen die über die Benutzungsgebühren erwirtschafteten kalkulatorischen Zinsen über den tatsächlichen Fremdkapitalzinsen, kann dies im Fall des Eigenbetriebs zu einem handelsrechtlichen Gewinn führen, bei einem (kameralistisch geführten) Zweckverband zu einer entsprechenden Mittelansammlung in der allgemeinen Rücklage. Beides ist streng genommen eine gebührenrechtliche Kostenüberdeckung, da die gebührenfähigen Kosten (hier für die Verzinsung des Anlagekapitals) nicht auf das erforderliche Maß beschränkt wurden (vgl. VGH BW, Urteil vom 22.10.1998, GK BW 11/1999). Führt ein überhöhter kalkulatorischer Zinssatz zu einer unzulässigen Aufwandsüberdeckung, sind die Abgabesätze objektiv nicht richtig und die ermittelte Benutzungsgebühr fehlerhaft.¹⁷

¹⁵ vgl. Norbert Schima, a.a.O.

¹⁶ vgl. Schrem/Bauer/Westner, a.a.O., Erl. 5.3.3 zu § 12 KommHV

¹⁷ vgl. BayVGH, Beschluß vom 05.12.2000 Nr. 23 B 00.1874, 1875, LSKAG Nr. 8.3.1/27

Ziel der Ausrichtung des kalkulatorischen Zinssatzes nach der längsten Nutzungsdauer eines Anlageguts oder einer Anlagegruppe soll eine möglichst gleichmäßige Belastung der Benutzer über die gesamte Nutzungsdauer der Einrichtung sein. Dies überzeugt kalkulatorisch schon deshalb nicht, weil andere Kostenarten (z.B. Personal- und Sachkosten) periodengerecht - und nicht durchschnittlich auf die Nutzungsdauer gesehen - in einer Gebührenkalkulation anzusetzen sind.

3. Lösungsansätze für die Festlegung eines kalkulatorischen Zinssatzes, der eine angemessene Verzinsung des Anlagekapitals gewährleistet

Das Angemessenheitsgebot des Art. 8 Abs. 3 Satz 1 KAG bezieht sich auch auf die Höhe des kalkulatorischen Zinssatzes. Ob dabei der verwendete Begriff „angemessen“ ein unbestimmter Rechtsbegriff ist, der der vollen gerichtlichen Überprüfung unterliegt, oder ob dem Einrichtungsträger damit ein Ermessensspielraum eingeräumt wird, bei dem gerichtlich nur die Einhaltung der Grenzen des Ermessens überprüft werden kann, hat der BayVGH - soweit ersichtlich - noch nicht entschieden.¹⁸ Auch wenn man die engere Auffassung des unbestimmten Rechtsbegriffs unterstellt, wird man bei der Beurteilung der Angemessenheit des Zinssatzes von einer gewissen „Bandbreite“ ausgehen müssen. Den jeweiligen Einrichtungsträgern wird bei der Festlegung des Zinssatzes ein Spielraum zuzubilligen sein. Davon geht offenbar auch das Staatsministerium des Innern aus, wenn in den VV Nr. 6 zu § 12 KommHV bestimmt wird, daß sich der Zinssatz für die Verzinsung des Anlagekapitals an einem mehrjährigen Mittel der Kapitalmarkttrenditen „orientieren“ sollte.

Bei der Festlegung eines angemessenen kalkulatorischen Zinssatzes wird man nach wie vor auch berücksichtigen müssen, ob und in welchem Umfang eine kostenrechnende Einrichtung fremd- oder eigenkapitalfinanziert ist.¹⁹

3.1 Finanzierung einer Einrichtung ausschließlich durch Fremdkapital

Bei einer reinen Fremdfinanzierung muß im Ergebnis die kalkulatorische Verzinsung des Anlagekapitals die Höhe der Fremdkapitalzinsen erreichen. Sie dürfte daher in diesem Umfang gebührenrechtlich angemessen sein. Können die Fremdkapitalzinsen nicht über Gebühren gedeckt werden, müßte der Einrichtungsträger letztlich unzulässige Kredite zur Deckung laufender Kosten aufnehmen. Wie bereits eingangs erwähnt, dürfen die tatsächlichen Fremdkapitalzinsen aber nicht in den Gebührenbedarf eingestellt werden. Dies kann jedoch durch den Ansatz (angemessener) kalkulatorischer Zinsen ausgeglichen werden.²⁰

Kreditzinssätze werden meist unterschiedlich lang festgeschrieben. Die in den VV zur KommHV vorgesehene mehrjährige Betrachtungsweise wird daher erreicht, wenn der durchschnittliche Fremdzinssatz aus sämtlichen zu bedienenden Krediten (ältere und neuere) ermittelt wird. Dieses Vorgehen wird auch dem jeweiligen Gebührenkalkulationszeitraum gerecht, in

¹⁸ Der VGH Baden-Württemberg geht von einem Beurteilungsermessen aus, vgl. Urteil vom 16.02.1989, VBIBW 1989,462.

¹⁹ Vgl. hierzu auch VV Nr. 6 zu § 12 KommHV a.F., wonach der kalkulatorische Zinssatz zwischen den marktüblichen Sollzinsen für entsprechende Finanzierungen und den Habenzinsen für (längerfristige) Geldanlagen liegen sollte.

²⁰ vgl. BayVGH, Urteil vom 02.03.2000 4 N 99.68, GK 164/2000

dem nur die tatsächlich diesem Zeitraum zuordenbaren Kosten abgedeckt werden sollen. Die kalkulatorische Verzinsung des gebundenen Anlagekapitals mit dem durchschnittlichen Fremdkapitalzinssatz reicht daher in aller Regel aus, die tatsächlichen Fremdkapitalzinsen zu erwirtschaften. Dabei kann es durchaus sinnvoll sein, bei wesentlich unterschiedlichen Höhen und wesentlich unterschiedlichen Zinssätzen der einzelnen Kredite diese für die Ermittlung des durchschnittlichen Fremdkapitalzinssatzes zu gewichten.

3.2 Finanzierung einer Einrichtung ausschließlich durch Eigenkapital

Soweit uns bekannt ist, sind nur wenige kostenrechnende Einrichtungen ausschließlich eigenkapitalfinanziert und die Einrichtungsträger schuldenfrei. In diesen Fällen ist, auf den Einrichtungsträger bezogen, die Ermittlung eines durchschnittlichen Fremdkapitalzinssatzes nicht möglich. Zudem wäre ein kalkulatorischer Zinssatz, der sich in diesen Fällen ausschließlich an den Konditionen für eine Fremdkapitalaufnahme orientiert, zu hoch bemessen. Hier dürfte es sich anbieten, die durchschnittliche Rendite längerfristiger Geldanlagen (Bank- oder Inhaberschuldverschreibungen) als kalkulatorischen Zinssatz festzulegen.

3.3 Finanzierung einer Einrichtung durch Fremd- und Eigenkapital

In der Praxis wesentlich häufiger sind die Fälle, in denen kostenrechnende Einrichtungen zwar grundsätzlich fremdfinanziert werden, in denen aber auch Eigenkapital des Einrichtungsträgers gebunden ist. Dies kann z.B. dadurch geschehen, daß Anlagegüter bereits bei ihrer Anschaffung ohne Kreditaufnahme, etwa durch Einsatz von Rücklagemitteln, finanziert werden. Häufig werden auch bei einer ursprünglich reinen Fremdfinanzierung Fremdmittel sukzessive durch Eigenmittel ersetzt. Besteht zwischen der Laufzeit eines Kredits und dem Abschreibungszeitraum für die damit finanzierten Anlagegüter keine Kongruenz, d.h. ist die Laufzeit der Kredite kürzer als der Abschreibungszeitraum der damit finanzierten Anlagegüter, führt dies dazu, daß die ursprüngliche reine Fremdfinanzierung vor Ablauf der Nutzungsdauer der Anlagegüter in eine Eigenkapitalfinanzierung übergeht. Die noch nicht über die Abschreibungen erwirtschaftete vollständige Tilgung des Kredits wurde (meist unbemerkt) aus allgemeinen Haushaltsmitteln geleistet.

In diesen Fällen der Mischfinanzierung sollte der kalkulatorische Zinssatz für den Anteil des in der Einrichtung gebundenen Fremdkapitals nach dem durchschnittlichen Fremdkapitalzins und der Anteil des in der Einrichtung gebundenen Eigenkapitals nach der durchschnittlichen Rendite längerfristiger Geldanlagen gebildet werden. Bei entsprechender Gewichtung der Zinssätze für das eingesetzte Eigen- und Fremdkapital wird sich ein kalkulatorischer Zinssatz ergeben, der sowohl die tatsächlichen Fremdkapitalzinsen deckt als auch eine angemessene Verzinsung des Eigenkapitals gewährleistet.

4. Schlußbetrachtung

Bei der Festlegung des kalkulatorischen Zinssatzes sind die örtlichen Verhältnisse zu berücksichtigen. Ein kalkulatorischer Zinssatz, der deutlich über dem tatsächlichen durchschnittlichen Fremdkapitalzinssatz innerhalb einer Kalkulationsperiode liegt, erscheint gebührenrechtlich problematisch, da die gebührenfähigen Kosten nicht auf das erforderliche Maß beschränkt

werden. Allerdings dürfte dem Einrichtungsträger für die Festlegung der kalkulatorischen Zinssätze eine gewisse Bandbreite einzuräumen sein. Kalkulatorische Zinssätze, die mehr als 0,5 % über den durchschnittlichen tatsächlichen Fremdkapitalzinssätzen liegen, sind unseres Erachtens aber nicht mehr „angemessen“ im Sinne des Art. 8 Abs. 3 Satz 1 KAG. In der Praxis dürfte ein kalkulatorischer Zinsfuß von über 5,5 % - von Ausnahmen abgesehen - derzeit als überhöht anzusehen sein.

Ob sich der BayVGH bei der Festlegung des kalkulatorischen Zinssatzes einer langfristigen, auf die Nutzungsdauer der Einrichtung abgestellten Betrachtungsweise anschließt oder ob er eine näher an der Kalkulationsperiode orientierte Zinshöhe für angemessen hält, muß künftigen Entscheidungen vorbehalten bleiben.

Kosten sparen bei der Gebäudeinnenreinigung

Verfasser: Mathias **Hiebel**

Inhaltsübersicht	Seite
1. Einleitung	28
2. Eigenreinigung oder Fremdreinigung	28
3. Optimierung der Eigenreinigung	29
4. Reduzierung der Reinigungshäufigkeit	30
5. Beispiele aus der Praxis	31
6. Ergebnis und Empfehlung	33

1. Einleitung

Mit der Gebäudereinigung haben wir uns in unserem Geschäftsbericht für das Jahr 1998, S. 52 ff., ausführlich beschäftigt. Dort sind unter anderem Hinweise zur Umstellung der Reinigung mit eigenem Personal auf eine Fremdreinigung sowie zur Leistungsausschreibung bei der Fremdreinigung enthalten. Zwischenzeitlich wurden und werden die Reinigungskosten verstärkt auf ihre Wirtschaftlichkeit hin untersucht. Nach Art. 61 Abs. 2 Satz 2 GO bzw. Art. 55 Abs. 2 Satz 2 LKrO sind die Kommunen gehalten, „geeignete Fälle daraufhin zu untersuchen, ob und in welchem Umfang sie durch nichtkommunale Stellen, insbesondere durch private Dritte oder unter Heranziehung Dritter, mindestens ebenso gut erledigt werden können“. Die Gebäudereinigung ist dafür ein geeigneter Fall.

Nachfolgend berichten wir über neuere Erkenntnisse und zeigen weitere Möglichkeiten zu und Begründungen für nachhaltige Einsparungen auf.

Ausdrücklich weisen wir bereits an dieser Stelle darauf hin, daß wir die in den oben genannten Geschäftsberichtsbeitrag 1998 dargestellten Leistungsmaße bei der Eigenreinigung (Abschnitt 4 a.a.O.) so nicht mehr empfehlen. Sie sollten - sofern weiterhin oder wieder mit eigenem Personal gereinigt werden sollte - an die Leistungswerte in der privaten Gebäudereinigung angepaßt werden (Näheres siehe Ziffern 2 und 3).

2. Eigenreinigung oder Fremdreinigung

Es ist mittlerweile allgemein bekannt, daß die an ein privates Gebäudereinigungsunternehmen vergebene Reinigung - von seltenen Ausnahmen abgesehen - kostengünstiger ist als die herkömmliche Reinigung mit eigenem Personal. Dies hat im wesentlichen folgende Gründe:

- a) Die Löhne im Gebäudereinigerhandwerk liegen im Mittel um bis zu 35 % unter denen des BMT-G in den Lohngruppen 1 bzw. 1a¹.
- b) Die Leistungsanforderungen beim privaten Gebäudereinigerhandwerk sind allgemein deutlich höher als im öffentlichen Dienst allgemein üblich.
- c) Wiederholt ist festzustellen, daß die zu reinigenden Flächen und deren Bodenbeschaffenheit nicht bekannt sind. Die Anzahl der Reinigungskräfte und die mit ihnen vereinbarten Arbeitsstunden werden nicht nachvollziehbar festgesetzt; die Angemessenheit wird nicht hinterfragt. Dies führt nicht selten dazu, daß in erheblichem Umfang nicht produktive Leistungen bezahlt werden.
- d) Wird die Reinigung an Private vergeben, entfallen nicht unbedeutende Gemein- und Sachkosten, die bei einer vergleichenden Betrachtung mitunter „vergessen“ werden. So wird für ca. 70 Reinigungskräfte in der Personalstelle eine halbe Kraft benötigt (Arbeitsplatzkosten in VergGr. V c/V b pro Jahr ca. 35.000 €²). Hinzu kommt ein zum Teil beachtlicher Organisationsaufwand (bei der gebäudebewirtschaftenden Stelle) für den Arbeitseinsatz der Reinigungskräfte, insbesondere für die Gestellung von Aushilfskräften in Krank-

¹ vgl. auch KGSt-Bericht 1/2001 - Neue Steuerung der Gebäudereinigung

² GK 82/2003

heitsfällen, welche im Reinigungsdienst erfahrungsgemäß häufiger auftreten als im Durchschnitt der übrigen Bereiche des öffentlichen Dienstes³.

- e) Reinigungsmittel und Reinigungsgeräte müssen bei Eigenreinigung selbst beschafft werden. Gewerbliche Reinigungsunternehmen erzielen insbesondere im Vergleich zu kleineren Verwaltungen wegen der größeren Mengen oft günstigere Einkaufskonditionen und können Reinigungsgeräte wirtschaftlicher einsetzen.

Diesen Vorteilen steht bei der Vergabe der Reinigungsarbeiten an Private ein gewisser Mehraufwand durch wiederholte Ausschreibungen und evtl. Neuvergaben gegenüber.

Eine Kontrolle der Reinigungsergebnisse ist bei eigenem Reinigungspersonal aber ebenso notwendig wie bei Fremdreinigung. Auseinandersetzungen bezüglich der Reinigungsleistungen kann es bei der Eigenreinigung ebenso geben wie bei der Fremdreinigung.

Bei der Vergabe der Reinigung ist ein Trend hin zur Ergebnisorientierung festzustellen. Das bedeutet, daß die Vereinbarung nicht auf Leistungsstunden, sondern auf das Reinigungsergebnis abstellt. Das Problem dabei ist, daß im Gegensatz zu den Kosten die Sauberkeit als Ergebnis der Gebäudereinigung nicht ohne weiteres meßbar ist. Gleichwohl ist die Ergebnisorientierung anstelle der Tätigkeitsorientierung wohl eine interessante Alternative. Allerdings müssen hier Qualitätsmeßsysteme⁴ geschaffen werden. Die Definition von Meßgrößen dürfte nicht einfach sein. Am Markt sind hierzu bereits einige Produkte zu finden.

Ein echter, aber wohl auch der einzige relevante Vorteil der Eigenreinigung ist eine gewisse Flexibilität des Arbeitseinsatzes (z.B. nicht planbarer Reinigungseinsatz, Sonderaktionen, Verzicht auf Reinigung von Räumen, die außerplanmäßig nicht benutzt wurden). Bei der Fremdreinigung läuft alles nach den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses. Was - auch in geringem Umfang - darüber hinaus gewünscht wird, muß gesondert vergütet werden. Dafür kann allerdings in Grenzen schon bei der Ausschreibung und der Vertragsgestaltung vorgesorgt werden.

Die Glasreinigung (Nr. 2.4 des Geschäftsberichts 1998) sollte, auch aus Gründen des Arbeitsschutzes, generell vergeben werden.

3. Optimierung der Eigenreinigung

Möchte eine Kommune auf die eigene Gebäudereinigung dennoch nicht verzichten bzw. sie wieder einführen, muß sie in den meisten Fällen optimiert werden, weil sie sonst unwirtschaftlich ist und im Vergleich zu privaten Anbietern nicht bestehen könnte. Dies sollte den Beteilig-

³ Wir kennen Verwaltungen, die entsprechende Aufzeichnungen führen. Danach liegen die krankheitsbedingten Ausfälle des Reinigungspersonals bei rd. 15 v.H. der Personalkapazität. Damit liegt diese Quote etwa doppelt so hoch wie im Durchschnitt der übrigen Arbeiter im öffentlichen Dienst.

⁴ Ein Qualitätsmeßsystem in der Gebäudereinigung wird nach der DIN EN 13549 wie folgt definiert: „Ein Qualitätsmeßsystem ist ein Prüfsystem, das überwacht, ob die Dienstleistungen, die zwischen zwei Parteien definiert und vereinbart wurden, das Qualitätsniveau erfüllen, das nach Anforderungen, die implizit oder explizit in der Vereinbarung ausgedrückt werden, vorgesehen ist.“
Näheres zur Qualitätsmessung in der kommunalen Gebäudereinigung kann dem KGSt-Bericht Nr. 9/2003 entnommen werden.

ten auch vermittelt werden. Folgende Maßnahmen können zur Optimierung (bei größeren Kommunen⁵) beitragen:

- a) Der Reinigungsdienst für alle Objekte einer Kommune wird an **einer** Stelle, am besten - soweit vorhanden - in einem zentralen Gebäudemanagement zusammengefaßt. Insellösungen, wonach beispielsweise das Schulverwaltungsamt für die Reinigung der Schulen, das Liegenschaftsamt für die Reinigung der Verwaltungsgebäude, das Kulturamt für die Reinigung der Museen und Theater und das Fremdenverkehrsamt für die Reinigung der Fremdenverkehrseinrichtungen oder das Hauptamt für die Reinigung mit eigenem Personal und das Liegenschaftsamt für die Fremdreinigung zuständig sind, sind unwirtschaftlich.
- b) Das Reinigungspersonal wird nicht mehr nur einem bestimmten Gebäude und dort bestimmten Räumen zugeordnet. Es wird vielmehr nach Bedarf und flexibel in allen zu reinigenden Bereichen eingesetzt.
- c) Dem Reinigungsdienst sollte ein ausgebildeter Reinigungsmeister vorstehen, was jedoch erst ab einer gewissen Größe des Reinigungsdienstes sinnvoll ist.
- d) Die Reinigungskräfte sollten durch Fachkräfte etwa der Reinigungsmittelhersteller und der Reinigungsgerätehersteller geschult werden.
- e) Die Leistungsanforderungen müssen (sukzessive und in einem überschaubaren Zeitraum) an die der privaten Gebäudereiniger herangeführt werden.
- f) Die eigene Gebäudereinigung muß nach der Optimierung mit den Angeboten Privater nachhaltig und erfolgreich mithalten können.

Wird das Ziel der Optimierung nach einer gewissen Umstellungsphase nicht erreicht, ist zu überlegen, die Reinigung mit eigenem Personal aufzugeben. Es ist nämlich nicht vermittelbar, daß die Gebäudereinigung mit Personal durchgeführt wird, das

- einen vergleichsweise sicheren Arbeitsplatz hat,
- mehr verdient als in der Privatwirtschaft und
- dafür weniger arbeiten muß.

4. Reduzierung der Reinigungshäufigkeit

Wesentlicher Kostenfaktor bei der Gebäudereinigung - egal ob mit eigenem Personal oder durch Fremdfirmen gereinigt wird - ist die Reinigungshäufigkeit. Neben den Flächen, die aufgrund der starken Inanspruchnahme täglich zu reinigen sind (Verkehrsflächen, Toiletten, Werkräume), können z.B. Klassenzimmer⁶ im zweitägigen Turnus (erste Woche Montag, Mittwoch,

⁵ Bei kleineren Kommunen ist das Optimierungspotential hier geringer.

⁶ Der Vollständigkeit halber verweisen wir auf die gemeinsame Bekanntmachung der Bayer. Staatsministerien für Gesundheit, Ernährung und Verbraucherschutz und für Unterricht und Kultus vom 16.07.2002 (KWMBI I Nr. 17). Dort ist in der Anlage zur Bekanntmachung ein Muster-Reinigungs- und Desinfektionsplan in Schulen veröffentlicht, nach dem unter anderem Klassenzimmer täglich zu reinigen sind. Dieser Hygieneplan hat jedoch nach einer Aussage des Staatsministeriums für Unterricht und Kultus **keine** rechtsverbindliche Qualität. Er dient lediglich als Anhaltspunkt.

Freitag, zweite Woche Dienstag und Donnerstag) oder gar nur zweimal wöchentlich und Büroräume nur zweimal oder gar nur einmal wöchentlich gereinigt werden.

Die immer noch anzutreffende tägliche Reinigung (fast) aller Räume ist (ebenso wie in den allermeisten Fällen die Reinigung mit eigenem Personal) unwirtschaftlich. Sie sollte nicht weitergeführt werden.

Die Häufigkeit der Glasreinigung ist ebenfalls zu hinterfragen. Auf eine monatliche Reinigung, wie sie noch anzutreffen ist, sollte zu Gunsten (erheblich) längerer Reinigungsintervalle verzichtet werden.

Schließlich wäre bei der Schulgebäudereinigung darauf zu achten, daß mit Ausnahme einer Grundreinigung während der Ferienzeiten in der Regel keine Arbeit anfällt. Die hieraus zu ziehenden Konsequenzen können der Ziffer 6.1 unseres Geschäftsberichts 1998 entnommen werden.

5. Beispiele aus der Praxis

a) Vereinfachte Wirtschaftlichkeitsbetrachtung

Wir haben in einer Kommune folgende Vergleichsberechnung erstellt:

Ein Arbeiter in Lohngruppe 1 a kostet pro Stunde 21,21 €⁷ Hinzu kommen - angenommen - 5 % für Reinigungsmittel und 20 % für Verwaltungsgemeinkosten = 26,51 €. Ein privater Gebäudereiniger verlangt für eine Stunde 16,00 € plus 16 % Mehrwertsteuer = 18,56 € und ist somit um 7,95 € oder 30 % günstiger. Bei den Gesamtkosten einer Eigenreinigung von jährlich rd. 700.000 € ergäbe sich ein Einsparpotential von 210.000 € jährlich.

⁷ GK 82/2003 Ziffer 4

b) Vergleich von Leistungsanforderungen

In einer Kommune konnten wir folgenden Vergleich anstellen:

Raumkategorie	kommunale Leistungsanforderung pro Stunde	Leistungsanforderung privater Gebäudereiniger pro Stunde
Klassen-, Gruppen-, Neben- und Fachräume	170 m ²	210 - 280 m ²
Lehrmittelräume, Bibliothek	170 m ²	200 - 280 m ²
Verwaltungsräume	150 m ²	200 - 240 m ²
Verkehrsflächen	300 m ²	380 - 450 m ²
Sanitärbereiche, Umkleiden, Teeküche	80 m ²	90 - 130 m ²
Treppen, Treppenhäuser	130 m ²	180 - 200 m ²
Archive, Mehrzweckräume	170 m ²	210 - 280 m ²
Betriebsräume, Putzkammern etc.	170 m ²	240 - 280 m ²

c) Vergleich zwischen zwei ähnlichen Gebäuden

In einer Kommune haben wir zwei Förderschulen mit in etwa gleich großen Reinigungsflächen angetroffen. Sie sind von der Struktur her gleich. Die Schule A wurde durch eigenes Personal gereinigt. Die Reinigung in der Schule B war vergeben. Nach den Ergebnissen der Jahresrechnung sind folgende Reinigungskosten entstanden (gerundet):

Bezeichnung	Schule A	Schule B
Arbeiterlöhne	50.800,00 €	0,00 €
Zusatzversorgungskasse Arbeiter	4.200,00 €	0,00 €
Sozialversicherung Arbeiter	10.900,00 €	0,00 €
Reinigungsmittel	3.500,00 €	700,00 €
Vergütung an Reinigungsunternehmer	0,00 €	23.500,00 €
gesamt	69.400,00 €	24.200,00 €
Fläche in m ²	3.450	3.350
Kosten je m ²	20,12 €	7,22 €

Der ganz erhebliche Unterschied angesichts vergleichbarer Reinigungsflächen und Benutzerintensität erklärt sich aus folgenden, oben näher beschriebenen Gründen:

Die Schule A wurde mit eigenem Personal täglich gereinigt. Die Reinigung in der Schule B war vergeben; gereinigt wurde weitgehend im Zwei-Tages-Turnus.

6. Ergebnis und Empfehlung

Nach Art. 61 Abs. 2 Satz 2 GO bzw. Art. 55 Abs. 2 Satz 2 LKrO ist zu untersuchen, ob Aufgaben von Privaten nicht ebenso gut erledigt werden können. Ist dies der Fall und werden die Leistungen von Privatfirmen wirtschaftlicher erbracht, ist eine Umstellung auf Fremdreinigung geboten. Die Reinigungshäufigkeit sollte kritisch hinterfragt und wenn möglich reduziert werden.

Wir haben in unseren Prüfungen und Beratungen immer wieder festgestellt, daß viele Kommunen zu viel Geld für die Gebäudereinigung ausgeben. Dabei ist es gerade hier nicht allzu schwer, ein beachtliches und vor allem nachhaltiges Einsparpotential zu realisieren. Dieser Beitrag hat Maßnahmen aufgezeigt, um dem genannten Ziel näherzukommen. Dabei wissen wir, daß es im Ermessen der einzelnen Kommune liegt, wie sie ihre Reinigung organisiert. Andererseits sollte aber bedacht werden, daß Klagen über die dramatische finanzielle Situation wenig glaubhaft sind, wenn offensichtliche Einsparpotentiale nicht genutzt werden. Dies gilt umso mehr, wenn Kommunen beachtliche und realisierbare Möglichkeiten zur Kosteneinsparung kennen und gleichwohl die Reinigung mit eigenem Personal fortführen.

Im übrigen hält auch der Freistaat Bayern die private Gebäudereinigung für die kostengünstigste Variante (Ziffer 6.6.3 der Haushaltsvollzugsrichtlinien 2003/2004 vom 19.12.2002 - StAnz Nr. 2/2003).

Bei der Umstellung von der Reinigung mit eigenem Personal auf Fremdreinigung wird häufig auf die natürliche Fluktuation gesetzt. Auf diesem sicher sozialverträglichen Weg dauert es allerdings meist sehr lange, bis mit nennenswerten Einsparerfolgen gerechnet werden kann. Daher sollten die Kommunen angesichts ihrer teilweise dramatischen Haushaltslage auch andere Möglichkeiten ins Auge fassen. In erster Linie sollten sie versuchen, den privaten Gebäudereiniger zu veranlassen, das Reinigungspersonal zu übernehmen. Gelingt dies nicht und können die Mitarbeiter auch nicht anderweitig beschäftigt werden, müßten betriebsbedingte Kündigungen in Erwägung gezogen werden (vgl. hierzu Abschnitt 8 unseres Geschäftsberichtsbeitrags 1998).

Die Befürworter der Reinigung mit eigenem Personal argumentieren (noch immer) gerne mit dem (behaupteten) größeren Reinigungserfolg. Abgesehen davon, daß auch die Leistungen des eigenen Reinigungspersonals durchaus unterschiedlich sind, kann die Reinigungsqualität der Privaten dadurch sichergestellt werden, daß deren Reinigungsergebnisse konsequent kontrolliert werden und mit dem Gebäudereinigungsunternehmen vertraglich vereinbart wird, daß unter bestimmten Voraussetzungen wegen Schlechtleistung fristlos gekündigt werden kann.

Das Argument, man könne keine betriebsfremden Personen ins Büro lassen, weil hier sensible Vorgänge auf dem Schreibtisch lägen, sollte nicht akzeptiert werden. Vielmehr wäre sicherzustellen, daß sensible Vorgänge weggesperrt werden. Auch möchten manche auf gewohnte An-

nehmlichkeiten, die mit der Beschäftigung eigenen Reinigungspersonals verbunden sind, wie Blumengießen, Geschirrspülen, kleinere Besorgungen machen usw., nicht verzichten. Diese „Dienstleistungen“ gehören nicht zum Reinigungsdienst.

Kosten sparen beim Einsatz von Schulhausmeistern

Verfasser: Mathias **Hiebel**

Inhaltsübersicht	Seite
1. Einleitung	36
2. Aufgaben eines Schulhausmeisters	36
3. Personalbedarf	38
4. Maßnahmen zur Optimierung des Hausmeistereinsatzes	40
5. Privatisierung von Hausmeisterdiensten	45
6. Abschließende Bemerkungen	46

1. Einleitung

Ebenso wie die Kosten der Gebäudereinigung (vgl. hierzu den Beitrag in diesem Geschäftsbericht, S. 27 ff.) werden in zunehmendem Maße die Kosten des Hausmeistereinsatzes im allgemeinen und die der Schulhausmeister im besonderen auf den Prüfstand gestellt. Der folgende Beitrag gibt Hinweise und Anregungen, um Effektivität und Effizienz der Hausmeisterdienste zu steigern. Diese sind nicht erschöpfend und nicht abschließend. Wer sich mit der Problematik vertieft beschäftigt, wird eine Reihe weiterer Möglichkeiten finden, die Hausmeisterdienste zu optimieren.

Im folgenden befassen wir uns vorrangig mit den Schulhausmeistern. Die Aussagen können jedoch - gegebenenfalls in modifizierter Form - auf die übrigen Hausmeister übertragen werden.

2. Aufgaben eines Schulhausmeisters

Die Aufgaben von Schulhausmeistern sind nicht verbindlich festgelegt. Ihnen obliegt im allgemeinen die laufende Betreuung von Gebäuden, gegebenenfalls nach näherer Weisung der Hausverwaltung.

Zu den regelmäßigen Aufgaben eines Schulhausmeisters gehört es insbesondere,

- die Schulanlage mit all ihren Einrichtungen unter besonderer Beachtung der Sicherheit und Ordnung zu beaufsichtigen,
- die Gebäudereinigung zu organisieren und zu überwachen,
- das Grundstück und die Außenanlagen sauberzuhalten, nicht dagegen sie zu pflegen und zu unterhalten,
- Verunreinigungen sofort zu beseitigen,
- Brandschutztüren, Lüftungsklappen, Rauchmelder, Aufzugsanlagen u.dgl. zu kontrollieren,
- die Heizung und die Lüftungsanlagen zu bedienen,
- Lieferungen entgegenzunehmen,
- kleinere Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten und kleinere Reparaturen durchzuführen,
- auf sparsamen Energie- und Wasserverbrauch zu achten,
- bei der Erstellung und Durchsetzung von Sicherheitskonzepten mitzuwirken,
- Schäden zu melden,
- (größere) Reparaturen zu überwachen,

- Dienstgänge (z.B. Botengänge zum Rathaus, Postbesorgung) und Bürohilfsdienste (z.B. Vervielfältigungen) zu erledigen,
- Räume für Veranstaltungen herzurichten,
- Beschließerdienste im Rahmen des Schulbetriebs auszuführen,
- das Schulobjekt zu beflaggen,
- Fundsachen zu verwalten,
- den Winterdienst auf dem Gelände und den dazugehörigen Anliegerflächen sicherzustellen,
- Leitungen vor Frostgefahr zu schützen,
- für die Beleuchtung des Gebäudes und der öffentlich zugänglichen Grundstücksteile zu sorgen,
- das Hausrecht außerhalb der Schulzeit auszuüben (bei Anwesenheit übt der Schulleiter für die Gemeinde bzw. den Schulverband das Hausrecht aus - Art. 14 BaySchFG),
- Unterrichtsmittel, soweit sie dem „äußeren“ Schulbetrieb zuzuordnen sind, bereitzustellen,
- Schulsporteinrichtungen zu betreuen.

Der Pausenverkauf (auf eigene Rechnung) gehört nicht zu den Dienstobliegenheiten eines Schulhausmeisters. Wird dem Hausmeister der Pausenverkauf gestattet, sollte sorgfältig darauf geachtet werden, daß damit zusammenhängende Tätigkeiten nicht zur Arbeitszeit gehören. Solche Tätigkeiten sind im allgemeinen

- Vorbereitungsarbeiten, wie Einkauf von Getränken und Lebensmitteln sowie gegebenenfalls deren Zubereitung,
- der Verkauf,
- Nacharbeiten, wie Beseitigung von Verunreinigungen im Zusammenhang mit dem Verzehr von verkaufter Ware,
- Aufräumen und Reinigen des Verkaufsplatzes,
- Verwaltungsarbeiten, wie Verhandlungen mit den Lieferanten, Abrechnungs- und Buchhaltungsarbeiten.

3. Personalbedarf

Zur Ermittlung des quantitativen Personalbedarfs im Schulhausmeisterbereich wird in den meisten Kommunalverwaltungen in Deutschland auf eine Richtzahl zurückgegriffen, die die KGSt mit dem Bericht 1/1986 veröffentlicht hat. Danach gilt folgendes:

3.1 Richtzahl der KGSt

Unter Zugrundelegung der üblichen Aufgaben (vgl. Ziffer 2) können Objekte mit bis zu 10.000 - 12.000 m² Reinigungsfläche ohne Überstunden von einem Hausmeister ausreichend betreut werden.

Die Richtzahl gilt unter folgenden Voraussetzungen:

- nur ein Gebäude, von evtl. separat gelegener Turnhalle, Hausmeisterhaus u.dgl. abgesehen
- betreuungsfreundliches Objekt, also nicht außergewöhnlich unübersichtlich, pflegeintensiv und reparaturanfällig
- unproblematische Nutzer, z.B. keine Förderschule
- keine Beanspruchung des Hausmeisters durch Fremdbenutzung der Schule am Abend
- Fremdreinigung
- bedienungsfreundliche Heizung
- ausreichende maschinelle Ausstattung für den Winterdienst

3.2 Festlegung auf eine Richtzahl

Zu der Frage, wann zur Berechnung des Personalbedarfs eine zu reinigende Fläche von 10.000 m² oder von 12.000 m² oder ein Wert zwischen beiden Zahlen zugrunde zu legen ist, ist - soweit uns bekannt - bisher im Schrifttum noch nicht Stellung genommen worden. Ein Blick auf die Leistungsmaße bei der Gebäudereinigung kann aber weiterhelfen. Dort sind erfahrungsgemäß die Leistungsanforderungen bei einer Reinigung mit eigenem Personal weit geringer als die in der privaten Gebäudewirtschaft. Weil die oben genannten Quadratmeterwerte als Grundlage für die Personalbemessung der Schulhausmeister von Kommunalverwaltungen (vor nunmehr 18 Jahren) festgelegt wurden, liegt die Vermutung nicht ganz fern, daß diese ebenso wie bei der Reinigung großzügig bemessen sind. Aus diesen Gründen empfehlen wir, bei der Festlegung der Richtzahl den niedrigsten Wert eher nicht zu verwenden.

3.3 Definition der Reinigungsfläche

Die Richtzahl zur Personalbemessung nimmt Bezug auf die Reinigungsfläche. Diese gibt am einfachsten Aufschluß über den hausmeisterlichen Betreuungsaufwand eines Objekts. Die Reinigungsflächen sollten für Zwecke der Gebäudereinigung ohnehin vorhanden sein (vgl. Ziffer 2 unseres Geschäftsberichts für das Jahr 1998, Seite 52 ff.). Bei den genannten 10.000 - 12.000 m² sind alle Reinigungsflächen mit dem Faktor 1 angesetzt. So wurden z.B. keine Zuschläge für die Flächen in Sanitärräumen gemacht. Nicht berücksichtigt wurden die Flächen von Pausenhöfen, Kellern, Speichern usw., selbst wenn diese nach dem Reinigungsplan gelegentlich, Keller z.B. einmal jährlich, zu reinigen sind.

3.4 Zuschläge für Tätigkeiten, die über die üblichen Hausmeisteraufgaben hinausgehen

Über die Frage, ob und wenn ja in welcher Höhe Zuschläge anerkannt werden können, sollten sich die Beteiligten (z.B. zentrale Gebäudewirtschaft bzw. Liegenschaftsverwaltung, technischer Gebäudeunterhalt, Hausmeister, Schulleitung) einigen.

Für folgende Fallgestaltungen sind Zuschläge bei der Personalbedarfsermittlung denkbar (nicht abschließend):

a) Auseinanderliegende Gebäude

Die Wegezeiten sind bei auseinanderliegenden Gebäuden höher als in einem Objekt. Die Höhe des Zuschlags ist individuell (in einem Prozentsatz oder in Minuten täglich) festzulegen.

b) Baulicher Zustand

Der Aufwand des Hausmeisters für Reparaturen am Schulgebäude wird maßgebend vom baulichen Zustand beeinflusst. Die Einschätzung, ob Zuschläge gerechtfertigt sind, sollte im Benehmen mit der für den Bauunterhalt zuständigen Stelle getroffen werden. Dabei können beispielsweise folgende Ergebnisse erzielt werden:

baulicher Zustand	Zuschlag	Kriterien, Beispiele
gut	0 %	keine Reparaturen über normale Abnutzung hinaus
befriedigend	10 %	häufigere Schäden wegen größeren Sanierungsbedarfs und Beschädigung der Bausubstanz durch Nutzerverhalten
schlecht	20 %	häufige Schäden auf Grund der Bausubstanz, z.B. sehr altes Schulgebäude ohne Sanierung

c) Eigenreinigung

Im Gegensatz zur Fremdreinigung besteht bei der Reinigung mit eigenem Personal ein erhöhter Aufwand z.B. für vorbereitende Arbeiten, Einsatz der Reinigungskräfte, Verwaltung von

Material und Maschinen sowie Führen der Leistungsnachweise. Ein Zuschlag von 10 % wäre denkbar.

d) Problematische Nutzer

Bei problematischen Nutzern ist ein erhöhter Reparaturaufwand (Vandalismus und Zerstörungen) festzustellen. Zuschläge können in einer Größenordnung von etwa 5 - 10 % gerechtfertigt sein.

e) Heizungsanlage

Sofern die Heizungsanlage vollautomatisch läuft und bis auf regelmäßige Kontrollen und die jährliche Wartung sowie vereinzelte Reparaturen keine weiteren Arbeiten für den Hausmeister anfallen, sind keine Zuschläge veranlaßt. Wenn in einzelnen Objekten darüber hinausgehende Arbeiten anfallen (z.B. Nachsteuerung per Hand), kann ein Zuschlag (z.B. in Höhe von 5 %) gerechtfertigt sein.

f) Maschinelle Ausstattung, Werkzeuge und Geräte

Eine weitere Voraussetzung für einen rationellen und effektiven Hausmeisterdienst ist eine gute Ausstattung mit Maschinen und Geräten sowie ausreichendem Werkzeug. Ist dies nicht gewährleistet, ist ein Zuschlag in einer Größenordnung von etwa 3 - 5 % möglich. Vorrangig wäre aber eine verbesserte Ausstattung zu gewährleisten.

g) Betreuung der Außenanlagen

Bei vergleichsweise sehr großen Außenanlagen mit einem erhöhten Arbeitsaufwand können Zuschläge gerechtfertigt sein. Diese können insbesondere durch einen Vergleich aller Anlagen und der notwendigen Pflegeintensität ermittelt werden.

Basis für die Zuschlagsberechnung sollte die jeweils ermittelte zu reinigende Fläche sein (Ziffer 3.3).

4. Maßnahmen zur Optimierung des Hausmeistereinsatzes

4.1 Schulhausmeister motivieren

Der Schulhausmeister ist kein Hilfsarbeiter. Er sollte sich als Verantwortlicher für das Gebäude verstehen und auch so behandelt werden. Eine Reihe der nachstehend beschriebenen Optimierungsmaßnahmen sind sicherlich auch motivationsfördernd. Wenn sich ein Schulhausmeister voll mit „seiner“ Schule identifiziert, wird er auch gute Leistungen erbringen.

Ein motivierter Schulhausmeister kann insbesondere beim Energieverbrauch zu großen Einsparungen verhelfen. Achtet er z.B. während der Heizperiode konsequent auf eine angemessene

sene, aber nicht zu hohe Raumtemperatur, auf eine Absenkung der Raumtemperatur in Räumen, die nicht genutzt werden, auf - mit Ausnahme des Lüftens - geschlossene Fenster und auf eine sparsame Beleuchtung, dann sind erhebliche Einsparungen im Vergleich zu Objekten festzustellen, in denen mit den Ressourcen eher sorglos umgegangen wird. Ferner hat der Schulhausmeister durch seine Tätigkeit erheblichen Einfluß auf die Wartungs- und Reparaturkosten.

Der Schulhausmeister ist Bediensteter der Stadt. Er ist für die optimale Betreuung der städtischen Objekte verantwortlich. Er ist erst in zweiter Linie für den Schulleiter da.

4.2 „Fifty-Fifty“-Methode

Der sparsame Umgang mit Ressourcen (Strom, Gas, Öl, Wasser) kann gezielt gefördert werden. Dazu werden alle Schulbenutzer (Schüler, Lehrer, Hausmeister usw.) aufgerufen. Zu einem bestimmten Stichtag wird der Ressourcenverbrauch dokumentiert. Nach Ablauf eines Jahres wird die erzielte Einsparung gemessen. Die Hälfte davon erhält die Schule zur eigenen Verwendung. Einzelheiten hierzu müssen vereinbart werden.

4.3 Dienstanweisung

Die Notwendigkeit einer Dienstanweisung wird unterschiedlich gesehen.

Diejenigen, die den Erlaß einer Dienstanweisung ablehnen, befürchten, daß unnötige Konflikte entstehen, wenn sich die Hausmeister auf die Erledigung der Aufgaben beschränken, die explizit geregelt sind. Sie greifen nicht ein, solange der Betrieb läuft, und beschränken sich ansonsten auf Einzelanweisungen.

Wir halten aber den Erlaß einer Dienstanweisung durchaus für sinnvoll und notwendig, wobei nicht für jede Schule eine eigene, sondern für alle Schulen eine gemeinsame Dienstanweisung erlassen werden sollte. Den oben dargestellten Bedenken kann dadurch begegnet werden, daß in die Dienstanweisung eine „allgemeine Öffnungsklausel“ aufgenommen wird, nach der die Schulhausmeister auch Aufgaben nach besonderer Weisung des Sachaufwandsträgers bzw. der Schulleitung zu erledigen haben.

In der Dienstanweisung können beispielsweise folgende Punkte geregelt werden:

- dienstliche Stellung
- Aufgaben
 - o Überwachung und Instandhaltung
 - o Sicherheit
 - o Reinigung und Pflege
 - o sonstige Aufgaben usw.
- Arbeitszeit
 - o Arbeitsbeginn
 - o Arbeitsende

- Arbeitsbereitschaft
- Arbeitspausen
- Überstunden usw.
- Urlaub
- Vertretungsregelung
- Verkauf in der Schule
- außerschulische Benutzung der Schulanlage
- Inkrafttreten

Wir empfehlen eine knappe und straffe Formulierung der Dienstanweisung. Insbesondere sollte eine „Detailverliebtheit“ vermieden werden (so wenig wie möglich, aber so viel wie notwendig regeln).

4.4 Arbeitsbedingungen verbessern

Den Hausmeistern sollte eine geeignete Werkstatt mit den erforderlichen Geräten und Werkzeugen zur Verfügung stehen. Zur Ausstattung sollten die Hausmeister befragt werden. Allerdings sollte dabei darauf geachtet werden, daß bei verschiedenen Objekten in nicht all zu großer Entfernung zueinander nicht in jedem Objekt eine (über)komplette Ausstattung vorgehalten wird. Gegebenenfalls kann auch der Bauhof Teilaufgaben übernehmen.

4.5 Erreichbarkeit verbessern

Hausmeister sind oft innerhalb und außerhalb des Schulgebäudes unterwegs. In vielen Fällen melden sie sich im Sekretariat ab. Durch technische Kommunikationsmittel kann die Erreichbarkeit der Hausmeister insbesondere auch in Notfällen entscheidend verbessert werden.

4.6 Aufträge für kleinere Reparaturen erteilt der Hausmeister

Zuweilen ist der Arbeitsablauf bei Schäden recht umständlich. Insbesondere bei geringeren Schäden (z.B. kleinere Elektroarbeiten, kleinere Dachdeckerarbeiten, kleinere Schreinerarbeiten) und Glasbruch sollte der Hausmeister die Reparatur unmittelbar veranlassen können.

4.7 Budget für den Hausmeister

Werden „Kleinaufträge“ direkt durch den Hausmeister ausgeführt, sollte ihm ein Budget zur Verfügung gestellt werden, damit er die erforderlichen Kleinmaterialien selbst beschaffen kann.

4.8 Qualifizierungsmaßnahmen

Hausmeister können beispielsweise in folgenden Bereichen qualifiziert werden:

- a) Mitarbeiterführung
- b) Handwerkliche Qualifikation
- c) Unfallverhütung und Arbeitsschutz
- d) Energiesparmaßnahmen (vgl. Ziffer 4.1)

4.9 Handbuch für den Hausmeister

Den Hausmeistern sollte ein Handbuch zur Verfügung gestellt werden. Dazu gehören z.B. folgende Unterlagen:

- a) Tarifvertrag
- b) Dienstanweisungen
- c) Dienstvereinbarungen
- d) Liste zu erledigender handwerklicher Arbeiten
- e) Vordrucke (Krankmeldung, Urlaubsantrag, Stundenzettel usw.)
- f) Unfallverhütungsvorschriften
- g) Hinweise zu Energiesparmaßnahmen
- h) Checkliste Einarbeitung
- i) Belegungspläne für außerschulische Nutzungen
- j) Telefonverzeichnis von Ansprechpartnern

4.10 Schlüsselgewalt auf die Nutzer übertragen

Bei der Übertragung der Schlüsselgewalt auf die Nutzer kommunaler Einrichtungen außerhalb der Unterrichtszeit kann auf die Anordnung und Bezahlung von Überstunden des Hausmeisters verzichtet werden. Dies gilt insbesondere für die Nutzung von Turnhallen in den Abendstunden und am Wochenende oder bei anderen Veranstaltungen in der Schule (Musikgruppen, Elternbeiratssitzungen, VHS). Kommunen, die zur Übertragung der Schlüsselgewalt nicht bereit sind und eine Beaufsichtigung bei Anwesenheit der Externen wünschen, bezahlen ihre Hausmeister lediglich für die Präsenz.

4.11 Jahresarbeitszeit für Schulhausmeister

Während der Schulferien (ca. 12 Wochen jährlich) nehmen die Hausmeister ihren Tarifurlaub (6 Wochen). In der übrigen Ferienzeit findet eine jährliche Grundreinigung statt (vgl. Ziffer 6.1 unseres Geschäftsberichts für das Jahr 1998, S. 52 ff.). Während dieser Zeit wie auch in den übrigen Ferien ist die Anwesenheit des Hausmeisters nicht (in vollem Umfang) erforderlich.

Ähnlich wie bei den Reinigungskräften sollte bei den Hausmeistern eine Jahresarbeitszeit festgelegt werden.

4.12 Bildung von Hausmeisterpools

In Kommunen mit mehreren Liegenschaften hat es sich bewährt, Hausmeisterpools (Hausmeisterkolonnen) einzurichten. Die in dem Pool beschäftigten Hausmeister kommen zum Einsatz, wenn der Hausmeister der Schule die Aufgabe nicht allein erledigen kann (z.B. Möbeltransporte), bei der Durchführung von Reparaturen, für die der Hausmeister fachlich überfordert ist, als Aushilfen und Vertretungen sowie für die Gewährleistung der Betriebsbereitschaft u.ä. Sofern in kleineren Objekten auf einen eigenen Hausmeister verzichtet wird, kann der Hausmeisterpool die Betreuung dieser Schulen übernehmen.

Es kann aber auch grundsätzlich (also auch bei größeren Schulen) auf die Zuweisung von Hausmeistern an ein Objekt verzichtet werden. Vom Hausmeisterpool aus (gesteuert etwa durch eine zentrale Gebäudebewirtschaftung) können die einzelnen Schulen mit Hausmeisterdienstleistungen versorgt werden. Dabei könnte das große Potential der unterschiedlichen Berufe, das oft vorhanden ist, weitaus besser nutzbar gemacht werden. Wir haben in einer größeren Verwaltung bei den Schulhausmeistern zwölf verschiedene Handwerksberufe angetroffen.

Wir kennen Verwaltungen, die ein Rotationsprinzip eingeführt haben, d.h., die Hausmeister in den Objekten wechseln im Rhythmus von beispielsweise drei oder vier Wochen. Nach einer gewissen Eingewöhnungsphase nach der Umstellung sahen alle Beteiligten überwiegend Vorteile:

- unkomplizierte Vertretungsregelung
- Leistungserbringung rückte in den Vordergrund, weil nach drei oder vier Wochen gewechselt wird
- Flexibilität der Hausmeister erhöhte sich
- Vorgesetzte konnten Arbeitsausführung besser kontrollieren (Vergleiche)
- Hausmeister fanden ihre Aufgabe wieder interessanter und abwechslungsreicher.

4.13 Verzicht auf Überstundenpauschalen

Häufig werden in ganz erheblichem Umfang Überstundenpauschalen gewährt. Wir haben Verwaltungen angetroffen, in denen den Schulhausmeistern monatliche Überstundenpauschalen zwischen rd. 200 € und rd. 650 € gewährt wurden.

Die Überstundenpauschalen müssen sowohl aus organisatorischer als auch aus arbeitsrechtlicher Hinsicht überprüft werden:

Der Arbeitgeber kann zwar bei einem vorübergehend auftretenden Bedarf an zusätzlicher Arbeitsleistung Überstunden anordnen; diese sind jedoch auf dringende Fälle zu beschränken. Eine ständige, nicht auf einen konkreten Anlaß bezogene Anordnung von Überstunden ist tarifrechtlich nicht vorgesehen; sie läuft im Ergebnis auf eine unzulässige Verlängerung der regelmäßigen Arbeitszeit hinaus. Sofern auf Dauer Arbeit über die regelmäßige Arbeitszeit eines Schulhausmeisters hinaus anfällt, muß der Arbeitgeber mit geeigneten Maßnahmen reagieren. Zunächst sollte die unterschiedliche Belastung aller Schulhausmeister ausgeglichen (vgl. Ziffer 4.12) und der Einsatz evtl. mit oben beschriebenen Maßnahmen optimiert werden. Ein dann

noch bestehender Mehrbedarf kann etwa durch einen entsprechenden Einsatz des Bauhofs oder der Stadtgärtnerei oder als letzte Maßnahme durch eine Personalverstärkung abgedeckt werden.

Wir haben bei einer Verwaltung allein durch den möglichen Verzicht auf Überstundenpauschalen ein Einsparpotential von rd. 40.000 € jährlich aufgezeigt.

4.14 Freizeitausgleich für Überstunden

Auch in Objekten, in denen der Hausmeister nicht ausgelastet ist, fallen Überstunden außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit an, z.B. bei

- Schulveranstaltungen,
- Fremdbelegung,
- Heizungs- und Objektkontrollen am Wochenende.

Diese Überstunden werden oft vergütet. Bei einem Ausgleich durch Freizeitgewährung fallen Vertretungskosten an. Überstunden - wie beschrieben - sollten nur noch durch Freizeitausgleich abgegolten werden, ohne daß eine Vertretungskraft gestellt wird.

5. Privatisierung von Hausmeisterdiensten

Die Frage der Privatisierung ist in der Gebäudereinigung im Hinblick auf die Kosten schon weitgehend entschieden. Die Diskussion zur Privatisierung von Hausmeisterdiensten ist aber bei weitem noch nicht abgeschlossen. Einige Kommunen haben aber mit dem Outsourcing erste (positive) Erfahrungen gesammelt.

Dabei hat sich gezeigt, daß für externe Hausmeisterdienste ein großes privates Bewerberpotential vorhanden ist. Die anfängliche Skepsis in der Planungsphase - insbesondere bei den Schulleitungen - hat sich im weiteren Verlauf als unbegründet erwiesen. Sowohl Auftraggeber als auch Schulen waren mit der Ausführung der Arbeiten meist zufrieden. Die beauftragten Unternehmen sind in der Regel verlässliche Geschäftspartner geworden. Sie setzen Objektverantwortliche ein, die die Arbeit der (externen) Hausmeister koordinieren und kontrollieren. Die Schulleiter können sich mit kleineren Problemen direkt an die Objektverantwortlichen wenden, was zu einer Entlastung der Mitarbeiter in der Verwaltung führt. Die externen Hausmeister erhalten Checklisten, mit denen sich die Arbeitsqualität und -quantität messen läßt. Insgesamt sind durch die Umstellung erhebliche finanzielle Einsparungen erzielt worden.

Als Nachteile werden überwiegend Argumente genannt, die bereits aus der Gebäudereinigung bekannt sind (nicht vertragsgemäße Leistungserbringung, Zeitaufwand für Kontrollen und Mahnungen/Rechnungskürzungen/Beschwerden, fehlender Kontakt zum „eigenen“ Hausmeister). Wie auf solche Einwände reagiert werden kann, haben wir in Abschnitt 2 unseres vorhergehenden Beitrags zur Gebäudereinigung aufgezeigt.

6. Abschließende Bemerkungen

Oft ist es heute noch so, daß die Hausmeister im „organisationsfreien“ Raum arbeiten. Sie werden eingestellt, bestenfalls noch in ihre Aufgaben eingewiesen, und arbeiten dann weitgehend eigenverantwortlich. Meist kümmern sich - wenn überhaupt - nur nachrangige oder zu viele Abteilungen mehr schlecht als recht um sie. Dort werden Fragen nach Alternativen zur Bewirtschaftung sowie zur Optimierung des Ressourceneinsatzes erst gar nicht gestellt.

Nachdem diese Mängel zunehmend erkannt werden, gehen viele Verwaltungen daran, ihre Hausmeisterdienste zu optimieren. Das Problem bewußt zu machen und Anregungen für einen effektiven und effizienten Hausmeistereinsatz zu geben sollte Sinn und Zweck dieses Beitrags sein.

Ein lohnendes Ziel könnte sein, alle mit dem Unterhalt und der Bewirtschaftung zusammenhängenden Arbeiten für alle Liegenschaften in einem gut funktionierenden Gebäudemanagement zusammenzufassen. Dazu gehören auch die Hausmeisterdienste und die Gebäudereinigung.

Abwicklung von VOB-Verträgen bei Insolvenz des Auftragnehmers

Verfasser: Johann Rohrmüller

Inhaltsübersicht	Seite
1. Problemstellung	49
2. Die wirtschaftliche Krise des Auftragnehmers im Vorfeld der Insolvenz	49
2.1 Die Kündigungsmöglichkeiten des Auftraggebers	49
2.1.1 Allgemeine Kündigungsgründe	49
2.1.2 Zahlungseinstellung des Auftragnehmers als Kündigungsgrund	50
2.2 Umgang mit Ansprüchen Dritter	50
2.2.1 Ansprüche von Subunternehmern	50
2.2.2 Ansprüche von Materiallieferanten	53
a) Der Auftragnehmer wird nicht mehr beliefert	53
b) Material wird von der Baustelle entfernt	54
2.2.3 Ansprüche aus Abtretungen und verlängertem Eigentumsvorbehalt	54
3. Das insolvenzrechtliche Eröffnungsverfahren	55
3.1 Der vorläufige Insolvenzverwalter	55
3.1.1 Der sogenannte „starke“ vorläufige Insolvenzverwalter	55
3.1.2 Der sogenannte „schwache“ vorläufige Insolvenzverwalter	56
3.2 Die Auswirkungen des Insolvenzantrags auf den VOB-Vertrag	56
3.3 Die Kündigung des Bauvertrags durch den Auftraggeber	56
3.3.1 Notwendigkeit einer Kündigung	56
3.3.2 Möglichkeiten einer Kündigung	57
a) Allgemeine Kündigungsgründe (§ 8 Nr. 3 VOB/B)	57
b) Kündigungsgrund Eigenantrag des Auftragnehmers	57
c) Kündigungsgrund Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse	58

	Seite
3.3.3 Rechtsfolgen der Kündigung unter besonderer Berücksichtigung des § 8 Nr. 2 VOB/B	58
a) Restfertigstellung der Leistungen	58
b) Das Recht des Auftragnehmers zur Mängelbeseitigung (Nacherfüllung)	58
aa) Fallkonstellation: Die erbrachte Leistung wurde nach der Kündigung bereits abgenommen	59
bb) Fallkonstellation: Die erbrachte Leistung wurde nach der Kündigung noch nicht abgenommen	60
c) Abrechnung des Auftragnehmers	61
aa) Aufmaß	61
bb) Schlußrechnung	61
cc) Gegenforderungen des Auftraggebers	62
aaa) Mehrkosten der Restfertigstellung	62
bbb) Mängelbeseitigungskosten	63
d) Inanspruchnahme von Bürgen	63
4. Das Insolvenzverfahren	64
4.1 Der Insolvenzverwalter	64
4.2 Der Eröffnungsbeschluß und seine wesentlichen Wirkungen	64
4.3 Die Auswirkungen der Verfahrenseröffnung auf den Bauvertrag	64
4.3.1 Grundsatz: Die Durchsetzbarkeit der noch bestehenden Erfüllungsansprüche ist gehemmt	64
4.3.2 Fallkonstellation: Der Auftraggeber hat den Vertrag bereits gekündigt oder kündigt nach Eröffnung des Verfahrens	65
a) Mehrkosten der Restfertigstellung	65
b) Mängelbeseitigungskosten und deren Aufrechnung	65
4.3.3 Fallkonstellation: Der Auftraggeber kündigt den Vertrag nicht	67
4.3.3.1 Das Bauwerk ist im wesentlichen fertiggestellt	67
4.3.3.2 Das Bauwerk ist noch nicht im wesentlichen fertiggestellt	67
a) Restleistung und Mängel	68
b) Voraus- und Abschlagszahlungen, die zu Überzahlungen führen	68
c) Abtretungen	69
4.4 Inanspruchnahme von Bürgen	69
5. Anmeldung von Forderungen des Auftraggebers zur Insolvenztabelle	70

1. Problemstellung

Bei Insolvenz des Auftragnehmers bereitet es den Kommunen oft Schwierigkeiten, einen VOB-Vertrag¹ abzuwickeln.

Zum einen paßt der vom Gesetzgeber vorgesehene Schwebestand² bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. bis zur Wahl der Erfüllung durch den Insolvenzverwalter nicht mit den bautypischen Terminzwängen zusammen. Die entscheidenden Weichenstellungen für den Baufortschritt liegen meist schon weit vor der Eröffnung des eigentlichen Insolvenzverfahrens. Zum anderen versuchen in der wirtschaftlichen Krise des Auftragnehmers die weiteren am Baugeschehen Beteiligten, wie z.B. Subunternehmer, ihre finanziellen Belange zu sichern.

Die nachfolgende Darstellung soll einen Überblick über rechtlich korrektes und wirtschaftlich zweckmäßiges Vorgehen des Auftraggebers³ bei drohender oder eingetretener Insolvenz des Auftragnehmers geben.

2. Die wirtschaftliche Krise des Auftragnehmers im Vorfeld der Insolvenz

2.1 Die Kündigungsmöglichkeiten des Auftraggebers

2.1.1 Allgemeine Kündigungsgründe

Solange noch kein insolvenzbedingter Kündigungsgrund (§ 8 Nr. 2 VOB/B) vorliegt, kann der Auftraggeber, abgesehen vom vergütungsrechtlich nachteiligen jederzeitigen Kündigungsrecht nach § 8 Nr. 1 VOB/B, nur nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B kündigen.

Diese in der VOB/B als Entziehung des Auftrags bezeichnete Kündigung ist möglich,

- wenn sich die Leistungen des Auftragnehmers schon während der Ausführung als mangelhaft oder vertragswidrig herausstellen (§ 4 Nr. 7 VOB/B) oder
- wenn der Auftragnehmer den Beginn der Ausführung verzögert, mit der Vollendung in Verzug gerät oder der in § 5 Nr. 3 VOB/B erwähnten Verpflichtung zur Abhilfe nicht nachkommt (§ 5 Nr. 4 VOB/B)

und die vom Auftraggeber gesetzte Frist zur Beseitigung des Mangels bzw. zur Vertragserfüllung fruchtlos abgelaufen ist.

Wenn der Auftraggeber den Auftrag entzogen hat, ist er berechtigt, den noch nicht vollendeten Teil der Leistung zu Lasten des Auftragnehmers durch einen Dritten ausführen zu lassen. An-

¹ VOB Neufassung 2002

² Das Insolvenzverfahren wird erst durch Beschluß des Insolvenzgerichts eröffnet (Eröffnungsbeschluß; § 27 InsO). Gemäß § 103 InsO steht dem Insolvenzverwalter bei noch nicht vollständig erfüllten Verträgen ein Wahlrecht zu, ob er den Vertrag erfüllt oder nicht.

³ Mit dem Begriff „Auftraggeber“ ist der Bauherr gemeint, soweit nachfolgend nichts anderes beschrieben ist.

sprüche auf Ersatz des etwa entstehenden weiteren Schadens bleiben bestehen (§ 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B).

Für ein korrektes Vorgehen des Bauherrn ist es grundsätzlich unverzichtbar, daß er nach der Entziehung des Auftrags bei einer mit Mängeln behafteten Leistung diese Mängel rügt und den Auftragnehmer zur Mängelbeseitigung in einer angemessenen Frist auffordert (§ 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B), bevor er die Mängel selbst beseitigt.⁴ Mängel, derentwegen nach § 4 Nr. 7 in Verbindung mit § 8 Nr. 3 VOB/B gekündigt wurde, können ohne weitere Fristsetzung im Wege der Ersatzvornahme selbst beseitigt werden, da diese Mängel bereits unter Fristsetzung gerügt wurden.⁵

2.1.2 Zahlungseinstellung des Auftragnehmers als Kündigungsgrund

Stellt der Auftragnehmer seine Zahlungen ein, ist nach § 8 Nr. 2 Abs. 1, 1. Alternative VOB/B ein Kündigungsgrund gegeben. Die VOB/B nimmt hierbei Bezug auf § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO, wonach in der Regel bei der Zahlungseinstellung der allgemeine Eröffnungsgrund der Zahlungsunfähigkeit⁶ vorliegt. Sofern sich der Auftragnehmer im Zustand des nur vorübergehenden Geldmangels, der sogenannten Zahlungsstockung, befindet, liegt noch keine Zahlungseinstellung vor. Den Auftraggeber trifft die Darlegungs- und Beweislast für die Zahlungseinstellung, wenn er die Kündigung hierauf stützt.⁷ Dieser Nachweis ist im Streitfall nur schwer zu führen.⁸ Aus diesem Grund ist diese Kündigung allein wegen Zahlungsunfähigkeit in der Regel nicht zu empfehlen.

2.2 Umgang mit Ansprüchen Dritter

2.2.1 Ansprüche von Subunternehmern

Wenn ein Subunternehmer wegen Zahlungsverzugs seines Auftraggebers (des Auftragnehmers im hier in Rede stehenden Bauvertrag mit dem Bauherrn) die Arbeit einstellt, hat der Bauherr dem Subunternehmer gegenüber keine rechtliche Handhabe, da zwischen ihnen kein vertragliches Schuldverhältnis besteht. Der Bauherr hat aber ein gewichtiges Interesse, daß der Subunternehmer seine Leistungen fortsetzt.

Dem trägt § 16 Nr. 6 VOB/B Rechnung: Hiernach kann der Auftraggeber zur Erfüllung seiner Zahlungsverpflichtungen gegenüber seinem Auftragnehmer an den Subunternehmer zahlen, soweit dieser wegen Zahlungsverzugs seines Auftraggebers die Fortsetzung seiner Leistung zu Recht verweigert⁹ und die Direktzahlung die Fortsetzung der Leistung dem Bauherrn gegen-

⁴ so die gefestigte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH); grundlegend hierzu: Urteil vom 25.06.1987, BauR1987, 689

⁵ Ingenstau/Korbion/Vygen, 15. Auflage, § 8 Nr. 3 VOB/B Rdn. 50

⁶ Eine solche ist gegeben, wenn der Auftragnehmer nicht mehr in der Lage ist, seine fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen (vgl. § 17 Abs. 2 InsO).

⁷ Ingenstau/Korbion/Vygen, a.a.O., § 8 Nr. 2 VOB/B Rdn. 17

⁸ Es ist nicht zu erwarten, daß die Zahlungseinstellung in einem Rechtsstreit unstreitig gestellt wird, da das Unterlassen eines Eigenantrages bei Zahlungsunfähigkeit für die dazu persönlich Verpflichteten mit strafrechtlichen Konsequenzen verbunden sein kann, z.B. nach §§ 283 ff. StGB und § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG.

⁹ Zum Leistungsverweigerungsrecht bei Zahlungsverzug siehe § 16 Nr. 5 Abs. 5 VOB/B. Der Auftragnehmer schließt mit seinem Subunternehmer normalerweise einen VOB/B-Vertrag; siehe auch § 4 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B.

über sicherstellen soll. Ein Rechtsanspruch des Subunternehmers auf die Direktzahlung ist mit § 16 Nr. 6 VOB/B nicht verbunden.¹⁰

Die Anwendung des § 16 Nr. 6 VOB/B ist in der Praxis nicht unproblematisch:

Oft wird übersehen, daß der Auftragnehmer des Bauherrn diesem gegenüber eine fällige Forderung nach § 16 Nr. 1 bis 5 VOB/B haben muß. So hat sich eine Abschlagszahlung am Leistungs- und Abrechnungsstand des Auftragnehmers gegenüber dem Bauherrn und nicht des Subunternehmers gegenüber seinem Auftraggeber zu orientieren.¹¹ Auch muß die Abschlags- bzw. Schlußrechnung des Auftragnehmers prüfbar sein.¹² Dem Auftraggeber obliegt grundsätzlich sogar die Darlegungs- und Beweislast für die Prüffähigkeit der Abrechnung seines Auftragnehmers.¹³

Banken reichen in der abzusehenden wirtschaftlichen Krise des Auftragnehmers Vertragserfüllungsbürgschaften häufig nur noch unter der Bedingung aus, daß die werkvertragliche Vergütung bei ihnen als kontoführender Bank eingeht. Der Bauherr muß eine solche Bürgschaft nicht akzeptieren, da sie nicht dem VOB-Vertrag entspricht. Tut er dies aber dennoch, ist im Falle einer Direktzahlung nach § 16 Nr. 6 VOB/B die spätere Inanspruchnahme der Bank als Bürgin nicht mehr möglich, da die Bedingung nicht eingetreten ist. Der eingetretene Schaden liegt dann im Sicherungsfall in der in vollem Umfang wertlosen Bürgenerklärung, auch wenn in Höhe der Direktzahlung eine Erfüllungswirkung eingetreten ist.

Außerdem hat der Auftragnehmer im Vorfeld einer Insolvenz zumeist bereits in erheblichem Umfang seine werkvertraglichen Vergütungsansprüche abgetreten. Ob in diesem Fall der § 16 Nr. 6 VOB/B noch angewendet werden kann, ist in der Literatur streitig und - soweit ersichtlich - von der obergerichtlichen Rechtsprechung noch nicht entschieden.¹⁴ Es besteht für den Bauherrn die Gefahr, daß er ein zweites Mal in Anspruch genommen wird.

Im übrigen ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Befugnis nach § 16 Nr. 6 VOB/B zur Direktzahlung mit Erfüllungswirkung nicht gegeben, wenn die VOB/B nicht „als Ganzes“ vereinbart wurde¹⁵ und § 16 Nr. 6 VOB/B wegen der dann stattfindenden isolierten Inhaltskontrolle unwirksam ist.¹⁶

Häufig wird sich der Auftragnehmer innerhalb der ihm gesetzten Erklärungsfrist nach § 16 Nr. 6 VOB/B gegenüber dem Bauherrn äußern und Einwendungen gegen den Zahlungsanspruch seines Subunternehmers geltend machen. Dann ist eine Direktzahlung nach § 16 Nr. 6 VOB/B

¹⁰ Dies ist seit dem Urteil des BGH vom 24.04.1986, BauR 1986, 454, gefestigte Rechtsprechung.

¹¹ Ingenstau/Korbion/Locher, a.a.O., § 16 Nr. 6 VOB/B Rdn. 10. Siehe auch § 16 Nr. 1 VOB/B, wonach Abschlagszahlungen in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen zu gewähren sind.

¹² Die Prüfbarkeit ist Fälligkeitsvoraussetzung. Siehe auch Beck'scher VOB-Kommentar, Motzke B § 16 Nr. 6 Rdn. 25. Probleme treten insbesondere auf, wenn Abrechnungsunterlagen, wie z.B. Aufmaße, fehlen.

¹³ Gegebenenfalls kann aber der mögliche Einwand des Auftragnehmers, seine eigene Abrechnung sei nicht prüffähig gewesen, treuwidrig sein. Siehe hierzu auch BGH, Urteil vom 11.11.1999, BauR 2000, 589, zum Architektenrecht: Dort hat der BGH entschieden, daß es hinsichtlich des hinausgeschobenen Verjährungsbeginns bei nicht prüffähiger Schlußrechnung des Architekten nicht ohne weiteres treuwidrig ist, wenn sich der Architekt auf die fehlende Prüffähigkeit seiner eigenen Schlußrechnung beruft.

¹⁴ Ingenstau/Korbion/Locher, a.a.O., § 16 Nr. 6 VOB/B Rdn. 8

¹⁵ Der BGH hat mit Urteil vom 22.01.2004, Az. VII ZR 419/02, entschieden, daß jede vertragliche Abweichung von der VOB/B dazu führt, daß diese nicht „als Ganzes“ vereinbart ist.

¹⁶ BGH, Urteil vom 21.06.1990, BauR 1990, 727

zwar möglich, aber mit erheblichen Risiken verbunden: Der Bauherr müßte im Streitfall darlegen und beweisen, daß der Subunternehmer fällige Zahlungsansprüche in der beglichenen Höhe hatte, denen keine berechtigten Einwendungen gegenüberstanden. Dies zu beweisen wird dem Bauherrn in aller Regel sehr schwer fallen.

Darüber hinaus stellt die Direktzahlung nicht sicher, daß der Subunternehmer tatsächlich weiterarbeitet. Der Bauherr hat ihm gegenüber mangels Vertragsverhältnisses keinen Anspruch auf Leistung und keine Sanktionsmöglichkeiten. Er hat allenfalls wegen des Wegfalls des Leistungsverweigerungsrechts im Verhältnis Subunternehmer/Auftragnehmer die Chance, daß sich der Subunternehmer auf weitere Leistungen einläßt. Das Leistungsverweigerungsrecht des Subunternehmers gegenüber seinem Auftraggeber ist erst dann nicht mehr gegeben, wenn er hinsichtlich der Ansprüche vollständig befriedigt wird, mit denen sich sein Auftraggeber in Verzug befindet. Teilzahlungen reichen nicht aus. Der Auftraggeber sollte sich also erst Gewißheit verschaffen, in welcher Höhe das Leistungsverweigerungsrecht ausgeübt wird und gegebenenfalls noch ausgeübt werden wird, wenn weitere noch fällig werdende Ansprüche im Raum stehen.

Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich für den Auftraggeber, in Abstimmung mit dem Subunternehmer eine Direktzahlung - soweit diese trotz der oben genannten Risiken überhaupt in Betracht zu ziehen ist - an von diesem einzuhaltende Rahmenbedingungen, z.B. den weiteren Baufortschritt, zu knüpfen und damit korrespondierend die Direktzahlung nur in Teilbeträgen zu leisten.

Im übrigen ist das Vorgehen nach § 16 Nr. 6 VOB/B für den Subunternehmer nur dann eine realistische Möglichkeit, das erhaltene Geld behalten zu dürfen, wenn der Insolvenzverwalter¹⁷ im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine innerhalb der insolvenzrechtlichen Anfechtungsfristen erfolgte Direktzahlung nicht mit Erfolg anfecht.¹⁸ Nach § 131 InsO ist eine Anfechtung möglich, weil sie dem Subunternehmer eine Deckung verschafft, auf die er keinen Rechtsanspruch hat.¹⁹ Nach der bisherigen Rechtsprechung trifft im Falle einer späteren Insolvenzanfechtung das wirtschaftliche Risiko nur den Subunternehmer.

Angesichts dieser insolvenzrechtlichen Rückforderungsmöglichkeit werden in Zukunft noch weniger Subunternehmer bereit sein, in der Krise des Auftragnehmers weitere Leistungen auf der Baustelle zu erbringen. Hinzu kommt, daß der Subunternehmer für weitere Leistungen dem Bauherrn gegenüber keinen Zahlungsanspruch erwirbt, sondern im späteren Insolvenzfall nur einen Anspruch gegenüber der sogenannten Insolvenzmasse hat. Dieser wird gegebenenfalls nur mit einer geringen Quote bedient.

¹⁷ Zur Insolvenzanfechtung ist nach § 129 Abs. 1 InsO alleine der Insolvenzverwalter berechtigt. Wird ein Insolvenzverfahren nicht eröffnet, so kann eine Insolvenzanfechtung nicht stattfinden.

¹⁸ Anfechtbar ist nach § 131 InsO eine Rechtshandlung, die einem Insolvenzgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht hat, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte, wenn die Handlung im letzten Monat vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag vorgenommen worden ist oder wenn die Handlung innerhalb des zweiten oder dritten Monats vor dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden ist und der Schuldner zur Zeit der Handlung zahlungsunfähig war oder wenn die Handlung innerhalb des zweiten oder dritten Monats vor dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden ist und dem Gläubiger zur Zeit der Handlung bekannt war, daß sie die Insolvenzgläubiger benachteiligte.

¹⁹ siehe BGH, Beschluß vom 06.06.2002, BauR 2002, 1408
Diese Rechtsprechung geht davon aus, daß der Auftraggeber lediglich mittelbar Beteiligter ist. Sollte die Rechtsprechung zu der Überzeugung gelangen, daß die anfechtbare Rechtshandlung auch in der Ausübung des Wahlrechts nach § 16 Nr. 6 VOB/B selbst liegt, da mit dessen Ausübung die eigene Verbindlichkeit gegenüber dem Auftragnehmer zum Erlöschen gebracht wird, würde durch eine dem Auftraggeber gegenüber zu erklärende Anfechtung diese Erfüllungswirkung nachträglich wegfallen und der Auftraggeber müßte erneut zahlen. Zum Teil wird auch bereits vertreten, daß zumindest bei Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit des Auftragnehmers eine Anfechtung gegenüber dem Auftraggeber durchgreifen müßte, vgl. Brauns, BauR 2003, 307.

Zu empfehlen ist folgendes: Wenn der Auftraggeber den Auftragnehmer in Verzug setzt und nach § 5 Nr. 4 in Verbindung mit § 8 Nr. 3 VOB/B kündigt, kann der Subunternehmer nach entsprechender Beauftragung²⁰ die Arbeiten als Drittfirma fortsetzen. Er erhält dadurch einen unmittelbaren und vor allem werthaltigen werkvertraglichen Vergütungsanspruch. Der Auftraggeber erhält einen neuen, unbelasteten Vertragspartner.

2.2.2 Ansprüche von Materiallieferanten

Der Auftragnehmer ist grundsätzlich nicht nur wegen seiner Arbeitsleistung, sondern auch hinsichtlich der benötigten Materialien vorleistungsverpflichtet.²¹ Hieraus können sich für den in der wirtschaftlichen Krise befindlichen Auftragnehmer bei materialintensiven Baustellen erhebliche Probleme ergeben, wenn der Auftraggeber ihm nicht entsprechende Liquidität mittels Vorauszahlungen²² gewährt oder die Materiallieferanten des Auftragnehmers diesem kein ausreichendes Zahlungsziel einräumen.

a) Der Auftragnehmer wird nicht mehr beliefert

Wenn der Auftragnehmer wegen seiner offenen Zahlungsverpflichtungen nicht mehr beliefert wird, hat der Auftraggeber gegebenenfalls - im Interesse der Baufertigstellung - nachfolgend kurz dargestellte Möglichkeiten:

Der Auftraggeber kann selbst Material beistellen. Dies führt nach § 2 Nr. 4 VOB/B (Selbstübernahme) wegen der Teilkündigungsfolgen nach § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B grundsätzlich zu vermeidbaren Ausgaben. Dies kann aber verhindert werden, wenn mit dem Auftragnehmer vereinbart wird, daß die entfallenden Leistungen auf der Basis der insoweit offenzulegenden Kalkulation nicht vergütet werden. Im übrigen müßte der Auftragnehmer ausdrücklich schriftlich bestätigen, daß er keine Bedenken gegen die Güte der vom Auftraggeber beigestellten Stoffe und Materialien hat (§ 4 Nr. 3 VOB/B). Vom Bauherrn wäre die VOL/A zu beachten.

Eigens angefertigte und bereitgestellte Bauteile sowie auf der Baustelle angelieferte Stoffe und Bauteile gelten als Leistung nach § 16 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B, wenn dem Auftraggeber nach seiner Wahl das Eigentum an diesen Teilen übertragen ist oder entsprechende Sicherheit gegeben wird. Hierfür kann dem Auftragnehmer noch vor dem Einbau eine Abschlagszahlung gewährt werden. Die nötige Abschlagszahlungsbürgschaft wird der in der Krise befindliche Auftragnehmer aber nicht stellen, das Eigentum an dem im Fremdeigentum befindlichen Material grundsätzlich nicht verschaffen können. Soweit sich der Lieferant noch darauf einläßt, wäre die unmittelbare Übereignung dieser Bauteile und Stoffe vom Lieferanten an den Auftraggeber - bei unveränderten schuldrechtlichen Verpflichtungen in den jeweiligen Vertragsverhältnissen - möglich. Zumeist wird dem Auftraggeber vom Lieferanten eine (inhaltlich und betragsmäßig zu begrenzende) Ausfallhaftung abverlangt. Die damit verbundenen Risiken sind offensichtlich, können aber gegebenenfalls durch die damit eintretenden Vorteile (keine Bauzeitverzögerung) aufgewogen werden.

²⁰ gegebenenfalls unter Beachtung der VOL/A

²¹ siehe § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB und § 16 Nr. 1 VOB/B (Abschlagszahlungen für erbrachte Leistungen)

²² Die Vereinbarung von Vorauszahlungen sollte, soweit gewollt, bereits Gegenstand der Ausschreibung sein. Sie müssen vertraglich vereinbart werden, sonst hat der Auftragnehmer hierauf keinen Anspruch. Sie sind durch Bürgschaft abzusichern. Eine Vorauszahlung kann auch nach Vertragsschluß vereinbart werden (vgl. § 16 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B). Dies sollte aber die Ausnahme sein, denn damit ist grundsätzlich eine Wettbewerbsverzerrung verbunden, da sich die Mitbieter hierauf nicht eingestellt hatten, vgl. auch z.B. HAV-KOM, Abschnitt E 3 Nr. 10.

b) Material wird von der Baustelle entfernt

Soweit Material durch Lieferanten von der Baustelle entfernt wird, ist zu unterscheiden:

Bei bereits eingebautem Material ist das Eigentum des Lieferanten durch die Verbindung des Materials mit dem Grundstück untergegangen.²³ Ausbau²⁴ und Abtransport dieses Materials sind gegenüber dem Bauherrn regelmäßig eine Besitzstörung und eine deliktische Eigentumsverletzung. Dagegen kann im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes vorgegangen werden.

Soweit das noch im Eigentum des Lieferanten befindliche Material schon auf die Baustelle geliefert, aber noch nicht eingebaut wurde, kann der Bauherr rechtlich nicht verhindern, daß dieses Material entfernt wird. Er müßte gegebenenfalls vorgehen wie oben unter a) geschildert.

2.2.3 Ansprüche aus Abtretungen und verlängertem Eigentumsvorbehalt

Lieferanten sichern sich üblicherweise dadurch ab, daß sie sich das Eigentum vorbehalten, bis der Kaufpreis vollständig bezahlt ist. Bei den am Bau verwendeten Materialien erlischt das Eigentum des Lieferanten mit dem Einbau. Der normale Eigentumsvorbehalt geht ins Leere. Aus diesem Grund sehen in aller Regel die Geschäfts- und Lieferbedingungen einen sogenannten verlängerten Eigentumsvorbehalt vor. Der Lieferant läßt sich als Ausgleich für den von ihm hingenommenen Verlust seines Eigentums die werkvertragliche Vergütungsforderung gegen den Auftraggeber in Höhe seiner Kaufpreisforderung abtreten. Dies steht oft in Konkurrenz mit anderweitig vom Auftragnehmer vorgenommenen Abtretungen. Die Rechtsverhältnisse hierzu sind zum Teil sehr kompliziert. Eine Klärung kann zumeist (auch wegen der damit oft einhergehenden Rechtsstreitigkeiten) während der Bauzeit nicht erfolgen.

Auf Grund dieser generellen Schwierigkeiten im Zusammenhang mit Abtretungen enthalten die Zusätzlichen Vertragsbedingungen (ZVB) der von der öffentlichen Hand verwendeten Vergabehandbücher zum Schutz des Auftraggebers abgeschwächte Abtretungsverbote: Das führt dazu, daß die Wirksamkeit der Abtretung an bestimmte Förmlichkeiten, an Erklärungen des Alt- und Neugläubigers und bei Teilabtretungen an die Zustimmung des Auftraggebers gebunden ist.²⁵ Die Abtretung ist zwar trotzdem nach § 354 a Satz 1 HGB wirksam, wenn der Auftragnehmer ein Kaufmann im Sinne des HGB²⁶ und der Auftraggeber eine juristische Person des

²³ siehe §§ 946 ff. BGB

²⁴ Der Lieferant wird nicht wieder Eigentümer, wenn die Verbindung zum Bauwerk nachträglich aufgehoben wird.

²⁵ Zum Beispiel lauten die Nrn. 21.1 und 21.2 der ZVB des HAV-KOM wie folgt:
„21.1 Forderungen des Auftragnehmers gegen den Auftraggeber können ohne Zustimmung des Auftraggebers nur abgetreten werden, wenn die Abtretung sich auf alle Forderungen in voller Höhe aus dem genau bezeichneten Auftrag einschließlich aller etwaiger Nachträge erstreckt. Teilabtretungen sind nur mit schriftlicher Zustimmung des Auftraggebers gegen ihn wirksam.
21.2 Eine Abtretung wirkt gegenüber dem Auftraggeber erst, wenn sie ihm vom alten Gläubiger (Auftragnehmer) und vom neuen Gläubiger unter genauer Bezeichnung der auftraggebenden Stelle und des Auftrags unter Verwendung des vorgegebenen Formblattes des Auftraggebers schriftlich angezeigt worden ist und wenn der neue Gläubiger dabei folgende Erklärung abgegeben hat: „Ich erkenne an,
a) daß die Erfüllung der Forderung nur nach Maßgabe der vertraglichen Bestimmungen beansprucht werden kann,
b) daß mir gemäß § 404 BGB die Einwendungen entgegengesetzt werden können, die zur Zeit der Abtretung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren,
c) daß die Aufrechnung mit Gegenforderungen in den Grenzen des § 406 BGB zulässig ist,
d) daß eine durch mich vorgenommene weitere Abtretung gegenüber dem Auftraggeber nicht wirksam ist.
Zahlungen, die der Auftraggeber nach der Abtretung an den Auftragnehmer leistet, lasse ich gegen mich gelten, wenn vom Zugang der Abtretungsanzeige beim Auftraggeber bis zum Tag der Zahlung (Tag der Abgabe oder Absendung des Überweisungsauftrages an die Post oder das Geldinstitut) noch nicht 6 Werktage verstrichen sind. Dies gilt nicht, wenn der die Zahlung bearbeitende Kassenbeamte schon vor Ablauf dieser Frist von der Abtretungsanzeige Kenntnis hatte.“

²⁶ vgl. §§ 1 ff. HGB

öffentlichen Rechts ist. Der Auftraggeber kann aber nach § 354 a Satz 2 HGB dennoch mit befreiender Wirkung an den Auftragnehmer als bisherigen Gläubiger der Werklohnforderung leisten.²⁷

Wenn sich die Kommunen an die in den oben genannten ZVB enthaltenen Regelungen halten, werden die Risiken durch die von Alt- und Neugläubigern vorzulegenden Erklärungen auf ein beherrschbares Maß reduziert. Wenn die geforderten Erklärungen nicht vorgelegt werden, kann der Auftraggeber im Zweifel - sogar trotz gegebenenfalls wirksamer Abtretung - noch an den Auftragnehmer bezahlen.

3. Das insolvenzrechtliche Eröffnungsverfahren

Das insolvenzrechtliche Eröffnungsverfahren beginnt damit, daß ein Insolvenzverfahren beim Insolvenzgericht (Amtsgericht) beantragt wird.²⁸ Das Eröffnungsverfahren dauert an, bis das Insolvenzgericht über die Eröffnung oder die Ablehnung des Insolvenzverfahrens beschließt.

Bei Baumaßnahmen werden aber - ungeachtet des gesetzlichen Leitbilds des Insolvenzrechts - die für ihren Fortgang entscheidenden Maßnahmen nicht erst im späteren Insolvenzverfahren, sondern schon in diesem Eröffnungsverfahren getroffen.

3.1 Der vorläufige Insolvenzverwalter

Das Insolvenzgericht trifft gemäß § 21 Abs. 1 InsO alle Maßnahmen, die erforderlich erscheinen, um bis zur Entscheidung über den Antrag eine den Gläubigern nachteilige Veränderung in der Vermögenslage des Auftragnehmers zu verhüten. Es kann insbesondere einen vorläufigen Insolvenzverwalter bestellen (vgl. § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO).

3.1.1 Der sogenannte „starke“ vorläufige Insolvenzverwalter

Dem sogenannten „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter (vgl. § 22 Abs. 1 InsO) steht anstelle des Auftragnehmers die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis zu. Er hat insbesondere das Vermögen des Auftragnehmers zu sichern und zu erhalten und das Unternehmen bis zur Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens grundsätzlich fortzuführen. Er kann das Unternehmen - mit Zustimmung des Insolvenzgerichts - auch stilllegen (§ 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO), wovon nicht selten Gebrauch gemacht wird. Für Rechtshandlungen ist nunmehr ausschließlich der starke vorläufige Insolvenzverwalter zuständig. Eine Kündigung muß ihm zugehen. Fällige Zahlungen wären auf dessen Anforderung auf das von ihm benannte Anderkonto zu leisten.

²⁷ Z.B. lautet die Nr. 21.4 des HAV-KOM wie folgt: „Ohne Einhaltung der Abtretungsvoraussetzungen nach den Nrn. 21.1 bis 21.3 kann der Auftragnehmer Geldforderungen an einen Dritten abtreten, wenn der Auftragnehmer Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches (HGB) ist und das Rechtsgeschäft, das die Forderung begründet hat, für ihn ein Handelsgeschäft ist (siehe § 354 a Satz 1 HGB). Die Forderungsabtretung entfaltet dann aber keine bindende Wirkung gegenüber dem Auftraggeber; er kann vielmehr weiterhin mit befreiender Wirkung an den Auftragnehmer Zahlungen leisten. Das gilt auch dann, wenn die Forderungsabtretung dem Auftraggeber angezeigt wird oder er anderweitig davon Kenntnis erlangt (siehe § 354 a Sätze 2 und 3 HGB).“

²⁸ Auskunft darüber, ob ein Insolvenzantrag vorliegt und wer diesen aus welchem Antragsgrund heraus gestellt hat, erteilt die Geschäftsstelle des Insolvenzgerichts.

3.1.2 Der sogenannte „schwache“ vorläufige Insolvenzverwalter

Dem sogenannten „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalter steht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners nicht zu. Diese verbleibt noch bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens beim Auftragnehmer. Das Insolvenzgericht bestimmt im Einzelnen die Befugnisse dieses „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalters.

In jedem Falle ist er aber berechtigt, die Geschäftsräume des Schuldners zu betreten und dort Nachforschungen zu betreiben (§ 22 Abs. 3 InsO). Solange der Eröffnungsbeschluß noch nicht ergangen ist, muß eine Kündigung dem Auftragnehmer selbst zugehen.

Zweifel über den Umfang der Befugnisse des vorläufigen Insolvenzverwalters (z.B. ob dieser nach § 22 Abs. 1 oder Abs. 2 InsO bestellt wurde, also ein „starker“ oder ein „schwacher“ vorläufiger Insolvenzverwalter ist) wären beim Insolvenzgericht abzuklären.²⁹

3.2 Die Auswirkungen des Insolvenzantrags auf den VOB-Vertrag

Die Beratungspraxis zeigt, daß manche Bauverwaltungen meinen, ein Unternehmen „in der Insolvenz“ existiere nicht mehr als solches und die Bauverträge hätten sich „erledigt“. Dem kann nicht deutlich genug widersprochen werden. Der Insolvenzantrag hat keine unmittelbare rechtliche Auswirkung auf die Wirksamkeit der vertraglichen Verpflichtungen aus dem Werkvertrag mit dem Auftraggeber.³⁰ Auftraggeber und Auftragnehmer haben den Vertrag nach wie vor uneingeschränkt zu erfüllen, der Insolvenzantrag beeinflusst beispielsweise nicht die Vertragsfristen.

Wenn das Insolvenzgericht ein allgemeines Veräußerungsverbot nach § 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO erlassen hat, kann der Auftraggeber nicht mehr gemäß § 16 Nr. 6 VOB/B mit schuldbefreiender Wirkung an einen Subunternehmer eine Direktzahlung leisten.³¹ Eine dennoch erfolgte Direktzahlung führt zu einem dauerhaften Vermögensschaden beim Auftraggeber, wenn ein Rückforderungsanspruch beim Subunternehmer nicht realisierbar oder sogar gegebenenfalls wegen Kenntnis der Nichtschuld gemäß § 814 BGB ausgeschlossen ist. Die Haftungsfrage wäre zu klären.

3.3 Die Kündigung des Bauvertrags durch den Auftraggeber

Für den Auftraggeber ist es wichtig, sich Klarheit darüber zu verschaffen, ob eine Kündigung des Bauvertrags im Zusammenhang mit der Stellung des Insolvenzantrags nötig bzw. möglich ist und welche Folgen eine Kündigung hat.

3.3.1 Notwendigkeit einer Kündigung

Nicht in jedem Fall ist es nötig, sich vom Vertragsverhältnis zu lösen, da es gegebenenfalls dem vorläufigen Insolvenzverwalter noch möglich ist, den Vertrag abzuwickeln. Dies wäre bei ihm abzufragen. Zwar greift § 103 InsO (Erfüllungswahl zu Gunsten bzw. zu Lasten der späte-

²⁹ Im übrigen ist ein allgemeines Verfügungsverbot vom Insolvenzgericht öffentlich bekanntzumachen. Es wird auch dem Handelsregister mitgeteilt. Siehe hierzu § 23 Abs. 1 und 2 InsO.

³⁰ zum Eröffnungsbeschluß siehe nachfolgend Abschnitt 4

³¹ BGH, Urteil vom 17.06.1999, BauR 1999, 1189

ren Insolvenzmasse) im Eröffnungsverfahren noch nicht Platz. Es ist aber eine der gesetzlichen Aufgaben des vorläufigen Insolvenzverwalters, sich und dem Insolvenzgericht Klarheit darüber zu verschaffen, ob es in der konkreten Situation noch eine Chance dafür gibt, den Betrieb ohne erhebliche Verminderung des Vermögens weiterzuführen oder einzelne Aufträge noch zu erfüllen, um der späteren Insolvenzmasse noch Vermögenswerte zuzuführen.³² Zudem erhalten die Beschäftigten rückwirkend für den Zeitraum von drei Monaten vor Erlass des Eröffnungsbeschlusses auf ihren Antrag hin vom Arbeitsamt das sogenannte Insolvenzgeld gemäß §§ 183 ff. SGB III. Damit ist der vorläufige Insolvenzverwalter für diesen Zeitraum von der Last der Lohnzahlung befreit und kann gegebenenfalls noch ausstehende Restleistungen mit dem verbleibenden Personal durchführen. Dies wird ihm noch dadurch erleichtert, daß der Auftraggeber nach der Rechtsprechung des BGH mit Ansprüchen, die vor dem Eröffnungsantrag entstanden sind, nicht mit Erfolg gegen Forderungen des Schuldners aufrechnen kann, die auf danach vom (vorläufigen) Insolvenzverwalter erbrachten Werkleistungen beruhen.³³

3.3.2 Möglichkeiten einer Kündigung

a) Allgemeine Kündigungsgründe (§ 8 Nr. 3 VOB/B)

Die allgemeinen Kündigungsmöglichkeiten bestehen neben den insolvenzbedingten Kündigungsgründen des § 8 Nr. 2 VOB/B weiter. Für den Fall, daß der vorläufige Insolvenzverwalter das Unternehmen des Auftragnehmers stilllegt, wird vertreten, daß eine Nachfrist entbehrlich sei und der Auftraggeber sofort kündigen könne.³⁴ Dies ist rechtlich problematisch, da von den Instanzgerichten zum Teil die Meinung vertreten wird, die Leistung könne der vorläufige oder endgültige Insolvenzverwalter auch durch Dritte erbringen lassen. Es sind deshalb im Zweifel die nach der VOB/B notwendigen Nachfristen zu setzen.

b) Kündigungsgrund Eigenantrag des Auftragnehmers

Gemäß § 8 Nr. 2 Abs. 1, 2. Alternative VOB/B ist der Auftraggeber berechtigt, den Vertrag zu kündigen, wenn der Auftragnehmer selbst das Insolvenzverfahren beantragt (Eigenantrag). Nur wenn der Auftragnehmer zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung den Antrag beim Insolvenzgericht schon gestellt hat - dies sollte bei der dortigen Geschäftsstelle geklärt werden -, ist eine hierauf gestützte Kündigung wirksam.³⁵ Kündigungen auf Verdacht, etwa weil die örtliche Presse von einem Insolvenzantrag berichtet hat, sind zu vermeiden.

Sollte ausnahmsweise der Auftragnehmer seinen Eigenantrag beim Insolvenzgericht zurückziehen, verbleibt es dabei, daß die auf den Eigenantrag gestützte Kündigung wirksam ist.

Der Kündigungsgrund muß beim Vertragspartner vorliegen. Auch hierüber sollte sich der Auftraggeber beim Insolvenzgericht Gewißheit verschaffen. Rechtlich selbständige Gesellschaften sind isoliert zu betrachten: Zum Beispiel wirkt der Antrag der Konzernmutter nicht für deren Tochterunternehmen und umgekehrt. Besonderes Augenmerk ist auf die exakte firmenrechtli-

³² siehe § 22 Abs. 1 Nr. 2 und § 22 Abs. 1 Nr. 3, 2. Halbsatz InsO (Fortführungsgutachten)

³³ vgl. BGH, NJW-RR 2002, 262 (dort zur vergleichbaren Situation nach der von der Insolvenzverordnung abgelösten Gesamtvollstreckungsordnung)

³⁴ z.B. Heidland, Der Bauvertrag in der Insolvenz, Rdn. 936

³⁵ Die Kündigung ist ansonsten nur wirksam, wenn sie in eine ordentliche Kündigung nach § 8 Nr. 1 VOB/B umgedeutet werden kann, etwa weil der Auftraggeber erkennbar auch ohne diesen Kündigungsgrund die Kündigung aussprechen wollte. Dann besteht aber die für den Auftraggeber schmerzliche Folge der Vergütungspflicht nach § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B, weshalb er bei der Kündigung gegebenenfalls klarstellen muß, daß er sie nicht als ordentliche verstanden wissen will.

che Bezeichnung zu legen. Im Zweifel sollte bei Gesellschaften die Handelsregisternummer zur Identifizierung herangezogen werden. Soweit auf der Auftragnehmerseite eine ARGE beauftragt ist und der insolvenzbedingte Kündigungsgrund nur bei einem der ARGE-Partner vorliegt, ist es rechtlich fraglich, ob eine Kündigung gegenüber der ARGE möglich ist.³⁶ Letztlich kann dies dahinstehen, da die weiteren Vertragspartner als Gesamtschuldner zur Vertragserfüllung verpflichtet sind, für eine Kündigung daher keine Notwendigkeit besteht. In der Praxis werden in diesen Fällen die weiteren ARGE-Partner regelmäßig von dem nach den ARGE-Musterverträgen für solche Fälle vorgesehenen Ausschlußrecht gegenüber dem betreffenden ARGE-Mitglied Gebrauch machen³⁷ und die Baumaßnahme als Rest-ARGE fortführen.

c) Kündigungsgrund Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse

Gemäß § 8 Nr. 2 Abs. 1, 4. Alternative VOB/B kann der Auftraggeber den Vertrag kündigen, wenn es das Insolvenzgericht mangels Masse ablehnt, das Insolvenzverfahren zu eröffnen. Dieser Kündigungsgrund hat in der Praxis kaum selbständige Bedeutung. Er ist insolvenzrechtlich nur dann bedeutsam, wenn ein ansonsten begründeter Gläubigerantrag mangels Masse nicht zur Verfahrenseröffnung führt. Zum anderen wird in diesem Fall die wirtschaftliche Stellung des Auftragnehmers schon so aussichtslos sein, daß ihm ohnehin schon wegen Terminverzugs gekündigt wurde (siehe oben § 8 Nr. 3 VOB/B).

3.3.3 Rechtsfolgen der Kündigung unter besonderer Berücksichtigung des § 8 Nr. 2 VOB/B

Sobald die schriftliche Kündigungserklärung wirksam wird,³⁸ zerfällt der Bauvertrag rechtlich in einen erfüllten Teil, für den grundsätzlich die vereinbarte Vergütung zu bezahlen ist (siehe § 8 Nr. 2 in Verbindung mit § 6 Nr. 5 VOB/B), und in einen nicht ausgeführten Teil, für den an die Stelle des Erfüllungseines Schadensersatzanspruch nach § 8 Nr. 2 VOB/B tritt.³⁹

a) Restfertigstellung der Leistungen

Nach der Kündigung ist der Bauherr berechtigt, ohne weiteres die Bauleistung als solche durch Dritte fertigstellen zu lassen⁴⁰ (wegen der davon zu trennenden Mängelbeseitigung an bereits ausgeführten Teilen siehe sogleich nachfolgend b) und eventuelle Mehrkosten der Restfertigstellung als Schadensersatz mit dem werkvertraglichen Vergütungsanspruch zu verrechnen.

b) Das Recht des Auftragnehmers zur Mängelbeseitigung (Nacherfüllung)

Auch nach der Kündigung des Werkvertrages steht dem Auftragnehmer bzw. dem vorläufigen Insolvenzverwalter noch das Recht zur Mängelbeseitigung (Nacherfüllung) an der erbrachten Teilleistung zu.⁴¹ Die Kündigung beendet nämlich das Vertragsverhältnis nur für die Zukunft, nicht aber für die Vergangenheit. Entgegen einer in der Praxis weit verbreiteten Ansicht darf

³⁶ Ingenstau/Korbion/Vygen, a.a.O., § 8 Nr. 2 VOB/B Rdn. 7

³⁷ Eine Gesellschaft wäre nach § 728 Abs. 2 BGB ansonsten nämlich aufgelöst, sobald das Insolvenzverfahren eröffnet wird.

³⁸ Siehe § 8 Nr. 5 VOB/B: Die Kündigung ist schriftlich zu erklären.

³⁹ gefestigte Rechtsprechung, vgl. jüngst OLG Hamm, Urteil vom 10.05.2002, BauR 2003, 115, 117 mit Bezugnahme auf BGHZ 68, 379, 381

⁴⁰ Für den Auftrag zur Fertigstellung an Dritte ist die VOB/A zu beachten.

⁴¹ grundlegend: BGH, Urteil vom 25.06.1987, BauR 1987, 689

der Auftraggeber nach der Kündigung die durch Beauftragung eines Dritten entstandenen Mängelbeseitigungskosten nicht einfach als Schadensersatz nach § 8 Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 VOB/B vom Restwerklohn abziehen. Der Auftraggeber muß den Auftragnehmer vielmehr zur Mängelbeseitigung innerhalb angemessener Frist auffordern. Dies gilt auch dann, wenn der Auftragnehmer seine Arbeiter bereits abgezogen haben sollte.

Für das weitere Vorgehen ist nach der neuesten höchstrichterlichen Rechtsprechung⁴² entscheidend, ob die erbrachten Teilleistungen nach der Kündigung bereits abgenommen wurden oder nicht.⁴³ Die Abnahme nach § 8 Nr. 6 VOB/B - welcher bislang nur eine technische Funktion im Sinne einer Leistungsstandsabgrenzung beigemessen wurde - wurde aufgewertet und wird nunmehr als echte rechtsgeschäftliche Abnahme im Sinne von § 12 VOB/B verstanden.⁴⁴ Nach dieser Rechtsprechung endet die Erfüllung des gekündigten Vertrags - wie bei einem nicht gekündigten Vertrag - erst mit der Abnahme. Die Abnahme hat die gleiche Funktion wie im nicht gekündigten Vertrag. Sie dient dazu, festzustellen, ob die (aufgrund der Kündigung beschränkte) Werkleistung des Auftragnehmers vertragsgemäß erbracht wurde.⁴⁵

Die Abnahme kann nur bei Abnahmereife verlangt werden. Diese ist nicht gegeben, wenn die bis zur Kündigung erbrachte Leistung mit wesentlichen Mängeln behaftet ist (§ 12 Nr. 3 VOB/B).

aa) Fallkonstellation: Die erbrachte Leistung wurde nach der Kündigung bereits abgenommen

Die Abnahme hat unter anderem die Folge, daß dem Auftraggeber wegen der Mängel an der erbrachten Teilleistung der Anspruch aus § 13 Nr. 5 VOB/B auf Mängelbeseitigung zusteht. Er darf aber auch im Falle einer bereits ausgesprochenen Kündigung die Mängel erst dann selbst beseitigen (lassen), wenn er den Auftragnehmer zur Mängelbeseitigung in einer angemessenen Frist aufgefordert hat und der Auftragnehmer diese Frist fruchtlos verstreichen hat lassen. Dies ist keine Besonderheit der Folgen einer Kündigung aus § 8 Nr. 2 VOB/B. Denn für § 13 Nr. 5 VOB/B gilt generell, daß der Auftraggeber sich nicht vertragsgerecht verhält, wenn er den Mangel selbst beseitigen läßt, ohne den Auftragnehmer zur Nacherfüllung durch Mängelbeseitigung unter Fristsetzung aufgefordert zu haben. Auch ist das Recht des Auftragnehmers, die Mängel zu beseitigen, nicht bereits durch den Insolvenzantrag entfallen, da die Mängelbeseitigungskosten von dem Schadensersatzanspruch nach § 8 Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 VOB/B, wie bereits oben dargestellt, nicht umfaßt werden.⁴⁶

Lediglich in eng begrenzten Ausnahmefällen gelingt der Nachweis, daß die Mängelrüge mit Fristsetzung eine reine Förmelerei gewesen wäre. Soweit ohne vorhergehende Mängelrüge und Fristsetzung mit der Mängelbeseitigung begonnen wurde, wäre die Haftungsfrage gegenüber dem Veranlasser zu stellen, da der Auftragnehmer nicht zum Ersatz der entstandenen Aufwendungen verpflichtet ist.

⁴² BGH, Urteil vom 19.12.2002, BauR 2003, 689 - 693

⁴³ Die Kündigung selbst ist keine konkludente Abnahme. Eine fiktive Abnahme nach § 12 Nr. 5 VOB/B kommt bei einem gekündigten Vertrag nicht in Betracht (BGH, Urteil vom 19.12.2002, BauR 2003, 689).

⁴⁴ Abnahme ist die (körperliche) Entgegennahme der Werkleistung, verbunden mit der Erklärung des Auftraggebers, daß er das hergestellte Werk als im wesentlichen vertragsgerecht billige; vgl. Ingenstau/Korbion/Oppler, a.a.O., § 12 VOB/B Rdn. 6.

⁴⁵ Zudem hat die Abnahme insbesondere Einfluß auf den Beginn der Gewährleistungsfrist, die Beweislast für das Vorliegen von Mängeln, die Gefahrtragung, den möglichen Ausschluß von Vertragsstrafen, den evtl. Ausschluß von Gewährleistungsansprüchen sowie den Beginn des Abrechnungsstadiums.

⁴⁶ OLG Brandenburg, Urteil vom 06.12.2002, BauR 2003,1404

Zu empfehlen ist folgendes:

Bereits im Abnahmeprotokoll hat der Auftraggeber definitive angemessene Fristen zur Mängelbeseitigung der bei der Abnahme festgestellten Mängel zu setzen. Auf § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B ist hierbei hinzuweisen. Damit diese Fristsetzungen wirksam werden und nachgewiesen werden können, muß das Abnahmeprotokoll in einer Ausfertigung mit allen Anlagen, auf denen die festgestellten Mängel im einzelnen vermerkt und nach ihrem Erscheinungsbild genau beschrieben sind, dem vorläufigen Insolvenzverwalter bzw. dem Auftragnehmer⁴⁷ (möglichst gegen Empfangsbekanntnis) ausgehändigt werden. Falls der vorläufige Insolvenzverwalter bzw. der Auftragnehmer die im Abnahmeprotokoll aufgeführten Mängel nicht bestreiten, sollte das schriftliche Anerkenntnis der Mängel, gegebenenfalls auch auf dem Abnahmeprotokoll, abverlangt werden. Falls die Mängel bestritten oder nicht anerkannt werden, wäre gegebenenfalls eine gerichtsverwertbare Dokumentation nötig. Praktikabel wäre, z.B. einen öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen mit der Mängelerfassung und Dokumentation zu beauftragen. Die IHK und die Handwerkskammern führen Listen über die in ihrem Bereich bestellten Sachverständigen.

bb) Fallkonstellation: Die erbrachte Leistung wurde nach der Kündigung noch nicht abgenommen

Diese Fallkonstellation kann zu rechtlichen Problemen führen. Stellt der Auftraggeber bei der beabsichtigten Abnahme der ausgeführten Leistungen wesentliche Mängel fest oder sind ihm solche bereits anderweitig bekannt, kann er die Abnahme bis zur Beseitigung dieser Mängel verweigern (§ 12 Nr. 3 VOB/B). Er sollte die Abnahme in diesem Fall wegen der weitreichenden Rechtsfolgen einer Abnahme verweigern und sich nicht auf eine Abnahme „ins Blaue hinein“ einlassen.⁴⁸ Der Auftraggeber muß dem bereits gekündigten Auftragnehmer nach § 4 Nr. 7 VOB/B eine angemessene Frist zur Beseitigung der im einzelnen zu rügenden Mängel setzen und erklären, daß er ihm nach fruchtlosem Ablauf der Frist das Nachbesserungsrecht an den gerügten Mängeln (Anmerkung: nicht „den Auftrag“) entziehe, um sodann den Vertrag hinsichtlich dieser dem Auftragnehmer zustehenden Mängelbeseitigungsrechte noch eigens zu kündigen.⁴⁹

Dieses Vorgehen ist die rechtsdogmatische Konsequenz aus der Tatsache, daß zwar die noch ausstehenden Restleistungen bereits „weggekündigt“ wurden, mangels Abnahme der erbrachten Leistungen diese aber noch nicht endgültig erfüllt sind. Sogar nachdem der Auftragnehmer seine Arbeiter von der Baustelle abgezogen oder gar den Betrieb stillgelegt hat, ist dieses Vorgehen rechtlich noch nötig, da der Auftragnehmer bzw. der (vorläufige) Insolvenzverwalter die Nacherfüllung grundsätzlich auch Dritten übertragen könnte.

Eine höchstrichterliche Entscheidung darüber, ob die dargestellte Doppelkündigung (also Kündigung des Vertrages und später Kündigung des Mängelbeseitigungsrechts an der erbrachten Teilleistung) nötig ist oder nicht, liegt noch nicht vor. Trotz aller dagegen von Teilen der Kommentarliteratur geübten Kritik⁵⁰ kann einem Auftraggeber vor der Eröffnung des Insolvenz-

⁴⁷ falls nur ein sogenannter schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt wurde; siehe Abschnitt 3.1.2

⁴⁸ siehe oben Fußnoten 44 und 45

⁴⁹ vgl. Ingenstau/Korbion/Vygen, a.a.O., § 8 Nr. 2 VOB/B Rdn. 30 und Schmitz, Der Baukonkurs, 1. Auflage 1999, Rdn. 24, sowie Beck'scher VOB-Kommentar, Motzke, § 8 Nr. 1 B Rdn. 9

⁵⁰ Ingenstau/Korbion/Vygen, a.a.O., § 8 Nr. 2 VOB/B Rdn. 30

verfahrens derzeit nur empfohlen werden, bei wesentlichen Mängeln⁵¹ der erbrachten Teilleistungen diese weitere Kündigung auszusprechen.⁵²

Da mangels Abnahme meistens gemeinsame Mängelfeststellungen fehlen, sollte der Auftraggeber, bevor er Mängel selbst beseitigt, sicherstellen, daß der Leistungsstand vor Ort gemeinsam ermittelt und beweiskräftig dokumentiert wird. Sollten bei einer solchen Leistungsstandsermittlung der vorläufige Insolvenzverwalter bzw. der Auftragnehmer die Mängel bestreiten, kann eine beweiskräftige Dokumentation - wie bereits oben bei aa) vorgeschlagen - durch einen öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen erfolgen. Damit wird vermieden, daß der Auftragnehmer bei einer wegen wesentlicher Mängel verweigerten Abnahme später in Beweisnot gerät und zu seinen Gunsten Regelungen zur Beweislastumkehr angewandt werden, weil der Auftraggeber im Wege der Selbstvornahme die Mängel durch einen Dritten hat beseitigen lassen.⁵³

c) Abrechnung des Auftragnehmers

aa) Aufmaß

Als bald nach der Kündigung kann der Auftragnehmer vom Auftraggeber das gemeinsame Aufmaß der von ihm ausgeführten Leistungen verlangen (§ 8 Nr. 6 VOB/B). Das Aufmaß ist eine sachliche Voraussetzung für eine prüfbare Abrechnung nach § 14 VOB/B. Mit dem Aufmaß sollen die vom Auftragnehmer bis zur Kündigung ausgeführten Leistungsteile im Einzelnen festgestellt werden, um beim Einheitspreisvertrag die nach dem Vertrag geschuldete Vergütung für die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen ermitteln zu können. Das Aufmaß ist auch beim gekündigten Pauschalvertrag erforderlich, um den Umfang der bis zur Kündigung erstellten Leistung festzustellen und eine anteilige Pauschale berechnen zu können.⁵⁴

Die Parteien eines VOB/B-Vertrages sind nach § 14 Nr. 2 VOB/B verpflichtet, notwendige Aufmäße möglichst gemeinsam zu erstellen. Verletzt eine Vertragspartei diese Mitwirkungspflicht trotz Aufforderung, muß sie im Streitfall die gegebenenfalls einseitig getroffenen Feststellungen der anderen Vertragspartei, soweit diese wegen Weiterbaus nicht mehr nachprüfbar sind, widerlegen.⁵⁵ Ohnehin liegt es im eigenen Interesse des Auftraggebers, die Schnittstelle zwischen den Leistungsbereichen des gekündigten Auftragnehmers und der Ersatzfirma zu klären.

bb) Schlußrechnung

Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bedurfte es im Falle der Kündigung für die Fälligkeit der Schlußrechnung nicht der Abnahme.⁵⁶ Ob dies aufrechterhalten wird,

⁵¹ Wenn die Mängel nicht wesentlich sind, muß die Teilleistung ohnehin abgenommen werden (§ 640 Abs. 1 Satz 1 BGB). Bei der Beseitigung der nicht wesentlichen Mängel ist vorzugehen wie unter aa) geschildert.

⁵² Ingenstau/Korbion/Vygen, a.a.O., § 8 Nr. 2 VOB/B Rdn. 30

⁵³ vgl. Kammergericht, BauR 2003, 726

⁵⁴ Ingenstau/Korbion/Vygen, a.a.O., § 8 Nr. 6 VOB/B Rdn. 9

⁵⁵ OLG Naumburg, Urteil vom 10.05.2002, BauR 2003, 115

⁵⁶ BGH, Urteil vom 09.10.1986, BauR 1987, 95

bleibt angesichts der jüngsten Rechtsprechung⁵⁷ zur Aufwertung der Abnahme nach § 8 Nr. 6 VOB/B abzuwarten.⁵⁸

Der Auftragnehmer hat nach § 8 Nr. 6 2. Halbsatz VOB/B unverzüglich eine prüfbare Rechnung über die ausgeführten Leistungen vorzulegen. Auch unfertige Werkleistungen bedürfen einer prüfbaren Abrechnung nach § 14 VOB/B.⁵⁹

Soweit der Auftragnehmer bzw. der vorläufige Insolvenzverwalter seiner Verpflichtung, prüfbar abzurechnen, nicht nachkommt, kann der Auftraggeber die Schlußrechnung nach § 14 Nr. 4 VOB/B selbst erstellen. Das ist vor allem notwendig, wenn möglicherweise bereits Überzahlungen vorliegen. Ist das nicht der Fall und ist absehbar, daß die Kosten einer evtl. selbst durchgeführten Mängelbeseitigung (Nacherfüllung) erst in dem späteren Insolvenzverfahren (also ab dem Eröffnungsbeschuß) bezifferbar und damit aufrechenbar sind, besteht für den Auftraggeber kein Anlaß, die Schlußrechnung schon vor der Aufrechnungsmöglichkeit aufzustellen.⁶⁰

Sofern sich bei einem Abgleich der geprüften Abrechnung des Auftragnehmers mit den geleisteten Zahlungen eine Überzahlung ergibt, sind deren Ursachen zu ermitteln. Beruht eine Überzahlung, die zu einem Vermögensschaden beim Auftraggeber führt, auf zu vertretender Schlechtleistung des die Rechnung Prüfenden, stellt sich die Haftungsfrage.

cc) Gegenforderungen des Auftraggebers

aaa) Mehrkosten der Restfertigstellung

Der Auftraggeber hat dem gekündigten Auftragnehmer gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 4 VOB/B die Mehrkosten und andere Ansprüche spätestens binnen zwölf Werktagen nach Abrechnung mit dem Dritten darzulegen und seinerseits prüfbar abzurechnen. Seinen diesbezüglichen Schadensersatzanspruch nach § 8 Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 VOB/B kann er mit dem Werklohnanspruch für den vor der Vertragsbeendigung erfüllten Teil der werkvertraglichen Leistung verrechnen.⁶¹ Der Schadensersatzanspruch umfaßt auch Kosten eines Baustillstands nach der Kündigung.⁶²

Es führt immer wieder zu Streit, wenn der Auftraggeber nach der Kündigung eines Einheitspreisvertrags die Restleistungen von einer Ersatzfirma nicht mittels Einheitspreisvertrags, sondern mittels Stundenlohnvereinbarung ausführen läßt. Sofern in diesem Fall nicht eine genaue Beschreibung der ausgeführten Tätigkeiten durch Regiezettel dokumentiert ist, anhand derer im Nachhinein die Zuordnung zum Leistungsverzeichnis möglich ist, ist ein Nachweis von Mehrkosten vor Gericht regelmäßig kaum möglich. Erschwerend kommt hinzu, daß Mehrleistungen sowie geänderte und zusätzliche Leistungen gegenüber den Vordersätzen des Leistungsverzeichnisses als Ohnehin-Leistungen aus den Regieleistungen herauszurechnen sind.

⁵⁷ BGH, Urteil vom 19.12.2002, BauR 2003, 689

⁵⁸ siehe Acker/Roskosny, BauR 2003, 1279

⁵⁹ BGH, Urteil vom 09.10.1986, BauR 1987, 95

⁶⁰ zur Aufrechnungssituation im späteren Insolvenzverfahren siehe unten 4.3.2 b)

⁶¹ Die Verrechnung des Schadensersatzanspruches ist insolvenzrechtlich nicht durch § 96 Abs. 1 InsO ausgeschlossen, da es sich um einen Nichterfüllungsschaden handelt (sogenannter kleiner Schadensersatzanspruch, vgl. § 281 Abs. 1, §§ 249 ff. BGB und Palandt, 60. Auflage, § 387 BGB, Rdn. 2), der ein unselbständiger Rechnungspos-ten ist. Siehe auch Ingenstau/Korbion/Vygen, a.a.O., § 8 Nr. 2 VOB/B Rdn. 27.

⁶² Ingenstau/Korbion/Vygen, a.a.O., § 8 Nr. 2 VOB/B Rdn. 27

Sollten Mehrkosten dadurch entstehen, daß die Leistungen beim Ersatzunternehmen teurer sind als beim gekündigten Auftragnehmer (z.B. wegen Preissteigerungen, kleinerer Mengen oder erneuter Baustelleneinrichtung), sind diese bei berechtigtem Anspruch Teil des geschuldeten Schadensersatzes.⁶³ Dies gilt auch, wenn Nachtragsleistungen⁶⁴ auch beim gekündigten Auftragnehmer angefallen wären und wegen eines höheren Vertragspreisgefüges bei der Ersatzfirma teurer werden als dies beim gekündigten Auftragnehmer der Fall gewesen wäre.⁶⁵

bbb) Mängelbeseitigungskosten

Unbedingt sollte der Auftraggeber die Mängelbeseitigungsleistung getrennt abrechnen, auch wenn diese Leistungen in der Regel im Wege der Ersatzvornahme an denselben Dritten vergeben werden wie die Leistungen für die Restfertigstellung. Die erstattungsfähigen Kosten der Mängelbeseitigung sind, soweit notwendig, in vollem Umfang ansatzfähig, während bei den Restfertigstellungskosten nur die Mehrkosten anzusetzen sind.

Die Brutto-Mängelbeseitigungskosten (beim nicht vorsteuerabzugsberechtigtem Auftraggeber) gehören zu den geschuldeten Aufwendungen, die zu ersetzen sind.⁶⁶ Der diesbezügliche Erstattungsanspruch⁶⁷ ist im Gegensatz zu dem Schadensersatzanspruch wegen der Mehrkosten der Restfertigstellung zwar nicht verrechenbar, da die Mängelbeseitigungskosten nicht nur unselbständige Rechnungsposten sind; er ist aber aufrechenbar.⁶⁸ Können die Mängelbeseitigungskosten erst nach der Insolvenzeröffnung, aber noch vor oder zumindest gleichzeitig mit der Fälligkeit der Schlußrechnung des Insolvenzverwalters beziffert werden, ist eine Aufrechnung unproblematisch. Können die Mängelbeseitigungskosten aber erst nach der Fälligkeit der Schlußrechnung des Insolvenzverwalters beziffert werden, ist nach dem Wortlaut des § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO die Aufrechnung ausgeschlossen.⁶⁹ Auf die dadurch entstehenden Probleme wird im Abschnitt 4 näher eingegangen.

d) Inanspruchnahme von Bürgen

Die Bürgenhaftung ist weder durch die auftraggeberseitige Kündigung noch dadurch eingeschränkt, daß ein Insolvenzverfahren eröffnet wird.⁷⁰

⁶³ zur Abrechnung nach § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B, BGH, Urteil vom 25.11.1999, BauR 2000, 571

⁶⁴ Nachtragsleistungen nach § 1 Nr. 3 in Verbindung mit § 2 Nr. 5 oder nach § 1 Nr. 4 S. 1 in Verbindung mit § 2 Nr. 6 VOB/B.

⁶⁵ siehe § 2 Nr. 5 und 6 VOB/B.

⁶⁶ Ingenstau/Korbion/Wirth, a.a.O., § 13 Nr. 5 VOB/B Rdn. 170

⁶⁷ Ingenstau/Korbion/Wirth, a.a.O., § 13 Nr. 5 VOB/B Rdn. 172

⁶⁸ Beck'scher VOB-Kommentar, Motzke, § 8 Nr. 1 B Rdn. 9

⁶⁹ siehe Ingenstau/Korbion/Vygen, a.a.O., § 8 Nr. 2 VOB/B Rdn. 39

⁷⁰ vgl. Ingenstau/Korbion/Joussen, a.a.O., § 17 Nr. 8 VOB/B Rdn. 26

4. Das Insolvenzverfahren

4.1 Der Insolvenzverwalter

Die im Eröffnungsverfahren getroffenen Sicherungsmaßnahmen (siehe oben Abschnitt 3.1) enden automatisch mit der Insolvenzeröffnung. Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht geht auf den vom Insolvenzgericht im Eröffnungsbeschuß bestimmten Insolvenzverwalter über (§ 80 InsO).⁷¹

4.2 Der Eröffnungsbeschuß und seine wesentlichen Wirkungen

Verfügungen des Auftragnehmers sind ab Erlaß des Eröffnungsbeschlusses unwirksam, Leistungen an ihn grundsätzlich nicht mehr schuldbefreiend (§§ 81 und 82 InsO).⁷² Das gesamte Vermögen des Auftragnehmers und alles was er während des Insolvenzverfahrens erlangt, gehört nunmehr zur sogenannten Insolvenzmasse (§§ 35 und 36 InsO).

Soweit zur Feststellung von Baumängeln ein selbständiges Beweisverfahren gerichtlich anhängig ist, wird dieses durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht unterbrochen.⁷³

4.3 Die Auswirkungen der Verfahrenseröffnung auf den Bauvertrag

4.3.1 Grundsatz: Die Durchsetzbarkeit der noch bestehenden Erfüllungsansprüche ist gehemmt

Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erlöschen die gegenseitigen vertraglichen Erfüllungsansprüche mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht.⁷⁴

Diese sind lediglich nicht mehr durchsetzbar; es entsteht eine Art insolvenzrechtlicher Schwebezustand, der bei noch nicht vollständig erfüllten Verträgen nach § 103 InsO erst mit der Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters oder nach fruchtlosem Ablauf einer dem Insolvenzverwalter vom Auftraggeber gesetzten Frist aufgelöst wird.

⁷¹ In aller Regel wird der vorläufige Insolvenzverwalter vom Insolvenzgericht auch zum Insolvenzverwalter bestellt.

⁷² Konsequenterweise entfällt die Berechtigung des Auftraggebers nach § 16 Nr. 6 VOB/B, mit schuldbefreiender Wirkung an Subunternehmer Zahlungen zu leisten, spätestens mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Auftragnehmers (BGH, Urteil vom 24.04.1986, BauR 1986, 454), wenn nicht ohnehin bereits ein allgemeines Veräußerungsverbot im Eröffnungsverfahren erlassen wurde (BGH, Urteil vom 17.06.1999, BauR 1989, 1189). Siehe hierzu auch Ingenstau/Korbion/Locher, a.a.O., § 16 Nr. 6 VOB/B Rdn. 20.

⁷³ nunmehr vom BGH mit Beschluß vom 11.12.2003, BauR 2004, 531, klargestellt

⁷⁴ BGH, Urteil vom 25.04.2002, BauR 2002, 1264 (Grundsatzurteil und Kehrtwende in der Rechtsprechung). Der BGH hatte zuvor zur Vorläufernorm des § 103 InsO, dem § 17 KO, in bislang gefestigter Rechtsprechung entschieden, daß ein gegenseitiger und von beiden Seiten noch nicht vollständig erfüllter Vertrag durch die Verfahrenseröffnung automatisch umgestaltet werde und der Erfüllungsanspruch erlösche. An seine Stelle trete der einseitige Anspruch des Bestellers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, der lediglich eine Insolvenzforderung sei und im Abrechnungsverhältnis mit den der Masse noch zustehenden Forderungen verrechnet werde. Allein die Willenserklärung des Verwalters, den Vertrag zu erfüllen, lasse den untergegangenen Anspruch gegen den Vertragspartner wieder entstehen, indem sie ihn mit dem bisherigen Inhalt neu begründe. Siehe auch Ingenstau/Korbion/Vygen, a.a.O., § 8 Nr. 2 VOB/B Rdn. 42 und 43.

4.3.2 Fallkonstellation: Der Auftraggeber hat den Vertrag bereits gekündigt oder kündigt nach Eröffnung des Verfahrens

Der Insolvenzverwalter muß eine wirksam ausgesprochene Kündigung hinnehmen. Er kann diese nicht durch Wahl der Erfüllung nach § 103 InsO zunichte machen.⁷⁵

Nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B kann der Auftraggeber den Vertrag auch dann noch kündigen, wenn das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Auftragnehmers eröffnet oder wenn der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt wurde. Der Auftraggeber muß dieses Kündigungsrecht unverzüglich nach Erlass des Eröffnungsbeschlusses ausüben, da er es ansonsten verwirken oder - wegen der Möglichkeit des Insolvenzverwalters, die Erfüllung zu wählen - verlieren kann⁷⁶. Die Kündigung muß dem Insolvenzverwalter zugehen, da nur ihm die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das vom Insolvenzverfahren umfaßte Vermögen des Auftragnehmers zusteht. Soweit die Leistung zwischenzeitlich - gegebenenfalls vom vorläufigen Insolvenzverwalter - abnahmereif⁷⁷ erbracht wurde, scheidet eine Kündigung aus.⁷⁸

Ergänzend zu den Ausführungen unter 3.3.3 ist bei der Abrechnung des Auftragnehmers zu beachten:

a) Mehrkosten der Restfertigstellung

Mehrkosten für die Restfertigstellung können nach Kündigung im Rahmen der Abrechnung nach § 8 Nr. 6 VOB/B verrechnet werden, wobei unerheblich ist, ob die Restfertigstellungsarbeiten bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bei einem Dritten in Auftrag gegeben worden und wie weit sie im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung bereits vorangeschritten waren. Entscheidend ist ausschließlich, daß der Auftraggeber den Vertrag vor der Insolvenzeröffnung bzw. vor der Erfüllungswahl durch den Konkursverwalter gekündigt hat. Denn durch die Kündigung hat er ein ihm nicht mehr entziehbares Recht erhalten, die Arbeiten durch einen Dritten ausführen zu lassen und die Mehrkosten als Schadensersatz geltend zu machen.

b) Mängelbeseitigungskosten und deren Aufrechnung

Ist das Recht des Auftraggebers zur Selbstbeseitigung gerügter Mängel nach Rüge und erfolglosem Fristablauf bereits entstanden, wird es durch die Verfahrenseröffnung nicht eingeschränkt. Ist dieses Recht bei Verfahrenseröffnung noch nicht entstanden, ist zu beachten:

Der Mängelbeseitigungsanspruch des § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B ist durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht erloschen, sondern zunächst nicht durchsetzbar (siehe oben).

Wenn der Insolvenzverwalter die Mängelbeseitigung an der vom Auftragnehmer erbrachten Teilleistung nicht von sich aus ernsthaft und endgültig ablehnt, ist er unter angemessener Fristsetzung aufzufordern, die gerügten Mängel zu beseitigen. Diese Fristsetzung ermöglichen so-

⁷⁵ Es ist hierbei unerheblich, aus welchem Grund die Kündigung erfolgte.

⁷⁶ siehe Huber, Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 2 § 119 Rdn. 42

⁷⁷ Ingenstau/Korbion/Vygen, a.a.O., § 12 VOB/B Rdn. 6

⁷⁸ vgl. Beck'scher VOB-Kommentar, Motzke, § 8 Nr. 2 Rdn. 26 und § 8 Nr. 1 Rdn. 27

wohl § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B als auch § 103 Abs. 2 InsO. Lehnt der Insolvenzverwalter die Mängelbeseitigung ab, verliert er das Recht auf die Beseitigung der Mängel.⁷⁹

Im Unterschied zur Situation vor der Verfahrenseröffnung (oben 3.3.3 b) bb)) spielt die Frage einer „Doppelkündigung“ bei noch nicht abgenommener Leistung im vorliegenden Fall keine Rolle, da § 103 Abs. 2 InsO klarstellt, daß ein (Nach-)Erfüllungsanspruch hinsichtlich der Mängelbeseitigung nicht mehr besteht. Der Auftraggeber ist nach fruchtlosem Fristablauf zur Selbstbeseitigung berechtigt. Er kann mit den Mängelbeseitigungskosten bei der Abrechnung nach § 8 Nr. 6 VOB/B aufrechnen. Verbleibende, nicht durch eine Aufrechnung gedeckte Mängelbeseitigungskosten sind zur Insolvenztabelle anzumelden.

Wie oben bereits dargestellt, bereitet die Aufrechnung des Bauherrn mit Mängelbeseitigungskosten gegenüber dem werkvertraglichen Vergütungsanspruch des Auftragnehmers dann Probleme, wenn die Mängelbeseitigungskosten erst nach der Fälligkeit der Schlußrechnung beziffert werden können. Dann steht § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO⁸⁰ seinem Wortlaut nach einer Aufrechnung entgegen. In der Literatur wird vorgebracht, die Vorschrift sei von ihrem Wortlaut her zu weit gefaßt und in teleologischer Reduktion nur auf solche Forderungen und Gegenforderungen anzuwenden, die aus verschiedenen Verträgen herrührten, also nicht vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Austauschverhältnis der §§ 320 ff. BGB gestanden hätten.⁸¹ Der BGH hat diese Frage - soweit ersichtlich - noch nicht entschieden.

Die Instanzgerichte neigen dazu, die Aufrechnungsmöglichkeit auszuschließen, wenn die Gegenforderung des Bauherrn wegen seines Mängelbeseitigungsaufwands erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens und später als die Werklohnforderung fällig geworden ist.⁸² Wegen der damit einhergehenden Unsicherheiten empfiehlt es sich derzeit, bereits möglichst früh gegen den werkvertraglichen Vergütungsanspruch mit einem Anspruch auf Kostenvorschuß⁸³ aufzurechnen.⁸⁴ Dieser Anspruch auf Kostenvorschuß ist nämlich bereits fällig, sobald das Recht auf Ersatzvornahme entsteht.

Wählt der Insolvenzverwalter die Erfüllung der Mängelbeseitigung⁸⁵ hinsichtlich der noch nicht abgenommenen Teilleistung, kann der Auftraggeber die Mängelansprüche als originäre Forderungen gegen die Insolvenzmasse geltend machen.

Sollten Abnahmehindernisse wegen wesentlicher Mängel vorliegen, entstünden für die Masse erhebliche Aufwendungen zur Mängelbeseitigung. Der Insolvenzverwalter wählt deshalb in der

⁷⁹ Es entfällt dann die Befugnis des Auftraggebers zu einem sogenannten Druckzuschlag hinsichtlich der vorhandenen Mängel, siehe Ingenstau/Korbion/Vygen, a.a.O., § 8 Nr. 2 VOB/B Rdn. 31 (vgl. zum sogenannten Druckzuschlag auch § 641 Abs. 3 BGB für die Zeit nach der Abnahme). Der Druckzuschlag wäre nach gefestigter Rechtsprechung grundsätzlich auch vor der Abnahme zulässig (siehe BGH, Urteil vom 21.12.1978, BauR 1979, 159, 161).

⁸⁰ § 95 Abs. 1 Satz 3 InsO lautet: „Die Aufrechnung ist ausgeschlossen, wenn die Forderung, gegen die aufgerechnet werden soll, unbedingt ist und fällig wird, bevor die Aufrechnung erfolgen kann.“

⁸¹ Ingenstau/Korbion/Vygen, a.a.O., § 8 Nr. 2 VOB/B Rdn. 39, mit Hinweisen auf die insolvenzrechtliche Literatur

⁸² z.B. OLG Brandenburg, Urteil vom 12.03.2003, IBR 2003, und LG Potsdam, IBR 2002, 546

⁸³ siehe jetzt § 637 Abs. 3 BGB n.F.

⁸⁴ BGH, NJW-RR 89, 406 und Palandt, Kommentar BGB, Ergänzungsband zur 61. Auflage, § 637 Rdn. 9

⁸⁵ Die Wahl der Erfüllung kann sich nur noch auf die Nacherfüllung (Mängelbeseitigung) der erbrachten Teilleistung beziehen, da in der hier untersuchten Ausgangssituation der Vertrag bereits vom Auftraggeber gekündigt wurde.

Praxis nur in seltenen Ausnahmefällen⁸⁶ - und unter Prüfung seiner eigenen Haftungssituation gegenüber der Masse - die Erfüllung der Mängelbeseitigung.

4.3.3 Fallkonstellation: Der Auftraggeber kündigt den Vertrag nicht

Diese Fallkonstellation ist anzutreffen, wenn entweder das Bauvorhaben mittlerweile soweit fortgeschritten ist, daß die Arbeiten im wesentlichen fertiggestellt sind oder der Insolvenzverwalter - zumeist in Abstimmung mit dem die Kündigung unterlassenden Auftraggeber - bei noch nicht im wesentlichen fertiggestellter Leistung die Erfüllung wählt.

4.3.3.1 Das Bauwerk ist im wesentlichen fertiggestellt

Ist das Bauwerk im wesentlichen fertiggestellt, kann der Bauherr den Vertrag wegen der eingetretenen Abnahmereife nicht mehr kündigen. Der Insolvenzverwalter kann die Abnahme verlangen. Die weiteren Schritte entsprechen einer normalen VOB-Abwicklung. Die Restabwicklung wegen unfertiger Teile, deren geringfügiges Ausmaß einer Abnahme nicht entgegenstehen, richtet sich nach der Abnahme einheitlich nach § 13 Nr. 5 VOB. Zwischen der ausstehenden Restleistung und der Mängelbeseitigung wird nach der Abnahme nicht mehr differenziert. Die Fristsetzung nach § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B gilt in diesem Falle zugleich als Aufforderung zur (Nach-)Erfüllungswahl nach § 105 Abs. 2 InsO. Erklärt sich der Insolvenzverwalter innerhalb angemessener Frist nicht oder lehnt er die diesbezügliche (Nach-)Erfüllung der geringen Restleistungen und der Mängel ab, so kann der Auftraggeber die Arbeiten selbst durchführen. Die Baumaßnahme ist dann nach den vertraglichen Regelungen abzurechnen. Die Abrechnung erfolgt also nicht, wie in den vorhergehend dargestellten Fallgruppen, nach § 8 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B. Zur Aufrechnungslage siehe 4.3.2 b). Vertraglich vereinbarte Sicherheiten sind vom Bauherrn in Anspruch zu nehmen.

Soweit die Insolvenz des Auftragnehmers erst nach der Abnahme und dem Empfang einer Gewährleistungsbürgschaft eingetreten ist, ist es fast schon üblich, daß die Insolvenzverwalter auf den Bauherrn zugehen und im Verhandlungswege den vertraglichen Gewährleistungseinbehalt vor Ablauf der Gewährleistungsfrist ausbezahlt erhalten wollen. Im Gegenzug wird meist angeboten, daß ein erheblicher Teil (meist die Hälfte) des Einbehalts für das verbleibende Gewährleistungsrisiko endgültig beim Auftraggeber verbleibt. Das damit einhergehende Risiko ist offensichtlich. Die Vor- und Nachteile müssen je nach tatsächlichem Gewährleistungsrisiko im einzelnen abgewogen werden. Zeigen bereits aufgetretene Mängel, daß mit weiteren Mängeln gerechnet werden muß, sollte auf den Einbehalt nicht verzichtet werden.

4.3.3.2 Das Bauwerk ist noch nicht im wesentlichen fertiggestellt

Es verbleibt die Fallgruppe, daß der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages wählt.⁸⁷ In diesem Fall ergibt sich folgendes:

⁸⁶ Ein solcher Fall liegt z.B. dann vor, wenn die Mängel als solche unbestritten sind und der Aufwand für die Mängelbeseitigung im Verhältnis zu den einbehaltenen Beträgen gering ist.

⁸⁷ Die Fallgruppe, daß das Bauwerk noch nicht im wesentlichen fertiggestellt ist, aber weder der Auftraggeber kündigt noch der Insolvenzverwalter die Erfüllung wählt, ist in der Praxis vernachlässigbar. Dann müßte der Auftraggeber wohl kein Interesse an der weiteren Fertigstellung haben. Bei öffentlichen Auftraggebern ist dies kaum denkbar.

a) Restleistung und Mängel

Die Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters bedeutet, daß er die vertraglichen Ansprüche des Auftraggebers aus der Masse erfüllen muß.⁸⁸ Der Insolvenzverwalter ist verpflichtet, die Bauleistung mit den Mitteln der Masse fertigzustellen. Der dabei entstehende werkvertragliche Vergütungsanspruch ist ebenso wie frühere Verbindlichkeiten, für die keine vor der Insolvenzeröffnung entstandenen Zurückbehaltungsrechte oder Aufrechnungsmöglichkeiten bestehen, an die Masse zu leisten. Der werkvertragliche Vergütungsanspruch für die noch offenen Teilleistungen⁸⁹, die der Insolvenzverwalter für die Masse erbringt, ist insolvenzrechtlich besonders geschützt: Alles was der Auftragnehmer nach Erfüllungswahl an werkvertraglicher Vergütung erwirtschaftet, steht der Masse ungeschmälert zu. Eine Aufrechnung mit Insolvenzforderungen des Auftraggebers ist deshalb nicht zulässig (siehe § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Dem Auftraggeber ist es damit z.B. verwehrt, gegen diesen Vergütungsanspruch mit Überzahlungsansprüchen aufzurechnen, die vor dem Eröffnungsbeschluß entstanden sind.

Wählt der Insolvenzverwalter die Vertragserfüllung, muß er mit den Mitteln der Masse auch die Mängel beseitigen, die den Teilleistungen anhaften, welche der Auftragnehmer oder der vorläufige Insolvenzverwalter erbracht hat. Denn die Masse schuldet wegen der Wahl der Erfüllung die mangelfreie Herstellung des gesamten Werkes, nicht nur desjenigen Teils, der nach dem Erlaß des Eröffnungsbeschlusses noch aussteht. Noch ungeklärt ist dabei, ob dies auch gilt, wenn diese Mängel für den Insolvenzverwalter nicht erkennbar waren.⁹⁰

Mängel an Leistungen, die nach dem Eröffnungsbeschluß erbracht wurden, muß der Insolvenzverwalter bereits angesichts der unmittelbaren Verpflichtung der Masse beseitigen. Für das Mängelbeseitigungsverlangen sind die allgemeinen Regelungen der VOB/B zu beachten. Letztlich besteht für den Bauherrn auch die Möglichkeit des Auftragsentzuges nach § 4 Nr. 7 in Verbindung mit § 8 Nr. 3 VOB/B, wenn der vom Insolvenzverwalter erstellte Leistungsteil mit Mängeln behaftet ist, die dieser nicht beseitigt. Der Zugriff des Bauherrn für die daraus entstehenden Kosten beschränkt sich zwar auf die Masse. Diese Masseverbindlichkeit wird aber nach § 53 in Verbindung mit § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO bevorzugt bedient.⁹¹

b) Voraus- und Abschlagszahlungen, die zu Überzahlungen führen

Soweit eine Vorauszahlung ohne Sicherheit geleistet wurde und eine Anrechnung auf zwischenzeitlich erbrachte Leistungen nach § 16 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B nicht möglich ist, bleibt der Auftraggeber auch für den Fall, daß der Insolvenzverwalter Erfüllung gewählt hat, mit dem auf die Vorauszahlung entfallenden Erfüllungsanspruch Insolvenzgläubiger und damit auf die Anmeldung zur Insolvenztabelle verwiesen. Gleiches gilt für Abschlagszahlungen. Wirtschaftlich bedeutet das, daß der Auftraggeber den vorausbezahlten Anteil des Werklohnes nach der Fertigstellung des Werks noch einmal, diesmal an den Insolvenzverwalter für die Masse, bezahlen muß, und hinsichtlich der Vorauszahlung nach § 105 Satz 1 InsO nur eine einfache Insolvenzforderung hat, die allenfalls mit einer (gegebenenfalls geringfügigen) Quote⁹² befriedigt wird.

⁸⁸ siehe § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO

⁸⁹ Die Rechtsprechung geht davon aus, daß ein Bauvertrag im Sinne von § 105 Satz 1 InsO teilbar und damit § 105 InsO anwendbar ist. Zuletzt: BGH, Urteil vom 25.04.2002, BauR 2002, 1264

⁹⁰ vgl. Ingenstau/Korbion/Vygen, a.a.O., § 8 Nr. 2 VOB/B Rdn. 45

⁹¹ allerdings mit dem Risiko des Auftraggebers wegen der sogenannten Massenunzulänglichkeit nach § 208 InsO

⁹² Diese Forderung ist keine bevorrechtigte Masseverbindlichkeit nach § 53 InsO.

Denn soweit Zahlungen über das nach § 16 VOB/B Geschuldete hinaus geleistet wurden, ergibt sich eine Überzahlung. Normalerweise würde diese Überzahlung im Rahmen der Schlußrechnung durch Verrechnung ausgeglichen werden, da Voraus- und Abschlagszahlungen nur den Charakter vorläufiger Zahlungen auf den sich aus der Schlußrechnung ergebenden endgültigen Vergütungsanspruch haben.⁹³ Wenn der Insolvenzverwalter die Erfüllung wählt, entstehen aber zwei gesonderte Abrechnungsverhältnisse:

Eine Abrechnung findet für die bis zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgeführten Leistungen statt. In dieses Abrechnungsverhältnis werden die bis zum Eröffnungsbeschluß geleisteten Zahlungen eingestellt. Wenn sich aus der Schlußabrechnung für diesen Teil ein Saldo zu Gunsten des Auftraggebers ergibt, hat der Auftraggeber einen vertraglichen Anspruch auf Rückzahlung.⁹⁴

Die andere Abrechnung umfaßt die Werklohnforderung für die auf Grund der Erfüllungswahl mit Mitteln der Masse bewirkte Leistung. In diesem Abrechnungsverhältnis ist es dem Auftraggeber verwehrt, die vor Eröffnung der Insolvenz entstandene Überzahlung einzubringen, da der von der Masse erwirtschaftete Werklohn dieser ungeschmälert zukommen soll. Eine Aufrechnung mit dem oben genannten vertraglichen Rückzahlungsanspruch gegen die Werklohnforderung ist der Masse untersagt, § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO.⁹⁵

Soweit im Insolvenzverfahren kein Ausgleich erfolgt, stellt sich die Haftungsfrage gegenüber dem, der die Überzahlung veranlaßt hat.

c) Abtretungen

Ist der vor der Insolvenzeröffnung entstandene Werklohnanspruch unanfechtbar abgetreten worden,⁹⁶ setzt sich diese Abtretung für den Teil des Werklohnes gegenüber der Masse durch, der auf die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbrachte Leistung des Auftragnehmers entfällt. Dieser Teil ist nach den Grundsätzen über die vorzeitige Kündigung des Bauvertrages gesondert abzurechnen. Die Abtretung umfaßt dagegen nicht denjenigen Teil der Vergütung, der auf die nach Insolvenzeröffnung mit den Mitteln der Masse erbrachten Leistungen entfällt.

4.4 Inanspruchnahme von Bürgen

Auch wenn das Insolvenzverfahren eröffnet wird, gelten die dem Auftraggeber ausgereichten Bürgschaften weiter. Dies gilt nach der neuen Rechtsprechung des BGH ohne weiteres auch dann, wenn der Insolvenzverwalter für die Insolvenzmasse die Erfüllung wählt, da die verbürgte Hauptforderung unmittelbar weiterbesteht.⁹⁷

⁹³ BGH, Urteil vom 19.03.2002, BauR 2002, 1257, 1259

⁹⁴ BGH, a.a.O.

⁹⁵ siehe auch Ingenstau/Korbion/Vygen, a.a.O., § 8 Nr. 2 VOB/B Rdn. 44

⁹⁶ siehe zu den Anfechtungsmöglichkeiten die §§ 129 ff. InsO

⁹⁷ BGH, Urteil vom 19.12.2002, BauR 2003, 689

5. Anmeldung von Forderungen des Auftraggebers zur Insolvenztabelle

Nicht durch Sicherheiten, Verrechnungs- oder Aufrechnungsmöglichkeiten gedeckte Forderungen sind vom Auftraggeber beim Insolvenzverwalter zur Insolvenztabelle anzumelden (vgl. § 174 InsO). Lehnt der Insolvenzverwalter die Aufnahme der Forderung zur Tabelle ab, muß gegebenenfalls ein kostenintensiver Rechtsstreit geführt werden. Die wirtschaftlichen Vor- und Nachteile eines solchen Rechtsstreits sind je nach der zu erwartenden Quote im jeweiligen Einzelfall abzuwägen.

Einzelfragen zum Steuerrecht

Verfasser: StB Gerhard **Himmelstoß**

Inhaltsübersicht	Seite
1. Gewinne eines Betriebs gewerblicher Art als Einkünfte aus Kapitalvermögen des Hoheitsbereichs mit Kapitalertragsteuerpflicht - erstmalige Anwendung -	72
2. Kapitalertragsteuerpflicht von Gewinnen aus Betrieben gewerblicher Art trotz Rücklagenbildung	73
3. Baukostenzuschüsse für Wasserleitungen unterliegen nach einem Urteil des Sächsischen Finanzgericht auch nach dem 11.08.2000 (Tag der Veröffentlichung des BMF-Schreibens vom 04.07.2000) dem ermäßigten Steuersatz	74

1. Gewinne eines Betriebs gewerblicher Art als Einkünfte aus Kapitalvermögen des Hoheitsbereichs mit Kapitalertragsteuerpflicht - erstmalige Anwendung -

Durch das Gesetz zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung (Steuersenkungsgesetz - StSenkG) vom 23.10.2000 (BGBl I S. 1433) wurde ein neuer Besteuerungstatbestand geschaffen. Gewinne aus Betrieben gewerblicher Art sind Einkünfte aus Kapitalvermögen (§ 20 Abs. 1 Nr. 10 Buchstabe b Einkommensteuergesetz - EStG -), die gemäß § 43 ff. EStG dem Kapitalertragsteuerabzug unterliegen, soweit sie nicht den Rücklagen zugeführt werden. Die Kapitalertragsteuer entsteht gemäß § 44 Abs. 6 EStG im Zeitpunkt der Bilanzerstellung, spätestens acht Monate nach Ablauf des Wirtschaftsjahres. Durch diese Vorschrift wird fingiert, daß der Betrieb gewerblicher Art seinen Gewinn an den Hoheitsbereich ausschüttet. Insoweit soll der Betrieb gewerblicher Art hinsichtlich seiner Besteuerung einer Kapitalgesellschaft gleichgestellt werden.

Das StSenkG ist erstmals für den Veranlagungszeitraum 2001 anzuwenden. Strittig ist, ob bereits die von einem Betrieb gewerblicher Art erzielten Gewinne des Jahres 2001 kapitalertragsteuerpflichtig sind.

Die in § 52 Abs. 37 a enthaltene Anwendungsvorschrift zu § 20 Abs. 1 Nr. 10 Buchstabe b EStG n.F. besagt:

„§ 20 Abs. 1 Nr. 10 Buchstabe b ist erstmals auf Gewinne anzuwenden, die nach Ablauf des ersten Wirtschaftsjahres ... erzielt werden, für das das Körperschaftsteuergesetz in der Fassung des Artikels 3 des Gesetzes vom 23. Oktober 2000 (BGBl. I S. 1433) erstmals anzuwenden ist.“

Wenn das StSenkG ab 2001 anzuwenden ist, ist das Jahr 2001 das sogenannte Erstjahr und das Jahr 2002 das erste Jahr nach Ablauf dieses ersten Wirtschaftsjahres. Danach ist unseres Erachtens § 20 Abs. 1 Nr. 10 Buchstabe b EStG erstmals für Gewinne des Jahres 2002 anzuwenden, d.h. Gewinne eines Betriebes gewerblicher Art für das Jahr 2001 unterliegen nicht der Kapitalertragsteuer.

Die Finanzverwaltung vertritt hingegen mit BMF-Schreiben vom 11.09.2002 (BStBl I S. 935) folgende Auffassung:

*„§ 52 Abs. 37 a Satz 2 EStG verknüpft die erstmalige Anwendung des § 20 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b EStG beim **Empfänger** des Gewinns mit der körperschaftsteuerlichen Behandlung des leistenden BgA ohne eigene Rechtspersönlichkeit. Danach ist die Vorschrift erstmals auf Gewinne anzuwenden, die der **Empfänger** des Gewinns nach Ablauf des ersten Wirtschaftsjahrs des BgA ohne eigene Rechtspersönlichkeit erzielt, für das das KStG i.d.F. des StSenkG erstmals anzuwenden ist. Bei kalenderjahrgleichem Wirtschaftsjahr des BgA ist § 20 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b EStG erstmals auf Gewinne anzuwenden, die der Empfänger in 2002 erzielt.“*

Um die bestehende Gesetzeslücke zu schließen und damit bereits Gewinne des Jahres 2001 der Kapitalertragsteuer zu unterwerfen, will die Finanzverwaltung anstatt auf die Gewinnerzielung beim Betrieb gewerblicher Art auf eine fingierte Gewinnerzielung beim Hoheitsbereich abstellen. Denn ein Gewinn kann regelmäßig erst im Folgejahr, d.h. im Jahr nach der Gewinnerzielung ausgeschüttet werden. Folgt man dieser Argumentation, unterlägen bereits die Gewinne des Jahres 2001 der Kapitalertragsteuer.

Diese Gesetzesauslegung steht jedoch im Widerspruch zum eindeutigen Gesetzeswortlaut. Wir empfehlen, in diesen Fällen gegen die Kapitalertragsteuerfestsetzungen durch die Finanzämter Einspruch einzulegen. Mit den ersten Klageerhebungen ist in Kürze zu rechnen.

2. Kapitalertragsteuerpflicht von Gewinnen aus Betrieben gewerblicher Art trotz Rücklagenbildung

Der neu geschaffene Besteuerungstatbestand, wonach Gewinne eines Betriebes gewerblicher Art als Einkünfte aus Kapitalvermögen des Hoheitsbereichs gelten und damit der Kapitalertragsteuerpflicht unterliegen (§ 20 Abs. 1 Nr. 10 Buchstabe b EStG), lautet:

„§ 20

Zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören

...

10. ...

b) der nicht den Rücklagen zugeführte Gewinn ... eines nicht von der Körperschaftsteuer befreiten Betriebs gewerblicher Art ...“

Hiernach unterliegen diese Gewinne nicht der Kapitalertragsteuer, soweit sie in Rücklagen eingestellt wurden.

Die Finanzverwaltung vertritt die Auffassung, daß dies uneingeschränkt nur für Betriebe gewerblicher Art gelte, die als Eigenbetriebe geführt werden. Für Regiebetriebe gelte dies wegen der bestehenden Kasseneinheit nur dann, wenn die entsprechenden Rücklagen auch haushaltsrechtlich möglich sind (BMF-Schreiben vom 11.09.2002). Einzelne Finanzämter argumentieren nun, daß aufgrund des Gesamtdeckungsgrundsatzes eine Rücklagenbildung haushaltsrechtlich nicht möglich ist und somit Gewinne von Regiebetrieben stets der Kapitalertragsteuer unterliegen. Dem kann nicht zugestimmt werden.

Eine unterschiedliche Behandlung von Betrieben gewerblicher Art im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 6 und § 4 KStG, d.h. eine Unterscheidung zwischen Regie- und Eigenbetrieben, ist durch das derzeit geltende Recht nicht gedeckt. Das Steuerrecht hat die Betriebe gewerblicher Art für Zwecke der Besteuerung verselbständigt. Eine Unterscheidung zwischen Betrieben gewerblicher Art, die als Regiebetriebe organisiert sind, und Betrieben gewerblicher Art, die als Eigenbetriebe organisiert sind, kennt das Steuerrecht nicht. Auch § 20 Abs. 1 Nr. 10 Buchstabe b EStG trifft - zumindest bisher - keine derartige Unterscheidung.

Für jeden bilanzierenden Betrieb gewerblicher Art muß dies die Möglichkeit zur Rücklagenbildung einschließen, ohne vorher eine kapitalertragsteuerpflichtige Ausschüttung mit anschließender Wiedereinlage unterstellen zu müssen.

Ziel der Körperschaftsteuerreform zum 01.01.2001 und insbesondere der Einfügung des § 20 Abs. 2 Nr. 10 EStG war unter anderem die annähernde Gleichstellung der Besteuerung von Betrieben gewerblicher Art mit der Besteuerung von Kapitalgesellschaften. Soweit eine Kapitalgesellschaft Gewinne thesauriert und nicht an ihre Gesellschafter ausschüttet, entsteht auch (noch) keine Kapitalertragsteuer. Würde man den Regiebetrieben die Rücklagenbildung verwehren und sie damit zu einer Ausschüttung zwingen, würden die Betriebe gewerblicher Art gegenüber Kapitalgesellschaften steuerlich eindeutig benachteiligt. Denn wenn Gewinne im

Regiebetrieb thesauriert werden, erhöht sich regelmäßig wegen der fehlenden eigenen Kas- senführung der Regiebetriebe das Forderungskonto gegenüber dem Hoheitsbereich. Dieses Kontokorrentkonto ist zwingend zu verzinsen und erhöht damit den Körperschaftsteuer- pflichtigen Gewinn des Folgejahres. Unterstellt man zusätzlich die Ausschüttung, kommt es zwangsläufig zu einer systemwidrigen Doppelbesteuerung.

Die Forderung, daß die Rücklagenbildung auch haushaltsrechtlich zulässig sein muß, ist dem Wortlaut des § 20 Abs. 1 Nr. 10 EStG nicht zu entnehmen. Auch das BMF-Schreiben spricht von Rücklagen des Betriebes gewerblicher Art und nicht von Rücklagen des Hoheitsbereichs.

Wir empfehlen in derartigen Fällen Einspruch einzulegen. Auch in dieser Angelegenheit wer- den in den nächsten Monaten erste Klageverfahren anhängig sein.

3. Baukostenzuschüsse für Wasserleitungen unterliegen nach einem Urteil des Sächsischen Finanzgericht auch nach dem 11.08.2000 (Tag der Veröffentli- chung des BMF-Schreibens vom 04.07.2000) dem ermäßigten Steuersatz

Mit Schreiben vom 04.07.2000 - IV D 1 S 7100 - 81/00 (BStBl I 2000 S. 1185) teilte das Bun- desministerium der Finanzen mit, daß Wasseranschlußbeiträge zukünftig nicht mehr dem er- mäßigten, sondern dem Regelsteuersatz unterliegen. Das Schreiben lautet wie folgt:

„Zahlungen an ein Wasserversorgungsunternehmen für das Legen von Wasserleitungen (Lie- fererleitungen) einschließlich der Hauswasseranschlüsse (sog. Wasseranschlussbeiträge, Bau- kostenzuschüsse oder Hausanschlusskosten) sind Entgelt für die umsatzsteuerpflichtige Lei- stung ‚Verschaffung der Möglichkeit zum Anschluß an das Versorgungsnetz‘. Die Leistung ist als selbständige Hauptleistung anzusehen, die dem allgemeinen Umsatzsteuersatz unterliegt.“

Dieser Rechtsauffassung ist das Sächsische Finanzgericht mit Urteil vom 24.09.2003, 4 K 226/01 entgegengetreten. Der Leitsatz der Entscheidung lautet:

„Die von einem Wasserversorger gegenüber den jeweiligen Endabnehmern erbrachten Lei- stungen, nämlich die Lieferung von Wasser und die Errichtung von Liefererleitungen ein- schließlich der Hausanschlußleitung, stellen insgesamt die einheitliche Leistung ‚Lieferung von Wasser‘ dar, die dem ermäßigten Steuersatz unterliegt. Die Errichtung der Leitungen ist Ne- benleistung zur Wasserlieferung, da sie für die Kunden das Mittel darstellt, um die Hauptlei- stung unter optimalen Bedingungen in Anspruch nehmen zu können.“

Die Entscheidung ist allerdings noch nicht rechtskräftig. Die von der Finanzverwaltung einge- legte Revision ist beim Bundesfinanzhof unter Az. V R 61/03 anhängig. Bis zur endgültigen Klärung der Rechtsfrage empfehlen wir, gegen die Umsatzsteuerjahresbescheide Einspruch einzulegen und das Ruhen des Verfahrens zu beantragen.

Praxisleitfaden: Gründung von Servicegesellschaften, insbesondere für Krankenhäuser und Altenheime

Verfasser: Dr. Werner **Weber**

Inhaltsübersicht	Seite
1. Was ist eine Servicegesellschaft?	76
2. Warum werden Servicegesellschaften gegründet?	76
3. Aufbringung des Stammkapitals	77
4. Kommunalrechtliche Erfordernisse	78
5. Arbeitsrechtliche Fragestellungen	78
5.1 Tarifbindung	78
5.2 Betriebsübergang	79
5.3 Personalgestellung und Arbeitnehmerüberlassungsgesetz	80
5.4 Betriebsverfassungsrechtliche Fragestellungen	82
6. Steuerrechtliche Aspekte bei der Gründung von Servicegesellschaften	83
6.1 Umsatzsteuerliche Organschaft	83
6.2 Steuerliche Behandlung der Beteiligung an der Servicegesellschaft beim Krankenhaus bzw. Altenheim	84
6.3 Leistungsaustausch zwischen Krankenhaus bzw. Altenheim und Servicegesellschaft	86
7. Vergaberecht	87
8. Förderrecht	88
9. Konzernrechnungslegung	89

1. Was ist eine Servicegesellschaft?

Servicegesellschaften übernehmen regelmäßig bisher durch das Krankenhaus bzw. das Altenheim selbst ausgeführte infrastrukturelle Dienstleistungen für dieses. Als Gegenstand der Ausgliederung bieten sich vor allem Dienstleistungen im Supportbereich wie Reinigung, Küche, Wäscherei, Hol- und Bringedienst, Sterilgutversorgung an; aber auch die Ausgliederung einzelner Kernbereiche (Pflege, Therapie, Röntgen, Labor etc.) ist denkbar. In letzteren Fällen besteht dann gegebenenfalls die Möglichkeit, nach anderen Tarifen (z.B. GoÄ) abzurechnen.

2. Warum werden Servicegesellschaften gegründet?

Bis in die 80er Jahre war es weithin üblich, im Krankenhaus sämtliche Leistungen selbst zu erbringen, auch die Leistungen, die die eigentliche medizinische Krankenversorgung nur unterstützen, wie insbesondere Küche, Reinigung und Wäscherei. Ab den 80er Jahren setzte dann eine Welle von Fremdvergaben dieser Leistungen an außenstehende Privatunternehmen ein („Outsourcing“). Durch die Fremdvergabe dieser Leistungen - und damit die Herausnahme dieser Leistungen aus dem Tarifsystem des öffentlichen Dienstes - konnten bereits Einsparungen erzielt werden.¹ Wie nahezu alle öffentlichen Einrichtungen sehen sich die kommunalen und freigemeinnützigen Krankenhäuser und Altenheime aber einem beständig wachsenden Kostendruck ausgesetzt. Mit der zwingenden Einführung des Abrechnungssystems nach DRG für Krankenhäuser ab 2004 - mit einer Anpassungsfrist bis 2007 - wird der Druck insbesondere für die kleineren, nicht spezialisierten Kliniken noch weiter wachsen.² Die zunehmende Dynamik im Krankenhauswesen verlangt ein Überdenken der bestehenden Organisationsstrukturen. Kostensenkungspotentiale sind möglich.

Den größten Kostenblock bilden herkömmlich die Personalkosten. Mit den angesprochenen Fremdvergaben ist das Einsparpotential noch nicht vollständig ausgeschöpft. Denn mit der Fremdvergabe unterfällt die Leistungserbringung an das Krankenhaus notwendig der Umsatzsteuer. Als möglicher Weg zur Senkung der (Personal-)Kostenlast kommt neben der Möglichkeit des Austritts aus dem kommunalen Arbeitgeberverband insgesamt die Errichtung von Servicegesellschaften in Betracht. Dabei kann auch die bei Fremdvergaben bestehende Umsatzsteuerbelastung vermieden werden, soweit die steuerrechtlichen Voraussetzungen für eine Organschaft erfüllt sind. Statt eines bisher außenstehenden Privatunternehmens erbringt dann die Servicegesellschaft die entsprechende Leistung an das Krankenhaus.

Neben der Möglichkeit von Kostenreduzierungen, insbesondere von Personalkosteneinsparungen, können durch die Errichtung von Servicegesellschaften Synergien erzielt werden, z.B. bessere Nutzung der vorhandenen Infrastruktur und bessere Ausnutzung vorhandener Kapazitäten. Soweit Servicegesellschaften durch das Krankenhaus oder Altenheim nicht als Alleingesellschafter, sondern zusammen mit anderen Krankenhausträgern errichtet werden, sind Preisvorteile durch Einkaufsbündelung denkbar und auftretende Personalengpässe können leichter überbrückt werden. Dies gilt auch für die Gründung zusammen mit einem Privaten, der zusätzlich Know-how mitbringt.³

¹ Lindt, Arbeitgeberverbandsaustritt und/oder Gründung von Servicegesellschaften, Rödl & Partner Newsletter Öffentliches Management, Ausgabe Oktober 2003, S 5 f.

² Lindt, a.a.O.

³ vgl. Lindt, a.a.O.

3. Aufbringung des Stammkapitals

Die Servicegesellschaft ist ein rechtlich selbständiges Unternehmen, in der Regel eine Tochtergesellschaft (GmbH) eines gemeinnützigen Krankenhauses oder Altenheims bzw. ihrer Trägerkörperschaft. Ihre Gründung ist unabhängig von der Rechtsform des Krankenhauses oder Altenheims möglich (Regiebetrieb, Eigenbetrieb, Kommunalunternehmen, GmbH oder AG). Soweit das Krankenhaus oder Altenheim allerdings gemeinnützig ist, ist vorrangig diese Gemeinnützigkeit zu erhalten. Dabei ist die Frage nach der Aufbringung der die Beteiligung an der Servicegesellschaft vermittelnden Stammeinlage zu beantworten.

Nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 AO dürfen die Mittel einer gemeinnützigen Körperschaft - mit Ausnahme der in § 58 AO aufgeführten unschädlichen Betätigungen - nur für die satzungsmäßigen Zwecke verwendet werden. Die satzungsmäßige Mittelverwendung erlaubt grundsätzlich den Einsatz der Mittel nur für ideelle Satzungszwecke einschließlich der steuerbegünstigten Zweckbetriebe. Steuerbegünstigte Körperschaften müssen ihre Mittel grundsätzlich zeitnah für steuerbegünstigte Zwecke verwenden. Verwendung in diesem Sinne ist auch die Verwendung der Mittel für die Anschaffung oder Herstellung von Vermögensgegenständen, die satzungsmäßigen Zwecken dienen (§ 55 Abs. 1 Nr. 5 AO). Nicht dem Gebot der zeitnahen Mittelverwendung unterliegen die nach den Vorschriften des § 58 Nrn. 6, 7, 11 und 12 AO zulässigen Rücklagen bzw. Vermögenszuführungen. Darüber hinaus sind Rücklagenbildungen im Bereich der Vermögensverwaltung sowie im steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, soweit hierfür bei vernünftiger kaufmännischer Beurteilung eine wirtschaftliche Begründung besteht, zulässig (Nr. 3 AEAO zu § 55 Abs. 1 Nr. 1).

Die Kapitalausstattung einer Kapitalgesellschaft ist als Anschaffung einer Beteiligung und damit als Vermögensumschichtung bei der steuerbegünstigten Körperschaft anzusehen. Für die Frage, ob die Kapitalausstattung gemeinnützigkeitsrechtlich unbedenklich ist, ist entscheidend, ob die Empfängerkörperschaft (Servicegesellschaft) selbst steuerbegünstigt ist und welche Mittel verwendet werden. Ist die auszustattende Körperschaft nicht steuerbegünstigt, ist nach einer aktuellen Verfügung der OFD Frankfurt⁴ die Verwendung nicht zeitnah zu verwendender Mittel gemeinnützigkeitsrechtlich unschädlich. Dies gilt unabhängig davon, ob die Beteiligung Vermögensverwaltung ist oder ob sie wegen der Einflußnahme auf die laufende Geschäftsführung der Kapitalgesellschaft als steuerpflichtiger wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb zu beurteilen ist. Der Einsatz zeitnah zu verwendender Mittel dagegen ist gemeinnützigkeitsrechtlich schädlich, weil die Empfängerkörperschaft die erhaltenen Mittel gerade nicht zeitnah für steuerbegünstigte Zwecke einsetzt. Auf § 63 Abs. 4 AO, wonach das Finanzamt eine Frist für die Verwendung der Mittel setzen kann, wird hingewiesen.

Daneben besteht auch die Möglichkeit, daß die Kommune (Gemeinde, Landkreis, Bezirk) die Servicegesellschaft mit eigenen Mitteln gründet und auf das Krankenhaus oder Altenheim überträgt oder dem Krankenhaus bzw. Altenheim Mittel in Höhe der Bareinlage zweckgebunden zur Finanzierung der Beteiligung zur Verfügung stellt.

⁴ OFD Frankfurt, Verfügung vom 09.09.2003, DStR 2003, 2071

4. Kommunalrechtliche Erfordernisse

Die Gründung einer Servicegesellschaft durch eine Kommune oder deren Krankenhaus bzw. Altenheim erfordert das Vorliegen eines öffentlichen Zwecks (vgl. Art. 87 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Art. 92 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO); alle Tätigkeiten oder Tätigkeitsbereiche, mit denen die Gemeinde (Landkreis, Bezirk) oder ihre Unternehmen an dem vom Wettbewerb beherrschten Wirtschaftsleben teilnehmen, um Gewinn zu erzielen, entsprechen keinem öffentlichen Zweck. Das heißt, daß eine auf Gewinn ausgerichtete Tätigkeit für Servicegesellschaften nicht gestattet ist.

Nach Art. 92 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GO sind Servicegesellschaften mit kommunaler Mehrheitsbeteiligung nur zulässig, wenn die Gemeinde (Landkreis, Bezirk) angemessenen Einfluß im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Gremium erhält. Dabei soll die Gemeinde (Landkreis, Bezirk) nach Art. 93 Abs. 2 Satz 1 GO bei der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags oder der Satzung darauf hinwirken, daß ihr das Recht eingeräumt wird, Mitglieder in einen Aufsichtsrat oder ein entsprechendes Gremium zu entsenden, soweit das zur Sicherung eines angemessenen Einflusses notwendig ist.

Außerdem sind der Jahresabschluß und der Lagebericht der mehrheitlich in kommunaler Hand befindlichen Servicegesellschaft wegen Art. 94 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GO nach den für große Kapitalgesellschaften geltenden Vorschriften aufzustellen und durch einen Abschlußprüfer zu prüfen; dieser hat dabei im Rahmen einer erweiterten Abschlußprüfung nach § 53 Abs. 1 HGrG auch die Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung zu prüfen. Die damit verbundenen Mehrkosten sind zu berücksichtigen.

5. Arbeitsrechtliche Fragestellungen

5.1 Tarifbindung

Nach § 3 Abs. 1 TVG besteht Tarifgebundenheit nur für Mitglieder von Tarifvertragsparteien, die nach § 3 Abs. 3 TVG bestehen bleibt, bis der Tarifvertrag endet (Fortgeltung des Tarifvertrags). Soweit daher eine Servicegesellschaft nicht Mitglied im Kommunalen Arbeitgeberverband (KAV) oder einem anderen Arbeitgeberverband ist oder war, besteht unabhängig von der Tarifbindung des Krankenhauses oder Altenheims selbst auch keine tarifvertragliche Bindung an den BAT, BMT-G oder einen anderen Tarifvertrag; die Servicegesellschaft kann eine interne Vergütungsordnung für ihre Mitarbeiter aufstellen. Unberührt bleiben dagegen individualrechtliche Ansprüche auf Vergütung nach einem bestimmten Tarifvertrag.

Das gleiche gilt für die Mitgliedschaft in der Zusatzversorgungskasse der bayerischen Gemeinden (ZVK) oder einer anderen Zusatzversorgungskasse; soweit die Servicegesellschaft der ZVK nicht beitrifft, besteht keine Verpflichtung, die Beschäftigten dort anzumelden. Unberührt bleiben auch hier individualrechtliche Ansprüche auf Verschaffung einer Zusatzversorgung.

Da in der Praxis überwiegend nur neue Mitarbeiter in der Servicegesellschaft zu den dortigen Konditionen angestellt werden, während das „Altpersonal“ des Krankenhauses bzw. Altenheims durch einen Personalgestellungsvertrag der Servicegesellschaft zur Verfügung gestellt wird, bis es im Rahmen der natürlichen Fluktuation ausgeschieden ist, soll die tarifrechtliche

Problematik, die sich bei einem Betriebsübergang des „Altpersonals“ auf die Servicegesellschaft stellt (Fortgeltung des Tarifvertrags, Nachwirkung des Tarifvertrags, individualvertragliche Bezugnahme Klauseln), nicht näher erläutert werden.

5.2 Betriebsübergang

Bei Vorliegen der nachfolgend dargestellten Voraussetzungen kann ein Betriebsübergang vorliegen, wenn bisher fremdvergebene Dienstleistungen zukünftig durch eine eigene Servicegesellschaft des Krankenhauses oder Altenheims durchgeführt werden sollen.

Ausgangspunkt für die Frage, ob ein Betriebsübergang vorliegt, ist die Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14.02.1977 („Betriebsübergangsrichtlinie“); danach soll die Kontinuität der im Rahmen einer wirtschaftlichen Einheit bestehenden Arbeitsverhältnisse unabhängig von einem Inhaberwechsel gewährleistet sein. Der EuGH hat mit Urteil vom 20.11.2003⁵ entschieden, daß die Anwendung der Betriebsübergangsrichtlinie nicht voraussetzt, daß zwischen Veräußerer und Erwerber unmittelbar vertragliche Beziehungen bestehen; die Übertragung kann auch unter Einschaltung eines Dritten, wie z.B. des Eigentümers oder des Verpächters, erfolgen. Der Übergang der Räumlichkeiten und des vom Verpächter zur Verfügung gestellten Inventars, der z.B. für die Zubereitung und die Verteilung der Speisen an die Patienten und das Personal des Verpächters unerlässlich erscheint, reicht unter diesen Umständen für die Erfüllung der Merkmale des Übergangs der wirtschaftlichen Einheit aus, weil der Verpächter den Pächtern nacheinander wesentliche materielle Betriebsmittel zur Verfügung stellt.

Es ist daher jeweils zu prüfen, ob die übernommene Tätigkeit den Einsatz einer Betriebsmittelgesamtheit in nennenswertem Umfang erfordert. Ist eine betriebsmittelarme Funktion betroffen, (z.B. Bewachungs- und Reinigungsaufgaben), ist eine schlichte Tätigkeitsnachfolge nicht als Betriebsübergang zu qualifizieren, weil die Funktionsübernahme als solche nicht zum Übergang einer wirtschaftlichen Einheit führt, sofern nicht andere Indizien (z.B. Übernahme der Hauptbelegschaft) für einen Betriebsübergang sprechen.⁶

Liegt ein Betriebsübergang in dem oben beschriebenen Sinne vor, so tritt der Erwerber nach § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein, d.h. der Erwerber übernimmt sämtliche einzelvertraglich getroffenen Vereinbarungen (Arbeitsvertrag, betriebliche Übung und Gesamtzusage); dies gilt auch bei einer Tarifbindung durch Bezugnahme im Arbeitsvertrag (z.B. „BAT in seiner jeweils gültigen Fassung“). § 3 Abs. 3 (Fortgeltung des Tarifvertrags) und § 4 Abs. 5 TVG (Nachwirkung des Tarifvertrags) sind weder unmittelbar noch analog anwendbar.

Sind die Rechte und Pflichten aber nicht nur einzelvertraglich, sondern durch Rechtsnormen eines Tarifvertrags oder durch eine Betriebsvereinbarung geregelt, dann werden sie mit dem Betriebsübergang Bestandteil des einzelnen Arbeitsverhältnisses und dürfen nicht vor Ablauf eines Jahres nach dem Zeitpunkt des Übergangs zum Nachteil des Arbeitnehmers geändert werden (vgl. § 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Übernahme eines Tarifvertrags als Bestandteil des Arbeitsverhältnisses erfolgt statisch, nicht aber dynamisch. Damit haben nachträgliche Änderungen des Tarifvertrags keine Auswirkungen auf die Arbeitsverhältnisse der betroffenen Arbeitnehmer. Etwas anderes gilt nach § 613 a Abs. 1 Satz 3 BGB nur, wenn beim Erwerber

⁵ EuGH, Urteil vom 20.11.2003, DB 2003, 2654 (Sodexho)

⁶ Schnitker/Grau, DB 2004, 275; Willemsen/Annus, DB 2004, 134, 135

eine beiderseitige Tarifbindung an einen neuen Tarifvertrag besteht⁷ oder der Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt wurde.

Kommt beim Erwerber keine beiderseitige Tarifbindung zustande, können die bisherigen Tarifverträge nur dann durch Tarifverträge zum gleichen Gegenstand abgelöst werden, wenn das Arbeitsverhältnis in den Geltungsbereich des neuen Tarifvertrags fällt und Arbeitnehmer und Erwerber seine Anwendung vereinbaren (§ 613 a Abs. 1 Satz 4 Alternative 2 BGB).

Eine Ablösung der Regelungen eines Tarifvertrags durch Betriebsvereinbarung dürfte im Regelfall am Tarifvorbehalt des § 77 Abs. 3 BetrVG scheitern. Folgt man der Vorrangtheorie, kommen solche Vereinbarungen nur dann in Betracht, wenn der Regelungsgegenstand in den Anwendungsbereich von § 87 Abs. 1 BetrVG fällt.

Die als Bestandteil des Arbeitsverhältnisses fortgeltenden Regelungen eines Tarifvertrags können also erst nach Ablauf der 1-Jahresfrist durch Änderungskündigung oder Änderungsvereinbarung abgelöst werden; bei einer Änderungskündigung müssen aber die allgemeinen Voraussetzungen, also insbesondere der Kündigungsschutz nach §§ 1, 2 KSchG, beachtet werden.

Während die Kündigung des bestehenden Arbeitsverhältnisses durch den bisherigen Arbeitgeber oder durch den neuen Inhaber **wegen** des Betriebsübergangs nach § 613 a Abs. 4 BGB unwirksam ist, bleibt das Recht zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus anderen Gründen (betriebsbedingten, verhaltensbedingten oder personenbedingten) weiterhin möglich.

Seit dem 01.04.2002 trifft den Arbeitgeber eine Informationspflicht. Der bisherige Arbeitgeber oder der neue Inhaber sind nach § 613 a Abs. 5 BGB verpflichtet, die von einem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer vor dem Übergang in Textform über den Zeitpunkt oder den geplanten Zeitpunkt des Übergangs, den Grund für den Übergang, die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer und die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen zu unterrichten. Die Anforderungen sind erheblich; es ist nicht ausreichend, die in § 613 a BGB genannten Folgen umrißweise zu beschreiben. Der Arbeitnehmer kann nach § 613 a Abs. 6 BGB dem Übergang des Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung schriftlich widersprechen. Der Widerspruch kann gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber oder dem neuen Inhaber erklärt werden. Wird die Informationspflicht verletzt, besteht das Widerspruchsrecht fort; ob und inwieweit gegen dessen Fortbestand Verwirkung eingewendet werden kann, hängt von den Umständen, also vom Inhalt der Information, und vom Zeitablauf ab; Rechtsprechung zu den zeitlichen Grenzen liegt, soweit ersichtlich, bislang nicht vor.

5.3 Personalgestellung und Arbeitnehmerüberlassungsgesetz

Nach § 1 Abs. 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) ist die gewerbsmäßige Überlassung von Arbeitnehmern zur Arbeitsleistung erlaubnispflichtig. Gewerbsmäßigkeit setzt Gewinnerzielungsabsicht und Wiederholungsabsicht voraus. Für die Frage der Gewerbsmäßigkeit ist es unerheblich, ob die Arbeitnehmerüberlassung für einen Betrieb Hauptzweck oder nur Nebenzweck ist. Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung liegt unabhängig vom Betriebszweck immer dann vor, wenn ein Arbeitnehmer des Betriebs in Gewinnerzielungsabsicht an einen

⁷ vgl. BAG, Urteile vom 30.08.2000, DB 2001, 763, und vom 21.02.2001, DB 2001, 1837

Dritten überlassen wird.⁸ Gewinnerzielungsabsicht liegt auch vor, wenn nur Verluste verringert werden sollen. In ihrer aktuellen Dienstanweisung zum AÜG geht die Bundesagentur für Arbeit nunmehr davon aus, daß sich auch bei gemeinnützigen Einrichtungen, also bei Krankenhäusern und Altenheimen, die Gemeinnützigkeit für den Bereich der Arbeitnehmerüberlassung ausdrücklich aus der Bescheinigung gemäß § 52 AO ergeben muß. Die zuständigen Landesarbeitsämter sind danach gehalten, durch das zuständige Finanzamt die Frage der Gemeinnützigkeit auch unter dem Aspekt des Verleihs von Arbeitskräften bewerten und dies in der Bescheinigung zur Gemeinnützigkeit zum Ausdruck bringen zu lassen. Die Anerkennung der sonstigen Tätigkeiten der Gesellschaft als gemeinnützig ist nicht entscheidend.⁹ Da aber die entgeltliche Gestellung von Personal - auch nur gegen Aufwendungsersatz - bei einem gemeinnützigen Krankenhaus oder Altenheim grundsätzlich einen steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb im Sinne der §§ 14, 64 AO begründet¹⁰, kann der Nachweis der Gemeinnützigkeit der Arbeitnehmerüberlassung regelmäßig nicht erbracht werden.

Allerdings besteht die Möglichkeit, daß sich das entleihende Krankenhaus oder Altenheim auf § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG beruft, wonach das AÜG nicht anzuwenden ist, wenn die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen im Sinne des § 18 AktG stattfindet und der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend nicht bei seinem Arbeitgeber, sondern in einem anderen Unternehmen des Konzerns leistet. Ein Konzern im Sinne von § 18 AktG setzt eine einheitliche Leitung von herrschendem und abhängigem Unternehmen voraus, ohne daß dieser Begriff definiert ist; bei Geschäftsführeridentität zwischen Krankenhaus bzw. Altenheim und der Tochter-Servicegesellschaft, an der eine Mehrheitsbeteiligung besteht, ist unseres Erachtens von einer einheitlichen Leitung auszugehen. Das Kriterium „vorübergehend“ ist immer dann als erfüllt anzusehen, wenn von vornherein eine Befristung geplant ist, unabhängig davon, wie lange diese Befristung währt. Sie kann aus in der Natur der Sache liegenden Gründen im Einzelfall sogar mehrere Jahre dauern. Das Ziel der späteren Weiterbeschäftigung beim ursprünglichen Arbeitgeber muß aber fortbestehen.¹¹

Keine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des AÜG liegt dagegen vor, wenn die Servicegesellschaft mit dem Krankenhaus bzw. Altenheim einen Dienst-, Werk- oder Geschäftsbesorgungsvertrag schließt,¹² in dem ihr die zu erbringenden Serviceleistungen übertragen werden, und die Arbeitnehmer der Servicegesellschaft zum Zwecke der Erfüllung dieses Vertrages in das Krankenhaus bzw. Altenheim geschickt werden. Dabei ist allerdings zu beachten, daß das Direktionsrecht bei der Servicegesellschaft bleibt und ihr die Arbeitsergebnisse zugerechnet werden, d.h. daß das unternehmerische Risiko bei der Servicegesellschaft liegt.

Da sowohl die gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung als auch die Beschäftigung eines ohne Erlaubnis überlassenen Leiharbeitnehmers als Ordnungswidrigkeit geahndet werden und eine Geldbuße bis zu 25.000,- Euro nach sich ziehen können, sollte der Sachverhalt in jedem Fall

⁸ vgl. Bundesagentur für Arbeit, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz - Durchführungsanweisungen - Stand Januar 2004, Nr. 1.1.3

⁹ vgl. Bundesagentur für Arbeit, a.a.O.

¹⁰ vgl. Finanzministerium Bayern, Erlaß vom 13.04.2000, DB 2000, 954; Buchna, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 8. Auflage, S. 218

¹¹ vgl. Bundesagentur für Arbeit, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz - Durchführungsanweisungen - Stand Januar 2004, Nr. 1.3.2

¹² vgl. Bundesagentur für Arbeit, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz - Durchführungsanweisungen - Stand Januar 2004, Nr. 1.1.6 bis 1.1.10 und Bundesanstalt für Arbeit, Merkblatt zur Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen von Werk- und selbständigen Dienstverträgen sowie anderen Formen drittbezogenen Personaleinsatzes

mit dem zuständigen Landesarbeitsamt (für Bayern: Landesarbeitsamt Nürnberg) abgeklärt werden. Eine eventuell erforderliche Erlaubnis wird in den ersten drei aufeinanderfolgenden Jahren zunächst mit einer Befristung auf jeweils ein Jahr erteilt; im Anschluß daran kann die Erlaubnis unbefristet erteilt werden. Die Gebühr für die Erteilung oder Verlängerung einer befristeten Erlaubnis beträgt gegenwärtig 750,- Euro. Für die Erteilung einer unbefristeten Erlaubnis werden 2000,- Euro erhoben.

5.4 Betriebsverfassungsrechtliche Fragestellungen

Soweit ein Krankenhaus bzw. Altenheim als Regiebetrieb, Eigenbetrieb oder Kommunalunternehmen geführt wird, gilt das jeweilige Landespersonalvertretungsrecht; auf die Servicegesellschaft als private Rechtsform ist dagegen Betriebsverfassungsrecht anwendbar. Danach können in Betrieben mit mindestens fünf wahlberechtigten, d.h. volljährigen Arbeitnehmern, von denen drei wählbar sind, d.h. mindestens sechs Monate dem Betrieb angehören, Betriebsräte auf die Dauer von vier Jahren gewählt werden (vgl. § 1 BetrVG). Die Zahl der Betriebsratsmitglieder richtet sich nach der Zahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer, bei fünf bis 20 beispielsweise ein Betriebsrat, bei 21 bis 50 drei Betriebsräte etc. (vgl. § 9 BetrVG). Beginnend ab 200 Arbeitnehmern sind Betriebsratsmitglieder in Abhängigkeit von der Größe des Betriebs (bei 200 bis 500 Arbeitnehmer ein Betriebsratsmitglied) von ihrer beruflichen Tätigkeit freizustellen (vgl. § 38 BetrVG).

Wesentliche Rechte des Betriebsrats ergeben sich aus den §§ 99, 102 BetrVG (Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 Abs. 2 BetrVG bei Einstellungen und Widerspruchsrecht nach § 102 Abs. 3 BetrVG bei Kündigungen). Im Falle einer Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des AÜG stellt § 14 Abs. 3 AÜG klar, daß der Entleiher vor der Übernahme eines Leiharbeitnehmers zur Arbeitsleistung verpflichtet ist, den Betriebsrat nach § 99 BetrVG zu unterrichten. Aber nicht nur im Falle einer Arbeitnehmerüberlassung greift die Unterrichtungspflicht nach § 99 BetrVG, sondern generell bei einer Einstellung, die zu einer tatsächlichen Eingliederung in den Betrieb führt. Eine Einstellung im Sinne von § 99 BetrVG kann daher auch hinsichtlich werk- oder dienstvertraglicher Tätigkeit vorliegen, wenn Personen, die als Erfüllungsgehilfen eines Dienstleisters oder Werkunternehmers im Betrieb des Auftraggebers tätig werden, so in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers eingegliedert werden, daß dieser die für ein Arbeitsverhältnis typischen Entscheidungen über deren Arbeitseinsatz auch nach Zeit und Ort zu treffen hat.¹³ Typische Weisungen über den Arbeitseinsatz sind solche, mit denen die individuelle Arbeitspflicht nach Gegenstand, Ort und Zeit konkretisiert wird, etwa die Bestimmung des täglichen Arbeitsbeginns, die Zuweisung einer bestimmten Aufgabe oder die Reihenfolge der Arbeitsschritte. Nicht den konkreten Arbeitseinsatz betreffen dagegen Weisungen, die sich auf die Person des Arbeitnehmers beziehen, etwa die Gewährung von Freizeiten oder die Festlegung des Urlaubs. Auch wenn solche Weisungen beim Vertragsarbeitgeber verbleiben, steht dies einer Einstellung im Sinne von § 99 BetrVG nicht entgegen. Im Ergebnis trifft das BAG damit mitbestimmungsrechtlich dieselbe Abgrenzung wie individualrechtlich zur Arbeitnehmerüberlassung.

Obwohl Krankenhaus bzw. Altenheim und Servicegesellschaft selbständige Unternehmen sind, können sie auch einen gemeinsamen Betrieb im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrVG bilden, für den dann nur ein gemeinsamer Betriebsrat zu wählen ist. Ein gemeinsamer Betrieb liegt vor, wenn mindestens zwei Unternehmen die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel für einen oder mehrere einheitliche arbeitstechnische Zwecke zu-

¹³ vgl. BAG, Urteil vom 13.03.2001, NZA 2001,1262

sammenfassen, ordnen, gezielt einsetzen und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leistungsapparat gesteuert wird.¹⁴ Für einen gemeinsamen Betrieb müssen sich die beteiligten Unternehmen zumindest stillschweigend zu einer gemeinsamen Führung rechtlich verbunden haben. Voraussetzung ist also ein einheitlicher Leitungsapparat, welcher die der Beteiligung des Betriebsrats unterliegenden wesentlichen Entscheidungen im personellen und sozialen Bereich trifft. Eine rein unternehmerische Zusammenarbeit etwa auf der Grundlage von Organ- oder Beherrschungsverträgen reicht ebenso wenig aus wie die einfache Anordnung einer Konzernholding an die Tochtergesellschaft, für sie bestimmte Arbeiten zu erledigen. Der einheitliche Leitungsapparat erfordert eine rechtliche Verbindung der beteiligten Unternehmen;¹⁵ ihre tatsächliche Zusammenarbeit reicht nicht aus, weil sonst die Vermutung des § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG überflüssig wäre. Um daher einen gemeinsamen Betrieb zwischen Krankenhaus bzw. Altenheim und Servicegesellschaft zu vermeiden, müssen jedenfalls die Arbeitgeberfunktionen im personellen und sozialen Bereich getrennt ausgeübt werden.

6. Steuerrechtliche Aspekte bei der Gründung von Servicegesellschaften

Die Servicegesellschaft selbst übt keine gemeinnützige Tätigkeit im Sinne von § 52 AO¹⁶ aus und unterliegt daher der Körperschaftsteuer (§ 1 Abs. 1 KStG) und der Gewerbesteuer (§ 2 Abs. 2 GewStG); umsatzsteuerlich ist die Servicegesellschaft Unternehmer, so daß ihre Leistungen der Umsatzsteuer unterliegen (§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UStG), soweit nicht eine umsatzsteuerliche Organschaft vorliegt.

6.1 Umsatzsteuerliche Organschaft

Durch die Begründung einer umsatzsteuerlichen Organschaft wird der Leistungsaustausch zwischen dem Organträger (Krankenhaus bzw. Altenheim) und der Organgesellschaft (Servicegesellschaft) als nicht steuerbarer Innenumsatz behandelt, da die Servicegesellschaft als unselbständiger Unternehmensteil anzusehen ist (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG). Rechnungen innerhalb des Organkreises haben daher den Charakter innerbetrieblicher Buchungsbelege und sind deshalb keine Außenrechnungen im Sinne von § 14 c UStG. Der Organkreis hat die Berechtigung zum Vorsteuerabzug, wenn umsatzsteuerpflichtige Außenumsätze (Drittgeschäft) durchgeführt werden.

Eine umsatzsteuerliche Organschaft liegt vor, wenn eine juristische Person (Organgesellschaft) nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in ein anderes Unternehmen (Organträger) eingegliedert ist (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG). Der Krankenhaus- bzw. Altenheimträger ist durch den Betrieb des Krankenhauses Unternehmer im Sinne des Umsatzsteuergesetzes (§ 2 Abs. 3 UStG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 KStG). Es ist nicht erforderlich, daß alle drei Eingliederungsmerkmale gleichermaßen ausgeprägt sind;

¹⁴ Vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG, wonach ein gemeinsamer Betrieb dann vermutet wird, wenn zur Verfolgung arbeits-technischer Zwecke die Betriebsmittel sowie die Arbeitnehmer von den Unternehmen gemeinsam eingesetzt werden.

¹⁵ vgl. BAG, Urteil vom 29.04.1999, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 3

¹⁶ Vgl. BFH, Urteil vom 19.07.1995, BStBl 1996 II S. 28, wonach eine Körperschaft, die ausschließlich Krankenhauswäsche oder ähnliches reinigt, nicht gemeinnützig ist, weil die Wäscherei damit zu nicht-begünstigten Betrieben derselben oder ähnlicher Art in einen vermeidbaren Wettbewerb tritt. Auch der potentielle Wettbewerb ist durch § 65 Nr. 3 AO geschützt.

Organschaft kann auch gegeben sein, wenn die Eingliederung auf einem dieser drei Gebiete nicht vollkommen, dafür aber auf den anderen Gebieten um so eindeutiger ist, so daß sich die Eingliederung aus dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse ergibt (R 21 Abs. 1 Satz 2 UStR).

Die **finanzielle** Eingliederung setzt voraus, daß ein Unternehmer im Sinne von § 2 Abs. 1 UStG über eine entsprechende kapitalmäßige Beteiligung an einer juristischen Person verfügt, die es ihm ermöglicht, im Rahmen der Willensbildung der Organgesellschaft seinen eigenen Willen durchzusetzen. Soweit die Anteile an der Servicegesellschaft nicht nur durch das Krankenhaus bzw. Altenheim gehalten werden, sondern auch ein privater Partner an der Servicegesellschaft beteiligt ist, kann eine umsatzsteuerliche Organschaft zum Krankenhaus bzw. Altenheim daher nur begründet werden, wenn entweder die Beteiligung über 50 v.H. liegt oder dem Krankenhaus bzw. Altenheim jedenfalls die Mehrheit der Stimmrechte zusteht.

Die **wirtschaftliche** Eingliederung kommt insbesondere darin zum Ausdruck, daß die Organgesellschaft gemäß dem Willen des Organträgers im Rahmen des Gesamtunternehmens wirtschaftlich tätig ist und zwischen dem Organträger und der Organgesellschaft aufgrund gegenseitiger Förderung und Ergänzung mehr als nur unerhebliche wirtschaftliche Beziehungen bestehen.¹⁷ Es liegt ein enger wirtschaftlicher Zusammenhang vor, wenn der Betrieb des Krankenhauses bzw. Altenheims infrastrukturelle Dienstleistungen erfordert. Diese Dienstleistungen dienen daher dem Gesamtunternehmen Krankenhaus bzw. Altenheim, so daß der Servicegesellschaft im Verhältnis zum Krankenhaus bzw. Altenheim keine eigenständige Bedeutung mehr zukommt. Hieraus wird die wirtschaftliche Eingliederung ersichtlich.

Die **organisatorische** Eingliederung liegt nach ständiger Rechtsprechung vor, wenn der Organträger über seine Befugnisse als Mehrheitsgesellschafter hinaus durch geeignete organisatorische Maßnahmen sicherstellt, daß die tägliche Geschäftsführung der Organgesellschaft entsprechend seinem Willen erfolgt. Der Mehrheitsgesellschafter muß daher die Kompetenz haben (und auch nachhaltig ausüben), Einzelfallentscheidungen in der täglichen Geschäftsführung zu treffen und seinen Willen durchzusetzen. Dies kann auch durch die Verflechtung von Geschäftsführungsbefugnissen oder durch Personalunion der Entscheidungsträger beim Organträger und bei der Organgesellschaft gewährleistet werden.

6.2 Steuerliche Behandlung der Beteiligung an der Servicegesellschaft beim Krankenhaus bzw. Altenheim

Grundsätzlich ist die Beteiligung eines gemeinnützigen Krankenhauses bzw. Altenheims an einer nicht gemeinnützigen Servicegesellschaft in der Form einer GmbH dem nicht steuerpflichtigen Bereich der Vermögensverwaltung (vgl. § 14 Satz 3 AO und Nr. 3 AEAO zu § 64) zuzuordnen. Sie ist jedoch dann ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb, wenn mit ihr tatsächlich ein entscheidender Einfluß auf die laufende Geschäftsführung der Kapitalgesellschaft ausgeübt wird oder eine Betriebsaufspaltung vorliegt. Eine Einflußnahme auf die Kapitalgesellschaft „lediglich“ im Rahmen der gesetzlich zustehenden Gesellschafterrechte und -pflichten kann die Annahme eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs jedoch nicht rechtfertigen. Erst ein aktives Eingreifen in die Geschäftsführung einer Kapitalgesellschaft würde die Tätigkeit als einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb ausweisen. Ein entscheidender Einfluß auf die laufende Geschäftsführung ist stets dann anzunehmen, wenn hinsichtlich der Geschäftsführung der Servicegesellschaft und des Krankenhauses bzw. Altenheims Personalunion besteht. Da zur Herstellung der organisatorischen Eingliederung im Rahmen der umsatzsteuerlichen Organschaft

¹⁷ BFH, Urteil vom 03.04.2003, GmbHR 2003, 904

in der Regel Personalunion in der Geschäftsführung oder zumindest ein tatsächlicher Einfluß auf die Geschäftsführung der Servicegesellschaft bestehen wird (siehe oben), ist auch die Beteiligung an der Servicegesellschaft regelmäßig ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb beim Krankenhaus bzw. Altenheim.

Gemeinnützige Körperschaften unterliegen nur mit den Gewinnen aus steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben der Ertragsbesteuerung. Die Erträge aus Beteiligungen, die der Vermögensverwaltung zuzuordnen sind, werden von dieser partiellen Steuerpflicht nicht erfaßt. Die auf den Beteiligungserträgen lastende Kapitalertragsteuer kann das Bundesamt für Finanzen dem Krankenhaus bzw. Altenheim nach Maßgabe des § 44 c EStG erstatten. Bei der Ermittlung des Einkommens bleiben Beteiligungserträge, die in einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb anfallen, nach § 8 b Abs. 1 KStG, Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen nach § 8 b Abs. 2 KStG außer Ansatz. Bei der Gewerbesteuer sind jedoch die außer Acht gelassenen Beteiligungserträge gegebenenfalls nach § 8 Nr. 5 GewStG hinzuzurechnen. Die durch die Servicegesellschaft einbehaltene und abgeführte Kapitalertragsteuer wird bei der steuerbegünstigten Anteilseignerin nicht erstattet, wenn die Anteile im wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gehalten werden (vgl. § 44 a Abs. 4 EStG), sondern nur im Zuge der durchzuführenden Körperschaftsteueranlagung angerechnet (vgl. § 8 Abs. 1 KStG, § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG).

Die Zuordnung der Beteiligung an der Servicegesellschaft zur Vermögensverwaltung oder zum wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb ist auch von Bedeutung für den Grundsatz der korrekten und zeitnahen Mittelverwendung. Nach Nr. 3 AEAO zu § 55 AO dürfen der Gewinn aus dem steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb und der Überschuß aus der Vermögensverwaltung nur für die satzungsmäßigen Zwecke verwendet werden. Dies schließt die Bildung von Rücklagen im wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb und im Bereich der Vermögensverwaltung nicht aus. Die Rücklagen müssen aber bei vernünftiger kaufmännischer Beurteilung wirtschaftlich begründet sein. Für die Bildung einer Rücklage im wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb muß ein konkreter Anlaß gegeben sein, der auch aus objektiver unternehmerischer Sicht die Bildung der Rücklage rechtfertigt. Eine fast vollständige Zuführung des Gewinns zu einer Rücklage im wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb ist nur dann für die Steuerbegünstigung unschädlich, wenn die Körperschaft nachweist, daß die betriebliche Mittelverwendung zur Sicherung ihrer Existenz geboten war.¹⁸ In der Vermögensverwaltung dürfen außerhalb der Regelung des § 58 Nr. 7 AO Rücklagen nur für die Durchführung konkreter Reparatur- oder Erhaltungsmaßnahmen an Vermögensgegenständen im Sinne des § 21 EStG gebildet werden. Die Maßnahmen, für die die Rücklage gebildet wird, müssen notwendig sein, um den ordnungsgemäßen Zustand des Vermögensgegenstandes zu erhalten oder wiederherzustellen, und in einem angemessenen Zeitraum durchgeführt werden können.

Nach Nr. 3 AEAO zu § 55 AO dürfen Verluste eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs grundsätzlich nicht durch Mittel des ideellen Bereichs, durch Gewinne aus Zweckbetrieben, durch Erträge aus der Vermögensverwaltung und durch das entsprechende Vermögen ausgeglichen werden. Eine Verwendung von Mitteln des ideellen Bereichs für den Ausgleich des Verlustes wird aber nicht angenommen, wenn dem ideellen Bereich in den sechs vorangegangenen Jahren Gewinne des einheitlichen steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs in mindestens gleicher Höhe zugeführt wurden. Insoweit ist der Verlustausgleich im Entstehungsjahr als Rückgabe früherer, durch das Gemeinnützigkeitsrecht vorgeschriebener Gewinnabführungen anzusehen (Nr. 4 AEAO zu § 55 AO). Der Ausgleich des Verlustes eines steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs mit Mitteln des ideellen Bereichs ist außerdem unschädlich für

¹⁸ BFH, Urteil vom 15.07.1998, BStBl 2000 II S. 162

die Steuerbegünstigung, wenn die Körperschaft innerhalb von zwölf Monaten nach Ende des Wirtschaftsjahres, in dem der Verlust entstanden ist, dem ideellen Tätigkeitsbereich wieder Mittel in entsprechender Höhe zuführt und die zugeführten Mittel nicht aus Zweckbetrieben, aus dem Bereich der steuerbegünstigten Vermögensverwaltung, aus Beiträgen oder aus anderen Zuwendungen, die zur Förderung der steuerbegünstigten Zwecke der Körperschaft bestimmt sind, stammen.¹⁹ Eine für die Steuerbegünstigung schädliche Verwendung von Mitteln für den Ausgleich von Verlusten des steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs liegt auch dann nicht vor, wenn dem Betrieb die erforderlichen Mittel durch ein betriebliches Darlehen zugeführt werden, das innerhalb von zwölf Monaten nach dem Ende des Verlustentstehungsjahres an den ideellen Bereich der Körperschaft zurückgegeben wird. Voraussetzung für die Unschädlichkeit ist, daß Tilgung und Zinsen für das Darlehen ausschließlich aus Mitteln des steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs geleistet werden. Die Belastung von Vermögen des ideellen Bereichs mit einer Sicherheit für ein betriebliches Darlehen (z.B. Grundschuld auf einer Sporthalle) führt grundsätzlich nicht zu einer anderen Beurteilung. Die Eintragung einer Grundschuld bedeutet noch keine Verwendung des belasteten Vermögens für den steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb. Die dargestellten Regelungen zum Ausgleich von Verlusten aus wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben gelten entsprechend für die Vermögensverwaltung.

In den Verfügungen der OFD München vom 29.08.2003²⁰ und der OFD Koblenz vom 07.10.2003²¹ äußert sich die Finanzverwaltung zu der Frage, ob es schädlich für die Gemeinnützigkeit des steuerbegünstigten Krankenhauses bzw. Altenheimes ist, wenn nicht begünstigte Serviceleistungen im Rahmen einer Betriebsaufspaltung in eine steuerpflichtige Dienstleistungs-GmbH ausgliedert und dieser entgeltlich Personal und bisher einem Zweckbetrieb gewidmete Räume einschließlich des Inventars zur Verfügung stellt. Die Finanzverwaltung kommt in den beiden Verfügungen zum Ergebnis, daß die entgeltliche Überlassung der Räume einschließlich Inventar an die Dienstleistungs-GmbH keine für die Gemeinnützigkeit schädliche Verwendung von Mitteln ist. Das Entgelt muß angemessen (marktüblicher Preis) sein. Die Vermietung von Wirtschaftsgütern im Sinne von § 21 EStG ist grundsätzlich eine vermögensverwaltende Tätigkeit. Wenn dagegen die Voraussetzungen einer Betriebsaufspaltung erfüllt sind, wird bei der Besteuerung gemeinnütziger Körperschaften eine vermögensverwaltende Tätigkeit als steuerpflichtiger wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb behandelt (Nr. 3 AEAO zu § 64).

6.3 Leistungsaustausch zwischen Krankenhaus bzw. Altenheim und Servicegesellschaft

Das Krankenhaus bzw. Altenheim muß die von der Servicegesellschaft erbrachten Leistungen vergüten; es muß ein angemessenes Entgelt vereinbart werden. Problematisch ist dies insbesondere deshalb, weil im Falle eines überhöhten Entgelts das Selbstlosigkeitsgebot des § 55 AO, nach dessen Abs. 1 Nr. 3 niemand durch unverhältnismäßig hohe Vergütungen begünstigt werden darf, mißachtet würde. Die Grenze, ab der Vergütungen als unangemessen anzusehen sind, läßt sich nicht in absoluten Beträgen festlegen. Als angemessen ist das anzusehen, was für eine vergleichbare Tätigkeit oder Leistung üblicherweise gezahlt wird. Im Falle eines zu niedrigen Entgelts dagegen könnte eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegen. Eine verdeckte Gewinnausschüttung im Sinne des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG ist eine Vermögensminderung oder verhinderte Vermögensmehrung, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlaßt ist, sich auf

¹⁹ BFH, Urteil vom 13.11.1996, BStBl 1998 II S. 711

²⁰ OFD München, Verfügung vom 29.08.2003, LEXinform-Nr. 0577796

²¹ OFD Koblenz, Verfügung vom 07.10.2003, DB 2003, 2413

die Höhe des Einkommens auswirkt und nicht auf einem den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften entsprechenden Gewinnverteilungsbeschluß beruht.²² Eine Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis liegt dann vor, wenn ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter die Vermögensminderung oder verhinderte Vermögensmehrung gegenüber einer Person, die nicht Gesellschafter ist, unter sonst gleichen Umständen nicht hingenommen hätte (vgl. Abschnitt 31 Abs. 3 Satz 4 KStR). Nach Abschnitt 31 Abs. 3 Satz 8 Nr. 6 KStR 1995 kommt eine verdeckte Gewinnausschüttung insbesondere dann in Betracht, wenn ein Gesellschafter an die Gesellschaft Waren und sonstige Wirtschaftsgüter zu ungewöhnlichen Preisen liefert oder von der Gesellschaft erwirbt oder besondere Preisnachlässe und Rabatte erhält. Es ist also auch in diesem Zusammenhang das zwischen Krankenhaus bzw. Altenheim und Servicegesellschaft vereinbarte Entgelt am Maßstab des mit einem fremden Dritten vereinbarten Entgelts (Drittvergleich) zu messen. Die Entgelte für die Leistungen der Servicegesellschaft sind daher sorgfältig zu kalkulieren. In den - vor Beginn der Leistungserbringung zu schließenden - Vertrag zwischen Krankenhaus bzw. Altenheim und Servicegesellschaft ist eine genaue Leistungsbeschreibung aufzunehmen, und die Preis- und MengenkompONENTEN sind festzulegen.

Hinzuweisen ist noch darauf, daß die Servicegesellschaft als rechtlich selbständiges Unternehmen auch dann, wenn die Lieferungen oder sonstigen Leistungen an Außenstehende 20 % der gesamten Lieferungen nicht übersteigen, nicht Zweckbetrieb nach § 68 Nr. 2 Buchstabe b AO (Selbstversorgungsbetrieb) ist mit der Folge, daß für Lieferungen und Leistungen der Servicegesellschaft an Außenstehende der bisher für das Krankenhaus bzw. Altenheim geltende ermäßigte Umsatzsteuersatz nach § 12 Abs. 2 Nr. 8 Buchstabe a UStG nicht mehr zur Anwendung kommt. Zu Außenstehenden in diesem Sinne gehören sowohl die Mitarbeiter des Krankenhauses bzw. Altenheims als auch die Kommune selbst.

7. Vergaberecht

Es stellt sich die Frage, ob das öffentlich-rechtliche Krankenhaus bzw. Altenheim als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB die Leistungen der Servicegesellschaft ohne weiteres bei dieser „einkaufen“ kann oder ob ein Vergabeverfahren durchgeführt werden muß. Nach § 2 Nr. 3 Vergabeverordnung (VgV) liegt der Schwellenwert für Liefer- und Dienstleistungsaufträge bei 200.000 €, bei unbefristeten Verträgen ergibt sich der Vertragswert nach § 3 Abs. 3 Satz 3 VgV aus der Zahlung für 48 Monate. Bei Überschreiten der Schwelle muß der Auftraggeber die Bestimmungen des Teils A der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A) einhalten.

Eine Ausnahme von der Anwendung der Vergabevorschriften hat der EuGH bei sogenannten „In-House-Geschäften“ in der „Teckal-Entscheidung“²³ für Lieferaufträge und in der „ARGE Gewässerschutz“²⁴ für Dienstleistungsaufträge anerkannt. Der BGH ist dieser Rechtsprechung in seiner Entscheidung vom 12.06.2001²⁵ gefolgt und hat dort festgestellt, daß es nicht zu einem öffentlichen Auftrag im Sinne von § 99 Abs. 1 GWB kommt, wenn ein öffentlicher Auftraggeber alleiniger Anteilseigner des Beauftragten ist, über diesen eine Kontrolle wie über eigene Dienststellen ausübt und der Beauftragte im Wesentlichen für diesen Auftraggeber tätig ist. Eine kon-

²² vgl. BFH, Urteile vom 22.02.1989, BStBl II S. 475, und vom 11.10.1989, BStBl 1990 II S. 89

²³ EuGH, Urteil vom 18.11.1999, NZBau 2000, 90

²⁴ EuGH, Urteil vom 07.12.2000, NZBau 2001, 99

²⁵ BGH, Beschluß vom 12.06.2001, DB 2001, 2245

krete Wesentlichkeitsgrenze hat die Rechtsprechung bislang nicht festgeschrieben; allerdings stellte das OLG Naumburg in seinem Vorlagebeschuß vom 08.01.2003²⁶ unter Berufung auf § 10 Abs. 1 Nr. 2 VgV dem EuGH die Frage, ob die dortige 80 %-Schwelle herangezogen werden kann. Die Entscheidung des EuGH bleibt abzuwarten.

Bei einer 100 %-Tochtergesellschaft hat der Auftraggeber umfassende Einfluß- und Steuerungsmöglichkeiten. Ob auch im Falle einer geringeren Beteiligung an einer privaten Gesellschaft von einem vergabefreien „In-House-Geschäft“ gesprochen werden kann, hat der BGH bislang offengelassen. Das BayObLG hat mit Beschuß vom 22.01.2002²⁷ für den Fall einer 51 %-Beteiligung ein vergabefreies „In-House-Geschäft“ abgelehnt. In dem dem Beschuß zugrundeliegenden Fall hielt das Gericht eine 51%ige Beteiligung eines kommunalen Zweckverbandes an einer GmbH nicht für ausreichend, um eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle zu begründen, da nach der Satzung einige Beschlüsse nur einstimmig gefaßt werden konnten, so daß kein umfassendes Weisungsrecht mehr vorlag. Mit dieser Entscheidung des BayObLG wurde deutlich, daß für die Beurteilung, 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. Es kommt vielmehr auf den Einzelfall und die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages an (Besetzung des Aufsichtsrats, Aufgabenzuschnitt des Aufsichtsrats, Notwendigkeit qualifizierter Mehrheiten im Aufsichtsrat oder in der Gesellschafterversammlung bei bestimmten Entscheidungen, vorbehaltene Prüfungsrechte für die Kommune, reine Kapitalbeteiligung oder Betriebsführungsleistung, Stimmrechtsbindungen etc.). Das OLG Naumburg hat in dem oben genannten Vorlagebeschuß²⁸ dem EuGH auch die Frage vorgelegt, ob durch die bloße gesellschaftsrechtliche Beteiligung eines Privaten an der beauftragten Gesellschaft ein vergabefreies „In-House-Geschäft“ ausgeschlossen wird und, für den Fall der Verneinung, wie das Kriterium „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ unter dem Aspekt der Ausgestaltung und Intensität der Kontrolle durch den öffentlichen Auftraggeber auszulegen ist. Auch hier bleibt die weitere Rechtsentwicklung abzuwarten.

8. Förderrecht

Förderrechtlich ist insbesondere zu beachten, daß die (Mit-)Benutzung von geförderten Anlagegegenständen einschließlich Räumen zu Zwecken außerhalb der akutstationären Krankenversorgung eine Rückzahlungspflicht von Fördermitteln auslösen kann. Soweit Fördermittel zur Beschaffung von Anlagegütern im auszugliedernden Bereich in Anspruch genommen wurden, sind die Art. 18 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 1 BayKrG zu beachten, wonach Förderbescheide ganz oder teilweise widerrufen werden können, wenn Fördermittel nicht mehr für den vorgesehenen Zweck verwendet werden. Der Widerruf der Förderbescheide führt zu einer Rückerstattungspflicht (vgl. Art. 20 BayKrG). Pauschale Fördermittel nach Art. 12 BayKrG verbleiben dem Krankenhaus und können für die Anschaffung anderer Anlagegüter verwendet werden. Soweit es sich um bedarfsnotwendige Anlagegüter handelt, die von der Servicegesellschaft mitgenutzt werden, greifen die Art. 11 Abs. 1 Satz 3 bis 8 bzw. Art. 12 Abs. 1 Satz 2 BayKrG in Verbindung mit § 6 DVBayKrG. Dies gilt auch für das Outsourcen auf Servicegesellschaften, an denen eine 100 %-Beteiligung besteht.²⁹

²⁶ vgl. OLG Naumburg, Beschuß vom 08.01.2003, NZBau 2003, 224

²⁷ BayObLG, Beschuß vom 22.01.2002, NZBau 2002, 397

²⁸ OLG Naumburg, Beschuß vom 08.01.2003, NZBau 2003, 224

²⁹ vgl. BKG-Mitteilungen, Nr. 21/2003 - 349 vom 17.11.2003

Inwieweit die Ausgliederung einzelner Krankenhausbereiche zu einem Widerruf von Förderbescheiden und damit verbunden zu Rückzahlungsverpflichtungen oder zu einer Pflicht zur Erstattung von Entgelten, die für die Mitbenutzung erzielt werden, nach § 6 DVBayKrG führt, ist im Einzelfall mit der zuständigen Förderbehörde abzuklären.

9. Konzernrechnungslegung

Die Gründung einer Servicegesellschaft kann für das Krankenhaus bzw. Altenheim die Verpflichtung zur Erstellung eines Konzernabschlusses und eines Konzernlageberichts nach §§ 290 ff. HGB auslösen. Nach § 290 Abs. 1 HGB hat das in der Rechtsform einer GmbH, nicht dagegen das in der Rechtsform eines Regie- oder Eigenbetriebs oder eines Kommunalunternehmens geführte Krankenhaus bzw. Altenheim in den ersten fünf Monaten des Konzerngeschäftsjahrs für das vergangene Konzerngeschäftsjahr einen Konzernabschluß und einen Konzernlagebericht aufzustellen, wenn die Servicegesellschaft unter der einheitlichen Leitung der Krankenhaus- bzw. Altenheim-GmbH (Mutterunternehmen) mit Sitz im Inland steht und dem Mutterunternehmen eine Beteiligung nach § 271 Abs. 1 HGB an der Servicegesellschaft (Tochterunternehmen) gehört. Für Kommunalunternehmen kann eine Pflicht zur Konzernrechnungslegung aus § 11 PubliG entstehen.

Nach § 290 Abs. 2 HGB ist die Krankenhaus- bzw. Altenheim-GmbH als Mutterunternehmen stets zur Aufstellung eines Konzernabschlusses und eines Konzernlageberichts verpflichtet, wenn ihr bei einem Tochterunternehmen die Mehrheit der Stimmrechte der Gesellschafter zusteht, sie berechtigt ist, die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans zu bestellen oder abzurufen, und sie gleichzeitig Gesellschafter ist oder auf Grund eines mit diesem Unternehmen geschlossenen Beherrschungsvertrags oder auf Grund einer Satzungsbestimmung dieses Unternehmens einen beherrschenden Einfluß ausübt.

Allerdings entfällt die Verpflichtung zur Aufstellung eines Konzernabschlusses und eines Konzernlageberichts für das Mutterunternehmen, wenn die Größenklassen nach § 293 Abs. 1 HGB bzw. § 11 PubliG nicht überschritten werden. Daneben können sich auch Einschränkungen aus § 296 HGB ergeben.

E. Veröffentlichungen

1. BKPV-Mitteilungen

RdNr.	Titel
1	Nochmals: Ausschreibungsfreie In-House-Geschäfte
2	EG-Beihilfenrecht Europäische Kommission nimmt neue Definition von KMU (kleine und mittlere Unternehmen) an
3	Vergaberecht: Begriff des öffentlichen Auftraggebers
4	Erhebung von Verbesserungsbeiträgen für Wasserversorgungs- und Entwässerungseinrichtungen
5	Keine Umsatzsteuerpflicht bei der Überlassung von Parkplätzen im Rahmen der Straßenverkehrsordnung durch eine Gemeinde, auch wenn die Parkflächen nicht nach dem Bayerischen Straßen- und Wegegesetz gewidmet sind
Bau 1	Änderung der Rechtsprechung: Zulässigkeit vorformulierter Vertragsstrafenklauseln nur mehr bis maximal 5 % der Auftragssumme
Bau 2	Zum Recht des Bauherrn, nach VOB/A ausgeschriebene Leistungen nicht oder mit einem anderen als dem ausgeschriebenen Inhalt in Auftrag zu geben
Bau 3	Anrechnung vorhandener Bausubstanz bei der Ermittlung des Architekten-, Ingenieur- und Fachplanerhonorars
Bau 4	Herausgabe einer Gewährleistungsbürgschaft gemäß § 17 Nr. 8 VOB/B
Bau 5	Entscheidung des BGH zur Beweislastumkehr, wenn der Auftraggeber einem vom Auftragnehmer beantragten gemeinsamen Aufmaß fernbleibt

2. Beratungsdienst für kommunale Unternehmen Nr. 1/2003