

Geschäftsbericht

2011

- auszugsweise -

Auszug aus dem Inhaltsverzeichnis

	Seite
...	
C. Aktuelle Fragen aus der Prüfungs- und Beratungstätigkeit	13
Aufsichtsrat – Stellung und Pflichten in kommunalen Unternehmen	13
Stellenbemessung in der Informationstechnik	25
Elektronische Archivierung von Belegen in Kommunalkassen – Prüfungserfahrungen, Praxisfragen sowie weitere Hinweise –	53
Die Kommune als Bauherrin Praxistipps für kommunale Mandatsträger in Entscheidungsgremien, an der Spitze der Verwaltung (insbesondere für Bürgermeister und Landräte) sowie für Mitarbeiter der Bauämter	72
Antworten auf Praxisfragen zur HOAI 2009	92
Arbeitnehmerüberlassung nach der Reform des AÜG	102
...	

C. Aktuelle Fragen aus der Prüfungs- und Beratungstätigkeit

Aufsichtsrat – Stellung und Pflichten in kommunalen Unternehmen

Verfasser: Gerhard **Bissinger**

Inhaltsübersicht	Seite
1 Vorbemerkung und Einordnung	14
2 Einflussssicherung der Kommune in rechtlich selbstständigen Unternehmen	14
3 Pflichten und Rechte des Aufsichtsrats in Gesellschaften mit beschränkter Haftung und GmbH & Co. KG	15
3.1 Der Aufsichtsrat (§ 52 GmbHG, §§ 95 bis 116 AktG)	15
3.2 Pflichten des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder	16
3.3 Rechte des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder	18
4 Rechtsbeziehungen der kommunalen Vertreter im Aufsichtsrat zur Kommune	19
4.1 Rechtsstellung	19
4.2 Informationspflicht gegenüber der Kommune	19
4.3 Rechte	20
4.3.1 Haftungsfreistellung	20
4.3.2 Rechtsschutz	20
5 Möglichkeiten der Einflussnahme auf Eigen- und Beteiligungsgesellschaften	21
5.1 Weisungsbindung der kommunalen Vertreter bei Interessenwahrnehmung der Kommune in besonderen Gesellschaftsorganen (Aufsichtsrat, Beirat); Kollision von Pflichten gegenüber Kommune und Unternehmen	21
5.2 Ende des Aufsichtsratsmandats	23
6 Beteiligungsmanagement als Unterstützung der Aufsichtsratsmitglieder	23

1 Vorbemerkung und Einordnung

Vor dem Hintergrund der Entwicklungen in jüngster Vergangenheit, nicht zuletzt ausgelöst durch die globale Finanzkrise, sind auch Aufgabenerledigung und Wirtschaftsführung kommunaler Beteiligungen in privater Rechtsform in den Fokus der Öffentlichkeit gerückt und gelegentlich leider auch Ziel staatsanwaltschaftlicher Ermittlungen geworden.¹

Der nachfolgende Beitrag beschäftigt sich mit der Stellung und den Pflichten des (fakultativen) Aufsichtsrats in kommunalen Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) und GmbH & Co. KG. Diese Gesellschaftsformen sind die am häufigsten gewählten Rechtsformen für die Auslagerung kommunaler Aufgaben.

Die grundsätzlichen Vorgaben für die Beteiligung der bayerischen Gebietskörperschaften an Unternehmen in Rechtsformen des privaten Rechts ergeben sich aus den einschlägigen Kommunalgesetzen. Für Gemeinden sind dies insbesondere die Art. 86 bis 96 der Gemeindeordnung (GO), für Landkreise die Art. 74 bis 84 der Landkreisordnung (LKrO) und für Bezirke die Art. 72 bis 81 a der Bezirksordnung (BezO). Zur Vereinfachung und besseren Lesbarkeit werden nachfolgend die Vorschriften der GO zitiert; die Regelungen der LKrO und BezO sind, soweit es um diesen Beitrag geht, inhaltsgleich.

Gemäß Art. 92 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GO sind gemeindliche Unternehmen in Privatrechtsform unter anderem nur zulässig, wenn die Gemeinde einen angemessenen Einfluss im Aufsichtsrat oder einem entsprechenden Gremium erhält. Dementsprechend soll die Gemeinde nach Art. 93 Abs. 2 GO bei der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags (insbesondere wenn noch weitere Gesellschafter beteiligt sind) darauf hinwirken, dass ihr das Recht eingeräumt wird, Mitglieder in einen Aufsichtsrat oder ein ähnliches Gremium zu entsenden, um einen angemessenen Einfluss sicherzustellen. In der Regel werden bei kommunalen Ausgliederungen in private Rechtsformen Aufsichtsgremien installiert und kommunale Vertreter in diese Gremien entsandt.

Die nachfolgenden Ausführungen betreffen damit einen gewichtigen Bereich im Zusammenhang mit der Ausgliederung kommunaler Aufgaben in Rechtsformen des privaten Rechts, also zur Durchführung „außerhalb des kommunalen Haushalts“.

2 Einflussssicherung der Kommune in rechtlich selbstständigen Unternehmen

Um die kommunalwirtschaftsrechtlichen Vorgaben der GO zu erfüllen, muss der Kommune gemäß Art. 92 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GO bei der Gründung oder Beteiligung an einem Unternehmen in der Rechtsform des privaten Rechts ein angemessener Einfluss im Aufsichtsrat oder einem entsprechenden Überwachungsorgan eingeräumt und der Gesellschaftsvertrag des Unternehmens entsprechend ausgestaltet werden. In der Regel werden zur kommunalen Einflussssicherung und Interessenwahrnehmung bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung fakultative Aufsichtsräte gebildet, in die kommunale Vertreter (meist aus dem ehrenamtlichen Kollegialorgan) entsandt werden (siehe hierzu Abschnitt 3.1). Im Gesellschaftsvertrag/in der Gesellschaftssatzung werden den Aufsichtsräten (gegebenenfalls mit einem Aufgabenkatalog)

¹ Vgl. hierzu auch den Artikel in der Zeitschrift Bayerischer Gemeindetag 04/2011 zur Haftung kommunaler Funktionsträger mit der Überschrift „Das Ende der Gemütlichkeit“, der auf diesbezügliche Haftungsbegrenzungsstrategien für Geschäftsführer, Aufsichts- und Verwaltungsräte in Sparkassen und kommunalen Betrieben eingeht.

ihre Aufgaben zugewiesen und entsprechende Entscheidungs-/Zustimmungsvorbehalte festgelegt. In diesem Zusammenhang wäre auch über ein gesellschaftsvertraglich verankertes Weisungsrecht der Kommune gegenüber den in den Aufsichtsrat entsandten Vertretern zu entscheiden (vgl. auch BVerwG vom 31.08.2011, Az.: 8 C 16.10).

3 Pflichten und Rechte des Aufsichtsrats in Gesellschaften mit beschränkter Haftung und GmbH & Co. KG

3.1 Der Aufsichtsrat (§ 52 GmbHG, §§ 95 bis 116 AktG)

Der Gesetzgeber hat den Aufsichtsrat als Kontrollorgan gegenüber der Geschäftsführung geschaffen (§ 111 AktG², § 52 GmbHG³) und als stärkstes Unternehmensorgan ausgestaltet. Im Gegensatz zu Aktiengesellschaften, die gemäß §§ 30, 95 ff. AktG verpflichtet sind, einen Aufsichtsrat zu bilden, kennt das GmbH-Gesetz keinen Pflichtaufsichtsrat. Nur in besonderen Fällen (nach Betriebsverfassungsgesetz bzw. Mitbestimmungsgesetzen z. B. für Betriebe mit mehr als 500 Arbeitnehmern [§ 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelBG⁴] und für Betriebe mit mehr als 2 000 Arbeitnehmern [§ 6 Abs. 1, § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG⁵]) sind Aufsichtsräte bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung obligatorisch. Stellung, Aufgaben, Pflichten und Rechte des **obligatorischen** Aufsichtsrats sind (vorbehaltlich speziellerer Regelungen nach Mitbestimmungsrecht) in §§ 95 ff. AktG normiert.

Ist kein obligatorischer Aufsichtsrat einzurichten, kann im Gesellschaftsvertrag einer GmbH bzw. GmbH & Co. KG die Bildung eines **fakultativen** Aufsichtsrats vorgesehen werden, was den Regelfall bei kommunalen Beteiligungsgesellschaften bildet.

Wird in Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit bis zu 500 Beschäftigten ein **fakultativer** Aufsichtsrat gebildet, gelten nach § 52 GmbHG die entsprechenden Bestimmungen des AktG, soweit im Gesellschaftsvertrag nicht etwas anderes bestimmt ist. Deshalb können für diese Aufsichtsräte im Gesellschaftsvertrag auch weitergehende Bestimmungen festgelegt werden, etwa über Weisungsrechte des Gemeinderats an die Aufsichtsratsmitglieder oder über Informationspflichten der Aufsichtsratsmitglieder an den Gemeinderat. Grundsätzlich sind die Mitglieder des Aufsichtsrats aber für das Wohl des Unternehmens verantwortlich. Sie repräsentieren weder „Aktionäre“ noch Arbeitnehmer und müssen sich daher bei ihren Entscheidungen oder Handlungen grundsätzlich an den Unternehmensinteressen ausrichten. Dabei hat bei einer kommunalen GmbH auch das Interesse des Anteilseigners, der Gemeinde, also im Ergebnis der Bürgerinnen und Bürger im Vordergrund zu stehen. Die Aufsichtsratsmitglieder handeln in diesem Spannungsfeld unabhängig und in eigener Verantwortung. Die unabhängige Stellung wird auch durch die zwingende Trennung von Aufsicht und Geschäftsführung sowohl in personeller Hinsicht als auch nach der funktionellen Aufgabe erreicht (§ 105 Abs. 1 AktG). Das Aufsichtsratsmandat ist ein persönliches Mandat; daher kann sich ein Aufsichtsratsmitglied auch nicht durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen (Ausnahme: gesellschaftsvertraglich oder in der Geschäftsordnung geregelte Stimmrechtsübertragung). Allerdings ist die Bestellung von

² Aktiengesetz

³ Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung

⁴ Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat

⁵ Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer

Ersatzmitgliedern zulässig. Ersatzmitglieder treten an die Stelle des ursprünglichen Aufsichtsratsmitglieds, wenn dieses ausgeschieden ist.

Zu den fachlichen Anforderungen an Mitglieder des Aufsichtsrats hat der Deutsche Städtetag mit Beschluss vom 12.05.2009 in Ziffer 2.1 folgende zur Anwendung empfohlene Eckpunkte für einen PCGK⁶ formuliert:

„Die Gesellschafterin besetzt den Aufsichtsrat mit qualifizierten Kräften. Diese müssen

- unabhängig Stadtinteressen vertreten*
- bereit sein, sich persönlich und fachlich weiter zu bilden*
- Zeit haben und die Anzahl ihrer Mandate beschränken*
- dem Unternehmensinteresse verpflichtet sein, die besonderen Interessen der Stadt vertreten, Entscheidungen nicht für persönliche Interessen nutzen.*
- Die Gesellschafterin legt die Aufsichtsratsvergütungen in nichtöffentlicher Sitzung fest.“*

In diesem Zusammenhang sollte eine umfassende Information für die kommunalen Vertreter sichergestellt werden, damit diese eine ihrer Aufsichtsratsfunktion entsprechende sachlich untermauerte Entscheidung treffen können (siehe auch Abschnitt 6).

3.2 Pflichten des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder

Die maßgeblichen Pflichten des Aufsichtsrats sind im Aktiengesetz normiert, dessen Bestimmungen über § 52 GmbHG auch für die GmbH gelten:

- Überwachung der Geschäftsführung (§ 111 Abs. 1 AktG)

Die Überwachung der Geschäftsführung ist die zentrale Aufgabe des Aufsichtsrats. Sie bezieht sich insbesondere auf die Recht- und Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung und schließt folgende Bereiche ein:

- Kontrolle der Geschäftsführung, insbesondere über einen festgelegten Katalog zustimmungsbedürftiger Entscheidungen oder/und mit Hilfe einer Geschäftsordnung für die Geschäftsführung; Überwachung der Geschäftstätigkeit der Geschäftsführer
- Entgegennahme der Berichte der Geschäftsführung (z. B. zur beabsichtigten Geschäftspolitik, Unternehmensplanung, Abweichungsanalyse, Rentabilität oder Geschäftsentwicklung), Bücher- und Schriftenkontrolle
- Risikoprüfung durch Entscheidung über Maßnahmen, welche von grundlegender Bedeutung für die Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage der Gesellschaft sind

⁶ Beschluss des Präsidiums des Deutschen Städtetags vom 12.05.2009, Eckpunkte für einen **Public Corporate Governance Kodex**, erarbeitet vom Fachausschuss für Wirtschaft und Europäischen Binnenmarkt des Deutschen Städtetags <http://www.staedtetag.de/imperia/md/content/beschlisse/11.pdf>

- Entgegennahme des Risikoberichts sowie Überprüfung des Risikofrüherkennungssystems
- Diskussion und Prüfung strategischer Konzepte und Planungsrechnungen
- Beurteilung der Erreichung der vom Gesellschafter gesetzten Ziele und deren Steuerung
- Früherkennung und Bewertung von ziel- und bestandsgefährdenden Risiken sowie gegebenenfalls Erarbeitung von Handlungsalternativen

Der Umfang und die Intensität der Aufsichtsratsstätigkeit in diesem Bereich sollten sich an der Lage der Gesellschaft orientieren.

- Ermessen oder Pflicht zum Einschreiten

In besonderen Fällen bestehen gesetzliche Pflichten, die den Aufsichtsrat zum Tätigwerden zwingen, z. B. Einberufung der Gesellschafterversammlung, wenn es das Wohl der Gesellschaft erfordert (Art. 111 Abs. 3 Satz 1 AktG⁷), wie etwa bei drohender Aufzehrung des Eigenkapitals.

- Ernennung und Abberufung der Geschäftsführung (soweit im Gesellschaftsvertrag an den fakultativen Aufsichtsrat übertragen)
- Prüfung des Jahresabschlusses (§ 171 Abs. 1 AktG)

Dem Aufsichtsrat obliegt die Prüfung des vom Geschäftsführer aufgestellten Jahresabschlusses einschließlich Anhang und Lagebericht sowie des Vorschlags zur Verwendung des Bilanzgewinns. Soweit die Gesellschaft der Prüfungspflicht unterliegt, hat der Abschlussprüfer an den Verhandlungen des Aufsichtsrats teilzunehmen und über die wesentlichen Ergebnisse seiner Prüfung zu berichten.

- Sorgfaltspflicht: „Ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter“

Die Aufsichtsratsmitglieder haben den gleichen Maßstab an das Tätigwerden der Geschäftsführung zu stellen wie diese selbst, nämlich die Ausrichtung an der „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters“ (§§ 116, 93 Abs. 1 AktG). Allerdings ist hierbei darauf zu achten, dass der Aufsichtsrat **nicht** operativ tätig werden sollte und darf. Eine übermäßige Einengung der Geschäftsführung durch Beschlussvorbehalte für den Aufsichtsrat kann negative Auswirkungen auf eine effiziente Betriebsführung haben. Durch eine extreme Beschneidung der Befugnisse des Geschäftsführers geht letztlich ein Teil der Vorteile verloren, welche für die GmbH etwa gegenüber einem Regiebetrieb ins Feld geführt werden.

– Treuepflicht

Grundsätzlich ist das Aufsichtsratsmitglied der Gesellschaft zur Loyalität verpflichtet. Für kommunale Mandatsträger, die zur Sicherstellung des gemeindlichen Einflusses in den Aufsichtsrat einer Beteiligungsgesellschaft entsandt sind, dürfte nach der Gesetzessyste-

⁷ siehe hierzu auch Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Auflage, 2010, RdNr. 249 zu § 52 GmbHG

matik an sich keine Interessenkollision entstehen, da aufgrund der Bindung des Unternehmensgegenstands an den öffentlichen Zweck gemäß Art. 87 Abs. 1 GO keine widerstreitenden Interessen entstehen sollten.

– Verschwiegenheitspflicht

Bei kommunalen Eigen- und Beteiligungsgesellschaften besteht aufgrund der zweifachen Mandatsausübung der entsandten Vertreter (Mitglied des kommunalen Kollegialorgans und Aufsichtsratsstätigkeit in kommunaler Beteiligungsgesellschaft) eine besondere Situation bezüglich der Verschwiegenheitspflicht im Verhältnis zur Kommune.

3.3 Rechte des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder

Mit den genannten Pflichten des Aufsichtsrats korrespondieren vielfach seine Rechte:

- Teilnahmerechte (Recht auf Ladung und Sitzungsteilnahme)
- Informationsrechte gegenüber der Geschäftsführung. Hierbei ist zu unterscheiden hinsichtlich
 - der Rechte, die jedem einzelnen Aufsichtsratsmitglied zustehen (z. B. Einsichts- und Prüfungsrechte betreffend Bücher und Schriften der Gesellschaft – dieses Recht kann durch Satzung modifiziert, nicht aber ausgeschlossen werden),
 - solcher Rechte, die der Aufsichtsrat als Gremium bzw. als Organ hat (Recht auf Berichterstattung durch die Geschäftsführung), sowie schließlich
 - der Befugnis einzelner Aufsichtsratsmitglieder, erforderliche Informationen für das Gremium insgesamt zu erzwingen.
- aufsichtsratsinterne Informationsrechte
 - Recht auf Kenntnisnahme der Beratungsunterlagen
 - Recht auf Aushändigung der Protokolle
 - Recht auf Einsichtnahme in die Aufsichtsratsakten
- Initiativrechte
 - Recht auf Einberufung des Aufsichtsrats
 - Recht zur Benennung von Tagesordnungspunkten
- Antragsrechte (gegebenenfalls auch durch Regelungen im Gesellschaftsvertrag modifiziert)

4 Rechtsbeziehungen der kommunalen Vertreter im Aufsichtsrat zur Kommune

4.1 Rechtsstellung

Die Aufsichtsrats­tätigkeit der kommunalen Vertreter in einer GmbH leitet sich aus der rechtlich vorgeschriebenen maßgeblichen Einfluss­sicherung ab und ist zu unterscheiden von der allgemeinen rechtsgeschäftlichen Vertretung der Kommune, die grundsätzlich durch den ersten Bürgermeister erfolgt. Das Mandat eines Aufsichtsratsmitglieds einer kommunalen Beteiligungsgesellschaft entsteht entweder im Wege der Bestellung durch die Gesellschafterversammlung (§ 52 Abs. 1 GmbHG, § 101 Abs. 1 Satz 1 AktG) oder durch Entsendung aufgrund gesellschaftsvertraglicher Regelung. Auch der erste Bürgermeister kann in den Aufsichtsrat berufen werden.

Vorsitz oder Mitgliedschaft im Aufsichtsrat eines kommunalen Unternehmens in privater Rechtsform ist für berufsmäßige Wahlbeamte und Beamte nach bayerischem Recht Nebentätigkeit, wenn sich das Kapital des Unternehmens ganz oder überwiegend in öffentlicher Hand befindet (für Wahlbeamte Art. 43 KWBG⁸ i. V. mit § 4 Abs. 2 Nr. 1 BayNV⁹). Vergütungen für die Tätigkeit im Aufsichtsrat werden von den Ablieferungsbestimmungen der §§ 9, 10 BayNV erfasst.

Die ehrenamtlich tätigen kommunalen Wahlbeamten (z. B. ehrenamtliche Bürgermeister) und ehrenamtliche Gemeinderatsmitglieder unterliegen nicht dem Nebentätigkeitsrecht. Soweit ehrenamtlich Tätige kraft Amtes oder auf Vorschlag oder Veranlassung des Dienstherrn in einem Aufsichtsrat, Vorstand oder sonstigen Organ oder Gremium eines privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmens Tätigkeiten wahrnehmen, sind allerdings von dort gewährte Vergütungen unter den Voraussetzungen des Art. 20 a Abs. 4 GO an die jeweilige Kommune abzuführen. Bei der Festsetzung des abzuführenden Betrags sind von den Vergütungen Aufwendungen abzusetzen, die im Zusammenhang mit der Tätigkeit nachweislich entstanden sind.

Ist die von der Kommune beauftragte Person gesetzlicher Vertreter eines Unternehmens (Vorstand, Geschäftsführer/in) und zugleich Mitglied des Gemeinderats, so ist sie von der Beratung und Abstimmung hinsichtlich der Fragen des Unternehmens im Gemeinderat ausgeschlossen (Art. 49 GO). Für Aufsichtsratsmitglieder hat dies nur Bedeutung, wenn der Gegenstand der Beratung und Abstimmung die beschränkte gesetzliche Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats tangiert (z. B. bei Vertretung der Gesellschaft gegenüber der Geschäftsführung gemäß § 52 Abs. 1 GmbHG, § 112 AktG).

4.2 Informationspflicht gegenüber der Kommune

Die zuständigen Organe der Kommune können nur dann sinnvoll Weisungen an die kommunalen Vertreterinnen und Vertreter in den Unternehmen erteilen, wenn sie über den Geschäftsablauf der Unternehmen informiert sind. Aus unserer Sicht wird das kommunale Vertretungsorgan im Rahmen der Mandatsträgerbetreuung durch das Beteiligungsmanagement unterstützt. Die gemeindlichen Vertreter trifft grundsätzlich eine entsprechende Pflicht zur Information der

⁸ Gesetz für kommunale Wahlbeamte

⁹ Bayer. Nebentätigkeitsverordnung

Weisungsberechtigten. Diese Verpflichtung besteht für weitere Bürgermeister und berufsmäßige Gemeinderatsmitglieder nach Art. 35 Abs. 2 KWBG; für ehrenamtliche Gemeinderatsmitglieder gehört die Information des Gemeinderats zur gewissenhaften Wahrnehmung ihrer Obliegenheiten gemäß Art. 20 Abs. 1 GO. Die gemeindlichen Vertreter sind insbesondere verpflichtet, den ersten Bürgermeister über besondere Entwicklungen im Geschäftsablauf zu unterrichten, falls dies noch nicht durch das Beteiligungsmanagement geschehen ist. Jedoch darf andererseits nicht gegen die Pflicht zur Geheimhaltung von Betriebsgeheimnissen verstoßen werden. Allerdings trifft nach § 394 AktG Aufsichtsratsmitglieder, die auf Veranlassung der Gemeinde gewählt oder entsandt worden sind, keine Verschwiegenheitspflicht, sofern sie nicht betriebliche Geheimnisse mitteilen, die für ihre Berichte an die Gemeinde ohne Bedeutung sind. Insoweit stimmen die Anforderungen aus der GO und dem AktG überein. Zu beachten ist allerdings, dass § 395 AktG den Kreis der Personen, denen gegenüber Bericht zu erstatten ist, einschränkt. Es geht nur um solche Personen, die damit betraut sind, die Beteiligung der Gebietskörperschaft zu verwalten und/oder zu prüfen. Hierzu zählen insbesondere das kommunale Vertretungsorgan (als Kollektiv), das Beteiligungsmanagement sowie die Organe der örtlichen und überörtlichen Rechnungsprüfung.

Von Fall zu Fall ist die Frage zu entscheiden, wie die Person, die die Kommune im Organ eines Unternehmens vertritt, von ihrem amtlichen Wissen Gebrauch machen soll. Ihre amtlichen Kenntnisse hat sie für sich bei den zu treffenden Entscheidungen stets zu berücksichtigen, da sie zu diesem Zweck entsandt wurde.

4.3 Rechte

4.3.1 Haftungsfreistellung

Wer als Vertretung der Kommune einem Unternehmen bzw. Unternehmensorgan angehört, haftet – wie sonst im Rechtsverkehr – persönlich für seine Tätigkeit nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts. Die gemeindlichen Vertreter haben aber grundsätzlich ein Rückgriffsrecht gegen die Gemeinde, wenn sie wegen ihrer Tätigkeit in den Unternehmen haftbar gemacht werden. Dieses Rückgriffsrecht entfällt, wenn sie den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt haben. Aber auch in einem solchen Fall haben die Vertreter ein Recht auf Haftungsfreistellung durch die Gemeinde, wenn sie nach ihnen erteilten Weisungen oder Richtlinien verfahren sind (siehe Art. 93 Abs. 2 GO).

Die Entlastung im GmbH-Recht hat auch für Mitglieder des fakultativen Aufsichtsrats weitergehende Bedeutung als im AktG. Sie ist in ähnlichem Umfang mit Verzichtswirkung verbunden, wie bei den Geschäftsführern. Wie diese haben Aufsichtsratsmitglieder Anspruch auf Entlastung in angemessenen Zeitabständen nach Rechnungslegung und Tätigkeitsbericht, im Regelfall also jährlich (Baumbach/Hueck, a. a. O., RdNr. 79 zu § 52 und RdNr. 84 zu § 46).

4.3.2 Rechtsschutz

Nach Art. 93 Abs. 3 GO muss die Gemeinde ihren Vertretern in allen Organen den Schaden ersetzen, der ihnen entsteht, wenn sie für ihre Tätigkeit in den Organen eines Unternehmens haftbar gemacht werden und den Schaden nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt haben. Liegt Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit vor, ist die Gemeinde nur dann schadensersatzpflichtig, wenn der Vertreter nach Anweisung gehandelt hat. Art. 93 Abs. 3 GO ist aber nur anwendbar, wenn die Tätigkeit der kommunalen Vertreter in den Organen des Unternehmens, an dem die Gemeinde beteiligt ist, eine Verletzung der Interessen des Unternehmens und da-

mit einer Haftung der gemeindlichen Vertreter gegenüber dem Unternehmen zur Folge hat. In diesen Haftungsfällen wird Beamten und Beschäftigten Rechtsschutz wie bei ihrer hauptamtlichen Tätigkeit gewährt.

Werden ehrenamtliche Gemeinderatsmitglieder in Organen von Unternehmen tätig, an denen die Gemeinde beteiligt ist, besteht ein so enger Zusammenhang zu ihrer amtlichen Tätigkeit, dass die allgemeine Voraussetzung für die Gewährung von Rechtsschutz bei ehrenamtlichen Gemeinderatsmitgliedern, nämlich eine Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit, grundsätzlich als gegeben anzusehen ist. Die materiellen Regelungen des Rechtsschutzes für Beamte und Beschäftigte gelten für den Rechtsschutz ehrenamtlicher Gemeinderäte entsprechend.

5 Möglichkeiten der Einflussnahme auf Eigen- und Beteiligungsgesellschaften

Im Hinblick auf die Möglichkeiten der Einflussnahme ist die jeweilige Rechtsform von entscheidender Bedeutung. Im Folgenden gehen wir auf die gängigsten Gesellschaftsrechtsformen (GmbH, GmbH & Co. KG) ein. Den Ausgangspunkt für die Ausgestaltung von Einflussmöglichkeiten bildet zunächst der Gesellschaftsvertrag bzw. die Satzung des Unternehmens. Hier ist die Kommune angehalten, die für die Sicherstellung eines angemessenen Einflusses erforderlichen Festlegungen zu treffen und gegebenenfalls Aufgabenzuordnungen bzw. Zustimmungsvorbehalte für Aufsichtsgremien wie den Aufsichtsrat festzulegen. Gerade im Hinblick auf das Urteil des BVerwG vom 31.08.2011 (FSt 49/2012), worin die Einflussmöglichkeiten der Kommune auf ihre entsandten Vertreter in fakultativen Aufsichtsräten jüngst betont wurden, sollten die Kommunen im Gesellschaftsvertrag von Gesellschaften mit beschränkter Haftung auch das kommunale Weisungsrecht explizit regeln. Zwar geht das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung davon aus, dass kommunale Gremien gegenüber ihren Vertretern in einem fakultativ errichteten Aufsichtsrat z. B. eines Versorgungsunternehmens, das als Gesellschaft mit beschränkter Haftung organisiert ist und an dem die Kommune eine Mehrheitsbeteiligung hält, auch dann weisungsbefugt sein können, wenn dies im Gesellschaftsvertrag nicht explizit verankert ist. Jedoch ist dies vor dem Hintergrund entsprechender eindeutiger Regelungen zur Weisungsbindung in den Kommunalgesetzen zu sehen. In Bayern besteht hierzu die Sollvorschrift des Art. 93 Abs. 2 Satz 3 GO, wonach sich die Kommune ein Weisungsrecht gegenüber ihren entsandten Vertretern in Aufsichtsgremien gesellschaftsvertraglich vorbehalten sollte.

5.1 Weisungsbindung der kommunalen Vertreter bei Interessenwahrnehmung der Kommune in besonderen Gesellschaftsorganen (Aufsichtsrat, Beirat); Kollision von Pflichten gegenüber Kommune und Unternehmen

Die kommunalen Vertreter in den Gesellschaftsorganen sind nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, bei ihren Entscheidungen im Unternehmen die Interessen der Anteilseigner und damit die Interessen der Kommune mitzuberücksichtigen. Die Kommune als Entsendende kann daher den von ihr bestimmten Vertretern Richtlinien für die Wahrung der Belange der Kommune geben. Einen Konflikt zwischen öffentlichem Kommunalrecht auf der einen und privatem Gesellschaftsrecht auf der anderen Seite sollte es nach der Systematik der GO in der Regel nicht geben, weil im „Unternehmensinteresse“ die Interessen der Anteilseigner und da-

mit der Kommune mitenthalten sind. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob den in den Aufsichtsrat entsandten kommunalen Vertretern bindende Weisungen erteilt werden können.

- Kommunale Beamte und Beschäftigte sind weisungsgebunden nach beamten- bzw. tarifrechtlichen Bestimmungen.
- Ebenso sind berufsmäßige Bürgermeister und Gemeinderatsmitglieder weisungsgebunden (Art. 35 Abs. 2 Satz 2 KWBG).
- Die ehrenamtlichen Gemeinderatsmitglieder unterstehen ebenso wenig wie die weiteren Bürgermeister der Dienstaufsicht des ersten Bürgermeisters. Für sie kommen nur Weisungen des Gemeinderatskollegiums in Betracht (Art. 48 Abs. 1 Satz 1 i. V. mit Art. 46 Abs. 1 Satz 2 GO), die sie im Rahmen einer gewissenhaften Erfüllung ihrer Amtspflichten gemäß Art. 20 Abs. 1 GO zu befolgen haben. Das Weisungsrecht der Kommune gegenüber ihren Vertretern ist insoweit begrenzt, als kein strafbares Verhalten angeordnet werden darf.
- Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats, die zur Interessenwahrung der Kommune entsandt wurden, unterliegen den Weisungen des Kollegialorgans, wenn der Gesellschaftsvertrag entsprechend ausgestattet ist, z. B. die unmittelbare Ernennung und/oder Abberufung der kommunalen Vertreter durch die Gemeinde erfolgen kann. Die Grenze der Weisungsberechtigung gegenüber den entsandten Mitgliedern besteht jedoch im Kernkompetenzbereich des fakultativen Aufsichtsrats, nämlich der Überwachung der Geschäftsführung. In diesem Bereich besteht keine Weisungsbindungsmöglichkeit, da ansonsten die Errichtung eines Kontroll- und Überwachungsorgans obsolet und seine Eigenständigkeit nicht mehr gewährleistet wäre. Sind dem Aufsichtsrat jedoch weitere, über die reine Überwachungsfunktion hinausgehende Aufgaben zugeteilt, ist eine gesellschaftsvertragliche Weisungsbindung zulässig. Ist bei einer GmbH gesetzlich die Bildung eines Aufsichtsrats vorgeschrieben (z. B. gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelBG für Unternehmen, die ständig mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen), handelt es sich um einen obligatorischen Aufsichtsrat. Diese Aufsichtsratsmitglieder sind, wie die Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft, nicht weisungsgebunden.

Bei der Interessenwahrnehmung durch Beamte oder Beschäftigte der Kommune im Aufsichtsrat eines Unternehmens können in der Praxis die Belange der Kommune mit gesellschaftsrechtlichen Pflichten (z. B. § 116 i. V. mit § 93 AktG) kollidieren. Es ist denkbar, dass Weisungen ergehen, deren Inhalte für das Unternehmen nachteilig sind. Diese Weisungen sind zwar kommunalrechtlich zulässig, aber gesellschaftsrechtlich unverbindlich. Im Einzelfall kann bei Nichtbeachtung einer zulässigen Weisung eine Pflichtenkollision zwischen Kommune und Beteiligungsunternehmen auftreten. Nach heute herrschender Auffassung kommt in einem solchen Fall dem Gesellschaftsrecht der Vorrang zu. Weisungen der Kommune an ihre Vertreter sind demnach nur insoweit wirksam, als sie mit dem Gesellschaftsrecht vereinbar sind. Für die Lösung auftretender Pflichtenkollisionen lässt sich keine allgemeine Regel aufstellen. Erhält der Vertreter der Kommune eine bindende Weisung, die mit seinen Pflichten gegenüber dem Unternehmen kollidiert, so kann er durch Gegenvorstellungen versuchen, eine damit vereinbare Weisung herbeizuführen. Bezieht sich die Weisung auf eine Abstimmung, so wird der Vertreter regelmäßig nicht die Möglichkeit haben, im Unternehmen unter Vorbehalt abzustimmen oder sich der Stimme zu enthalten. Die Gesellschaftsverträge werten dies in der Regel als Ablehnung des Antrags.

Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass gerade in Bezug auf die kommunalrechtlich geforderte Einflussicherung erhöhte Anforderungen an die Ausgestaltung des Gesellschafts-

vertrags bzw. der Satzung gestellt werden müssen. Bei obligatorischen Aufsichtsräten gestaltet sich die Einflussnahme durch die Kommune eher problematisch und wird im Ergebnis dem in Art. 93 Abs. 2 GO enthaltenen Gebot nicht gerecht. In der Praxis dominieren jedoch die Ausgliederungen in GmbH-Rechtsformen mit fakultativen Aufsichtsräten, deren Aufgabenbereich und Weisungsunterworfenheit durch den Gesellschaftsvertrag sehr flexibel und individuell ausgestaltet werden können. Hiervon sollten die Kommunen Gebrauch machen. Ihnen bleibt ferner jedenfalls die Möglichkeit, ihre entsandten Vertreter abzuwählen.

5.2 Ende des Aufsichtsratsmandats

Das Amt des von der Kommune entsandten Aufsichtsratsmitglieds ist nicht per se an sein kommunales Mandat gebunden und endet daher auch nicht automatisch mit Ablauf der Wahlperiode.

Die Personen, die die Interessen der Kommune in einem besonderen Gesellschaftsorgan wahrnehmen, erlangen diese Stellung persönlich aufgrund von Entsendung (Art. 93 Abs. 2 Satz 1 GO) oder Bestellung durch das Unternehmen. Die Folge davon ist, dass grundsätzlich wieder eine Abberufung durch das zuständige Organ stattfinden muss. Soweit die Unternehmenssatzung nichts Abweichendes vorsieht, behalten die Vertreter der Kommune ihre Funktion im Unternehmensorgan solange bei, bis ihre Wahlzeit als Mitglied des Unternehmensorgans abgelaufen ist. Wenn die Kommune sicherstellen will, dass die Funktion im Unternehmensorgan mit Ablauf der Amtszeit des Vertreters im Kollegialorgan ebenfalls endet, empfiehlt sich eine entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag.

6 Beteiligungsmanagement als Unterstützung der Aufsichtsratsmitglieder

Die Aufsichtsratsstätigkeit in kommunalen Beteiligungsgesellschaften ist geprägt durch das „Spannungsfeld“ zwischen Handels-/Gesellschaftsrecht und den kommunalrechtlichen Vorgaben.

Vor dem Hintergrund der gesetzlichen Anforderung zur Sicherstellung eines angemessenen Einflusses auf die Beteiligung ist die Aufgabenerledigung durch die entsandten Vertreter in den Gesellschaftsorganen (insbesondere dem Aufsichtsrat) von erheblicher Bedeutung. Neben den Gestaltungsmöglichkeiten in den Gesellschaftsverträgen kann hier auch ein funktionierendes Beteiligungsmanagement Unterstützung bieten. Voraussetzung für eine erfolgreiche Betätigung der Gemeinde bei einer Beteiligungsgesellschaft ist die vertrauensvolle Zusammenarbeit der zuständigen gemeindlichen Stelle (z. B. Beteiligungsmanagement) und der mit der Interessenwahrnehmung betrauten Personen.

Wichtig sind die gegenseitige Information sowie die Beratung und Abstimmung bei bedeutsamen Angelegenheiten. Die von der Gemeinde entsandten Vertreter, die mit dem Inhalt und den Grenzen ihrer Befugnisse vertraut sind, werden von ihrer eigenen Entschlusskraft freien Gebrauch machen und ihr Amt so optimal ausüben können. In den gesetzlichen Fällen und in Fällen von besonderer Wichtigkeit und Tragweite wird vorher eine Beschlussfassung des Gemeinderats herbeizuführen sein.

Das Themengebiet der Pflichten und Rechte der in Aufsichtsgremien entsandten kommunalen Vertreter ist in den Kontext der Gesamtbetrachtung eines notwendigen Beteiligungsmanagements zu stellen. Neben der Kontrolle der Einhaltung der Vorschriften des Dritten Teils der GO (Art. 86 ff. GO), der §§ 53, 54 HGrG¹⁰, des Grundsatzes der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit sowie der Sicherstellung der Vertretung kommunaler Interessen in den Organen der Gesellschaften wären insbesondere Zielvorstellungen für die kommunalen Beteiligungen weiterzuentwickeln, die Zielerreichung zu kontrollieren und die kommunalen Vertreter in den Gremien bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben zu unterstützen. Zur Ausgestaltung des Beteiligungsmanagements einer Kommune hat der Gesetzgeber keine expliziten Rechtsvorschriften erlassen; dies ist vielmehr Aufgabe der internen Organisation der Kommune. Der Aufbau eines Beteiligungsmanagements sollte sich zunächst an Art, Anzahl und Umfang der in privaten Rechtsformen bzw. Kommunalunternehmen ausgelagerten Aufgaben orientieren. Die örtlichen Verhältnisse sind hierbei ebenso zu berücksichtigen wie zielorientierte Vorgaben der kommunalen Entscheidungsträger.

Das Beteiligungsmanagement ist das Bindeglied zwischen den Beteiligungen in der privaten Rechtsform und Verwaltung/Kollegialorgan. Ihm obliegt daher die primäre Aufgabe, die Gesellschafterin Kommune bei der Steuerung ihrer Beteiligungsunternehmen zu unterstützen. Zur bestmöglichen Aufgabenerfüllung im Sinne der Kommune ist es somit erforderlich, das Beteiligungsmanagement zu institutionalisieren und mit konkreten Vorgaben und Befugnissen auszustatten. Aus unserer Sicht umfasst ein wirkungsvolles Beteiligungsmanagement grundsätzlich folgende drei Aufgabenbereiche:

– Beteiligungsverwaltung

Im Rahmen der Beteiligungsverwaltung werden sämtliche Unterlagen im Zusammenhang mit den jeweiligen Unternehmen zur Auswertung vorgehalten.

– Beteiligungssteuerung (-controlling)

– Mandatsträgerbetreuung

Die Mandatsträgerbetreuung beinhaltet auch die Information zu den bestehenden Pflichten und Rechten der entsandten Vertreter in Gesellschaftsgremien. Sie ist eine der wichtigsten Aufgaben des kommunalen Beteiligungsmanagements.

Der Aufsichtsratsstätigkeit kommt in kommunalen Beteiligungsgesellschaften eine besondere Bedeutung im Hinblick auf ihre gesellschaftsvertragliche Ausgestaltung, persönliche Besetzung und gemeindliche Unterstützung (Beteiligungsmanagement) zu. Zur optimalen Aufgabenerledigung im Aufsichtsrat sollten regelmäßige Schulungen zu dieser Thematik unter Berücksichtigung der jeweiligen Unternehmensform und Aufgabenstellung durchgeführt werden.

¹⁰ Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder

Stellenbemessung in der Informationstechnik

Verfasser: Armin **Köbler**
Franz **Schnitzenbaumer**

Inhaltsübersicht	Seite
1 Vorbemerkung	27
2 Historie	28
2.1 Schätzungen	28
2.2 Berechnung Benutzerbetreuung nach der Leib-Methode und Berechnung Systemverwaltung nach KGSt (Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsmanagement)	28
2.3 Berechnung nach Fallzahlen und mittleren Bearbeitungszeiten auf der Basis von Tätigkeiten/Arbeitsvorgängen in der IT	29
3 Stellenbemessung nach Services auf der Basis des ITIL-Servicelebenszyklus	30
3.1 ITIL V3	30
3.2 Basisspektrum der Aufgaben einer IT-Organisationseinheit – Definierte Services –	30
3.2.1 Basisinfrastruktur Netze	30
3.2.2 Basisinfrastruktur Plattform	31
3.2.3 Basisinfrastruktur Systemumgebung	31
3.2.4 IT-unterstützte Arbeitsplätze (inkl. Bürokommunikation)	31
3.2.5 IT-unterstützte Fachbereiche	31
3.2.6 Telekommunikation	31
3.3 Berechnungsmethode	32
3.3.1 Anhaltswert in Stunden	32
3.3.2 Basiskennzahl	32
3.3.3 Anpassungsfaktor	32
3.3.4 Einflussfaktoren	32
3.3.5 Örtliche Zu- und Abschläge	33
3.3.6 Allgemeine Leitungsaufgaben	33
3.3.7 Einzelfallübergreifende Tätigkeiten	34
3.4 Transformation der „alten“ Anhaltswerte	34
3.5 Berechnungsrelevante Daten	35
3.6 Stellenbemessung anhand von zwei Beispielen	35

	Seite
4 Weitere Aspekte der Wirtschaftlichkeit der Informationstechnik	37
4.1 Kosten	37
4.2 Nutzen	38
5 Literaturverzeichnis	38
Anlagen	39

1 Vorbemerkung

Im Rahmen unserer Prüfungen und Beratungen wurde schon früh der Wunsch an uns herangetragen, Aussagen zum Stellenbedarf in der Informationstechnik (IT) der Verwaltungen zu treffen. Unabhängig davon sind wir auch von Gesetzes wegen gehalten, zu prüfen, ob Aufgaben mit geringerem Personal- oder Sachaufwand oder auf andere Weise wirksamer erfüllt werden können (Art. 106 Abs. 1 Nr. 4 GO). Dahinter steht der Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit, der auch den Stellenbedarf bestimmt. In den vergangenen Jahren führten wir mehr als 120 Untersuchungen zur Stellenbemessung in der Informationstechnik durch, bei denen jeweils zu rd. einem Drittel ein Stellenüberhang, eine ausreichende Stellenausstattung oder ein Stellenmehrbedarf festgestellt wurde.

Ähnlich wie in Fragen der Eingruppierung oder Bewertung von Stellen war es in der Vergangenheit immer problematisch, einen wirtschaftlich sinnvollen und ausreichenden Stellenbedarf für die Informationstechnik, unabhängig von der aktuellen technischen Entwicklung und insbesondere unabhängig von der örtlich eingesetzten und favorisierten technischen Ausstattung, zu berechnen und zu begründen. Über einige Zwischenschritte (siehe Abschnitt 2) orientieren wir uns dabei heute an ITIL V3 (Information Technology Infrastructure LibraryTM), einem anerkannten Standard zur Aufgabenerledigung in der IT (siehe Abschnitt 3.1). Diese Basis lässt auf der einen Seite eine gleichförmige und vergleichbare Stellenbemessung für alle unsere Mitglieder zu, ohne diese auf der anderen Seite in der Ausgestaltung ihrer örtlichen IT einzuschränken. Unterschiedliche Ansätze im IT-Betrieb unserer Mitglieder führen dabei nach unserer aktuellen Methode bei gleichem Aufgabenvolumen nicht mehr zu unterschiedlichem Stellenbedarf. Durch die Fokussierung des Ansatzes auf definierte Services, die nach dem Best-Practice-Wissen aus ITIL gebildet wurden (siehe Abschnitt 3.2), werden andere Arten der Aufgabenerledigung oder des technischen IT-Betriebs nicht ausgeschlossen; sie werden jedoch auch nicht mehr durch einen höheren berechneten Stellenbedarf „belohnt“. So genannte örtliche Besonderheiten, also Aufgaben, die von den definierten Services eines „üblichen“ IT-Betriebs abweichen, werden gesondert ausgewiesen (beispielsweise die Aufgabe des so genannten Breitbandbeauftragten oder Breitbandpaten, die grundsätzlich nicht zum IT-Betrieb einer Verwaltung im engeren Sinn gehört und auch nur zeitlich begrenzt wahrgenommen werden muss) oder als zusätzlicher Service, der neu zu definieren ist, entsprechend berücksichtigt.

Die beigegefügte Musterberechnungen sollen dem Leser die Möglichkeit eröffnen, einen ersten Überblick über das Verfahren und die notwendigen Basisdaten zu erhalten und mit seiner eigenen Verwaltung zu reflektieren. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass insbesondere die mittleren Anhaltswerte einem laufenden Fortschreibungsprozess unterliegen, da einerseits veränderte Technik unter Umständen IT-Geschäftsprozesse mit geringeren Zeitanteilen durchführen lässt, andererseits steigende Anforderungen an die IT die Geschäftsprozesse verändert und/oder ausweitet und damit höhere Zeitanteile fordert. Die Gewinnung und Fortschreibung der Zeitanteile erfolgen auf der Basis unserer Erhebungen bei unseren Mitgliedern vor Ort. Daneben ändern sich auch andere Ansätze (z. B. die zur Verfügung stehende Arbeitszeit pro Stelle oder die in diesem Ansatz berücksichtigten durchschnittlichen Krankheitszeiten). Ein vergleichender Blick zur Nachbarkommune, der sich darauf beschränkt, das Endergebnis zu betrachten, wäre deshalb nicht zielführend.

Zum Ende unserer Ausführungen (siehe Abschnitt 4) gehen wir noch auf weitere Aspekte der Wirtschaftlichkeit der IT ein. Neben der Stellenausstattung spielen auch die Sachkosten (inkl. der Fremdleistungen) und der aus der IT resultierende Nutzen für die einsetzenden Fachämter

eine Rolle. Auch hierzu pflegen wir seit geraumer Zeit Kennzahlen (z. B. IT-Kosten pro Arbeitsplatz) und wollen diese in den nächsten Jahren verfeinern.

2 Historie

2.1 Schätzungen

Der BKPV begann schon Anfang der 80er-Jahre damit, im Rahmen seiner Prüfungen die IT-Landschaft bei den bayerischen Kommunen systematisch zu erfassen und zu vergleichen. Mit dem Abschluss des neuen Tarifvertrags für Angestellte in der Datenverarbeitung 1983 (der noch immer gültig ist) stieg die Nachfrage nach Bewertungen, aber auch zur Stellenbemessung stark. Aussagekräftige Kennzahlen zum IT-Betrieb, Kennzahlen zur Stellenbemessung in der IT oder von anderen Stellen veröffentlichte Berechnungsmethoden lagen zu diesem Zeitpunkt jedoch noch nicht vor. Lediglich durch verwaltungsinterne Umfragen bayerischer Kommunen wurden unsere eigenen Erhebungen ergänzt.

Um anfragende Kommunen trotzdem so weit als möglich zu unterstützen, hatten wir die ersten Beratungen zur Stellenbemessung in der IT auf der Basis unserer überörtlichen Erfahrungen mit Schätzwerten durchgeführt.

2.2 Berechnung Benutzerbetreuung nach der Leib-Methode und Berechnung Systemverwaltung nach KGSt (Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsmanagement)

Auch andere Beratungsinstitutionen und Verwaltungen standen vor der Aufgabe, für die Stellenbemessung in der IT nachvollziehbare Berechnungsmodelle zu entwickeln und anzuwenden.

1990 veröffentlichte die KGSt in ihrem Gutachten „Technikunterstützte Informationsverarbeitung (Tul)“, Köln 1990, S. 51, als Hilfestellung den pauschalen Ansatz, dass pro 30 User ein IT-Betreuer (inkl. einfacher Systemverwaltungsfunktionen) notwendig wäre. Dieser Wert wurde von der KGSt 1997 (KGSt-Bericht 6/1997 – Technikunterstützte Informationsverarbeitung: Benutzerbetreuung) nochmals bestätigt. Allerdings stellten die beschriebenen Aufgaben dieses IT-Betreuers unseres Erachtens nicht das volle Spektrum der notwendigen IT-Aufgaben dar. Überdies erschien der Begriff der „einfachen Systemverwaltungsfunktionen“ wenig bestimmt. Der für den IT-Einsatz notwendige Stellenbedarf wäre – ausgehend von diesen Überlegungen – noch höher als 30 : 1 gewesen. Dieser Wert erschien, insbesondere bei den in Bayern üblichen kleinen Verwaltungen, problematisch. Im KGSt-Bericht 3/1998 – Tul-Fachkräfte: Funktionen, Anforderungen, Personalbedarf – nahm die KGSt ausdrücklich Abstand von allgemein gültigen Aussagen und führte dazu aus: *„Dieser Bericht will und kann kein einheitliches Modell für die Stellenbemessung entwickeln, das eine Maßzahl zwischen Arbeitsmenge und Stellenbedarf vorgibt. Derartige Modelle eignen sich nicht für das Tul-Service-Management. Denn die Verwaltung muß wegen der hohen Entwicklungsdynamik Antworten auf die Personalfrage immer neu beantworten.“* Allerdings werden in diesem Bericht auch Vorschläge erläutert, wie der Stellenbedarf nach Leistungsmenge oder nach Verfügbarkeitsanforderungen ermittelt werden könnte. Zu nennen ist ferner der KGSt-Bericht 7/1999 – Steuerung der kommunalen Informationsverarbeitung –, der sich auch mit dem Controlling der IT befasst und zu

Recht auch die Kosten und qualitative Elemente in den Fokus einer ganzheitlichen Betrachtung der kommunalen Informationstechnik stellt.

Einer nachvollziehbaren Berechnung des Stellenbedarfs näherte sich Hans-Jürgen Leib (Senatsverwaltung Hamburg) mit seinen Veröffentlichungen in der Zeitschrift „online“ (5 und 6/1993). Leib definiert die Aufgaben der IT (allerdings stark orientiert an einem zentralen Rechenzentrumsbetrieb mit eigener Verfahrensentwicklung und am Tarifvertrag) und beschreibt für Teilbereiche, nämlich die Systemverwaltung und die Benutzerbetreuung, eine Berechnungsmethode. Allerdings beruhten die angesetzten Bedarfsfaktoren der veröffentlichten Berechnung wiederum nur auf Schätzungen und das Verfahren wurde nachvollziehbar nie verifiziert.

Trotz aller Schwächen stellte der BKPV in der Folge seine Stellenbemessung in der IT auf der Basis des Leib-Modells um, wobei Elemente der KGSt-Ansätze und eigene Überlegungen ergänzend einfließen. Diese „modifizierte Leib-Methode“ wurde von uns bis 1999 praktiziert.

2.3 Berechnung nach Fallzahlen und mittleren Bearbeitungszeiten auf der Basis von Tätigkeiten/Arbeitsvorgängen in der IT

Nachdem mit den Jahren aus von uns durchgeführten Stellen**bewertungen** eine Vielzahl von Erkenntnissen zu in der IT vorkommenden Arbeitsvorgängen vorlagen und diese Arbeitsvorgänge mit, für die Bewertung notwendigen, Fallzahlen und Zeitangaben hinterlegt waren, haben wir ab 1999 diese Arbeitsvorgänge und die aus der Bewertung vorliegenden Zeitanteile (gemittelt) der Stellenbemessung in der IT zugrunde gelegt. Ursächlich für die Umstellung der Methode war die zunehmende Kritik aus den Reihen unserer Mitglieder, dass die der Leib-Berechnung zugrunde liegenden Bedarfsfaktoren nicht empirisch belegt seien und die Berechnung nicht alle Aspekte des IT-Einsatzes ausreichend berücksichtige. Diesen Kritikpunkten begegnete die von uns praktizierte fallzahlenbasierte Berechnungsmethodik. Nachteil war jedoch, dass sich die Berechnung sehr stark an den örtlichen Verhältnissen orientierte, ohne zu betrachten, ob diese Verhältnisse optimiert und wirtschaftlich waren. Ein weiterer Nachteil war, dass sich die Inhalte der Arbeitsvorgänge mit dem technischen Fortschritt veränderten und die Ergebnisse der Stellenbemessungen deshalb nur schwer vergleichbar waren.

Wir suchten deshalb nach einem neuen zeitgemäßen Ansatz, wobei uns rasch klar wurde, dass jede Methode mit Vor- und Nachteilen belegt ist, fortgeschrieben werden muss und deshalb rückblickend häufig nicht vergleichbare Ergebnisse liefert. Eine analytische Stellenbemessung ausschließlich auf der Basis von Fallzahlen und mittleren Bearbeitungszeiten für einzelne Tätigkeiten (z. B. Anlegen eines Windows-Domänenbenutzers), vergleichbar mit Stellenbemessungen aus anderen Verwaltungsbereichen (z. B. Passantrag), dürfte zudem für die Informationstechnik kaum erreichbar sein.

3 Stellenbemessung nach Services auf der Basis des ITIL-Servicelebenszyklus

3.1 ITIL V3

ITIL V3 ist die aktuelle Version der *Information Technology Infrastructure Library™*. Ursprünglich im Auftrag der britischen Regierung in den 80er-Jahren entwickelt bestand und besteht ITIL aus einer Sammlung von „Best Practices“. ITIL bietet damit einen systematischen Ansatz zur Qualität von IT-Dienstleistungen und liefert Beschreibungen der wichtigsten IT-Prozesse. Daneben bietet es auch Checklisten für Aufgaben, Verfahren und Zuständigkeiten innerhalb einer IT-Organisation.

Ohne auf ITIL V3 im Detail eingehen zu wollen, erscheint es uns doch wichtig zu erwähnen, dass ITIL V3 auf dem Modell eines Servicelebenszyklus basiert, also davon ausgeht, dass jede IT-Dienstleistung (jeder IT-Service) einen Lebenszyklus durchläuft, bevor sie durch einen anderen, möglichst verbesserten, Service ersetzt wird. Jeder IT-Mitarbeiter kennt diesen Ansatz aus der Praxis beim Einsatz von Anwendungssoftware, die geplant, entworfen, eingeführt, betrieben und im laufenden Betrieb fortentwickelt wird, bevor sie durch ein neues (zumindest neu zu lizenzierendes) Produkt abgelöst wird. Folgerichtig besteht der ITIL-Kern auch aus fünf Phasen:

- Service Strategy (Planung)
- Service Design (Entwicklung)
- Service Transition (Einführung)
- Service Operation (Ifd. Betrieb)
- Continual Service Improvement (ständige Verbesserung)

Es würde zu weit führen, ITIL an dieser Stelle umfassend weiter zu beschreiben. Insofern wird auf die weiterführende Literatur verwiesen.

3.2 Basisspektrum der Aufgaben einer IT-Organisationseinheit – Definierte Services –

Die im Folgenden beschriebenen sechs Services stellen unseres Erachtens das vollständige Basis-Spektrum der Aufgaben einer heutigen IT-Organisationseinheit dar. Weitere zugewiesene Aufgaben sind über neu zu definierende Services oder örtliche Zuschläge zu regeln.

3.2.1 Basisinfrastruktur Netze

Dieser Service umfasst die komplette Verkabelung intern und die notwendigen externen Verbindungen zu anderen Gebäuden oder anderen Verwaltungen sowie ins Internet. Basiskennzahl ist hier die Anzahl der in das Netzwerk integrierten Endgeräte (z. B. Arbeitsplätze, Netzwerkdrucker). Beeinflusst wird der Stellenbedarf von der **notwendigen** Netzstruktur (Mitbetreuung externer Einheiten, Anzahl der Außenstellen), der Anzahl der **notwendigen** Anbindevarianten (z. B. VPN [Virtual Private Network], WLAN, Einwahllösungen) oder von besonderen Verfügbarkeitsanforderungen, wie sie beispielsweise in Kliniken anzutreffen sind.

3.2.2 Basisinfrastruktur Plattform

Dieser Service enthält im Wesentlichen alle zentral (z. B. in einem Rechenzentrum) vorzuhaltenden Komponenten (wie Server, Stagesysteme, Backupsysteme, Printsysteme). Basiskennzahl ist hier die Anzahl der PC-Arbeitsplätze, für die dieser Dienst erbracht wird. Beeinflusst wird der Stellenbedarf vom Druckvolumen oder besonderen Verfügbarkeitsanforderungen.

3.2.3 Basisinfrastruktur Systemumgebung

Dieser Service umfasst die Betreuung der eingesetzten Betriebssysteme, Datenbanken und sonstiger Basissoftware. Basiskennzahl ist hier wieder die Anzahl der PC-Arbeitsplätze im Netz, für die dieser Dienst erbracht wird. Beeinflusst wird der Stellenbedarf von der Anzahl notwendiger unterschiedlicher Datenbanken, die von der IT-Organisationseinheit betreut (also nicht nur im Zusammenhang mit einem Anwendungsverfahren eingesetzt) werden.

3.2.4 IT-unterstützte Arbeitsplätze (inkl. Bürokommunikation)

Dieser Service umfasst die Bereitstellung der Arbeitsplätze für die Nutzer der anderen Dienste. Neben der Basiskennzahl „Anzahl der IT-unterstützten Arbeitsplätze“ werden weitere betreute PC-Systeme durch einen Zuschlag berücksichtigt. Unser Wert beinhaltet die Installation der Clients, die Bereitstellung am Arbeitsplatz des Nutzers und die Anbindung an das Netzwerk. Enthalten ist ebenfalls die clientseitige Installation der üblichen Bürokommunikationswerkzeuge (Office-Paket, Mail-Client usw.) und deren gegebenenfalls notwendige serverseitige Einbindung. Auch die Betreuung der Benutzer für die im Service enthaltene Hard- und Software ist inkludiert.

3.2.5 IT-unterstützte Fachbereiche

Dieser Service umfasst die Auswahl, Einführung und den Betrieb (Updates, technische Benutzerbetreuung) von Fachanwendungen. Grundsätzlich wäre jede Fachanwendung ein separat zu betrachtender Service und wir empfehlen ausdrücklich, dies für den Fall der Weiterverrechnung von Leistungen aus diesem Service auch so zu organisieren. Bei den meisten von uns bisher untersuchten Kommunen konnten wir jedoch nicht auf entsprechend detaillierte Aufzeichnungen zurückgreifen. Um die Nachvollziehbarkeit und die überörtliche Vergleichbarkeit der Stellenbedarfsermittlung nicht zu sehr zu beeinträchtigen, haben wir uns deshalb dazu entschieden, die bereitzustellenden Fachanwendungen in fünf Kategorien zu gliedern und mit unterschiedlicher Gewichtung in die Berechnung einfließen zu lassen. Als Basiskennzahl dient die Anzahl der IT-unterstützten Fachbereiche (Aufgabenbereiche) in jeder Kategorie. Alleiniger Einflussfaktor ist die Anzahl der IT-unterstützten Arbeitsplätze. Unsere Berechnung für den Service geht davon aus, dass in den Fachämtern auch so genannte Fachanwendungsbetreuer vorhanden sind. Die Betreuung der Fachanwendung hinsichtlich der Inhalte und gegebenenfalls auch Berechtigungen im Verfahren halten wir originär für eine Fach- und nicht eine IT-Aufgabe.

3.2.6 Telekommunikation

Der Service umfasst die Sprachkommunikation im weiteren Sinne. Darunter fallen sowohl analoge als auch digitale Telefon(Nebenstellen-)anlagen sowie Voice-over-IP-(VoIP)Anlagen, die Betreuung der entsprechenden Leitungswege (soweit getrennt vom Netzwerk in Basisinfrastruktur Netze) und der Endgeräte. Grundsätzlich gehen wir dabei von einem umfassenden

Wartungsvertrag für die Hardware (Telefonanlagen) aus. Ist dies nicht zutreffend, wird ein Zuschlag ermittelt.

3.3 Berechnungsmethode

Für die Berechnung wird für jeden definierten Service die Basiskennzahl mit einem mittleren spezifischen Anhaltswert in Stunden multipliziert. Ein Anpassungsfaktor berücksichtigt dann den zuverlässig berechenbaren Anteil des Services. Über Zu- oder Abschläge werden anschließend je nach zu untersuchender Stelle unterschiedlich ausgeprägte Einflussgrößen berücksichtigt.

Nimmt die IT-Organisationseinheit über die definierten Services hinausgehende Aufgaben wahr, werden weitere örtliche Zuschläge gebildet, die sich nach den örtlichen Istzeiten richten.

Um ein abschließendes Ergebnis zu erhalten, sind noch Zeitansätze für allgemeine Leitungsaufgaben und so genannte einzelfallübergreifende Tätigkeiten aufzunehmen. Hier verwenden wir Richtwerte, d. h. Pauschalansätze.

Im Folgenden geben wir Erläuterungen zu den einzelnen Berechnungsbestandteilen:

3.3.1 Anhaltswert in Stunden

Um weiterhin auf die große Datenbasis unserer bisherigen Untersuchungen zugreifen zu können, haben wir die in den Untersuchungen erhobenen Arbeitsvorgänge und Zeitanteile dazu – bereinigt um nicht repräsentative Werte – jeweils den neu gebildeten Services zugeordnet. Aus den so für jeden Service zusammengefassten Zeitanteilen wurde anschließend ein mittlerer Anhaltswert gebildet, der das Basisspektrum abdeckt.

3.3.2 Basiskennzahl

Die Basiskennzahl ist die den jeweiligen Service kennzeichnende Fallzahl. Da die komplette Dienstleistung der IT überwiegend für die Mitarbeiter der Verwaltung erbracht wird, besteht sie in der Mehrzahl der Fälle aus der Anzahl der IT-Arbeitsplätze in der Verwaltung – bei den von der Technik dominierten Services gegebenenfalls ergänzt um weitere PC-Arbeitsplätze (z. B. Steuerungsrechner) oder Endpunkte des IT-Netzwerks (Drucker, IP-Telefone usw.). Beim Service Telekommunikation ist die bestimmende Basiskennzahl die Nebenstelle.

Von der Basiskennzahl hängt im Wesentlichen die Aufgabenmenge für den Service ab.

3.3.3 Anpassungsfaktor

Im Rahmen unserer Untersuchungen zeigte sich, dass über die Basiskennzahl und den zugehörigen mittleren Anhaltswert in Stunden rd. 75 % der für einen definierten Service anfallenden Aufgaben zuverlässig berechnet werden können. Wir haben uns entschlossen, den zuverlässig berechenbaren Anteil als Basisaufwand zu verwenden.

3.3.4 Einflussfaktoren

Bei der Berechnung der notwendigen Stellenausstattung müssen örtliche Besonderheiten berücksichtigt werden. Dies geschieht über die bei den definierten Services jeweils dargestellten Einflussfaktoren (vgl. Abschnitt 3.2). In Abhängigkeit der örtlichen Situation geben wir für jeden Einflussfaktor einen Zu- oder Abschlag, der aus den Erkenntnissen, die wir aus unseren Untersuchungen gewonnen haben, abgeleitet ist.

3.3.5 Örtliche Zu- und Abschläge

Soweit die unter Abschnitt 3.2 beschriebenen Services nicht das gesamte, von der zu untersuchenden IT-Organisationseinheit zu bewältigende, Aufgabenspektrum darstellen, werden im Rahmen der Stellenbemessung entweder weitere Services definiert (was aufwändig ist) oder örtliche Zuschläge gebildet. Örtliche Zuschläge bieten sich insbesondere dann an, wenn die Aufgabe zeitlich begrenzt ist (beispielsweise Breitbandbeauftragter; Infrastrukturaufbau für einmalige Veranstaltung wie Landesgartenschau) und nicht regelmäßig wiederkehrt oder wenn es sich bei der Aufgabe um eine nicht IT-spezifische Tätigkeit handelt (Erstellung von Präsentationen, Pflege von Inhalten des kommunalen Internetauftritts usw.), deren Verlagerung in die originär zuständigen Fachdienststellen grundsätzlich zu empfehlen ist (wenn dies auch, gegebenenfalls personenbezogen, zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht möglich sein sollte).

Unsere Werte sind zudem nicht beliebig nach unten skalierbar. Ein dem mittleren Schutzbedarf (vgl. IT-Grundschutz-Kataloge des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik [„BSI-Kataloge“ – www.bsi.de]) entsprechender Betrieb der IT-Infrastruktur ist bei sehr kleinen Kommunen (z. B. mit bis zu 20 IT-unterstützten Arbeitsplätzen) nur mit einem höheren Aufwand möglich, als sich rechnerisch ergeben würde. Deshalb ist bei diesen Kommunen gegebenenfalls zusätzlich eine Grundlast zu berücksichtigen.

3.3.6 Allgemeine Leitungsaufgaben

Strategische und konzeptionelle Aufgaben sind in den definierten Services enthalten.

Zu den üblicherweise vom Leiter einer selbstständigen Organisationseinheit wahrzunehmenden allgemeinen, in der Regel mitarbeiterbezogenen Leitungsaufgaben rechnen wir insbesondere:

- Ziele, Grundsätze, Richtlinien und Anweisungen für die Bearbeitung der zugewiesenen Aufgaben mitgestalten und einführen
- Mitarbeiter einsetzen
- Tätigkeit der unmittelbar unterstellten Mitarbeiter der Organisationseinheit durch Hinweise, Rücksprachen, Besprechungen usw. initiieren, koordinieren und kontrollieren
- wichtige Eingänge durchsehen und gegebenenfalls Bearbeitungshinweise geben
- Entwicklung des Fachgebiets (Aufgabengebiet) und des Schrifttums beobachten und gegebenenfalls in Richtlinien und Anweisungen umsetzen
- in grundsätzlichen fachlichen, personellen, organisatorischen, räumlichen und finanziellen Angelegenheiten entscheiden, soweit hierfür nicht der Leiter der Behörde zuständig ist

- wichtige Schriftstücke prüfen und unterzeichnen, soweit nicht anderen vorbehalten
- Vorlagen, Berichte usw. an den Behördenleiter, Rat oder Ausschuss, die Aufsichtsbehörden usw. abschließend bearbeiten
- Organisationseinheit in den Beschlussgremien oder anderen Gremien vertreten
- Besprechungen mit dem Behördenleiter und wichtige Besprechungen mit Dritten führen
- Fortbildungsbedarf bei den Mitarbeitern erkennen bzw. ermitteln und gegebenenfalls Teilnahme an Fortbildungsmaßnahmen veranlassen
- Mitarbeitergespräche führen (vgl. Rahmenregelungen in StAnz Nr. 24/1998, S. 1)
- Leistungsbeurteilung/Zielerreichung im Vollzug des § 18 TVöD
- Beurteilung von Beamten

Für diese allgemeinen, mitarbeiterbezogenen Leitungsaufgaben (im engeren Sinne) setzen wir im Bereich der Informationstechnik einen pauschalen Richtwert von derzeit 4 % je unmittelbar unterstellter Dienstkraft an. Dieser Richtwert wird zur Zeit im Rahmen einer allgemeinen Überprüfung des Umfangs der Leitungsaufgaben fortgeschrieben.

3.3.7 Einzelfallübergreifende Tätigkeiten

Zu den einzelfallübergreifenden Tätigkeiten (sachliche Verteilzeiten) gehören die Zeiten, die nicht unmittelbar zur Erfüllung der konkret übertragenen Aufgaben gehören (z. B. Umlauf lesen, Fortbildung). Der Zuschlag für sonstige, im Einzelnen nicht erfassbare Aufgaben umfasst die Zeitanteile für zwar ständig wiederkehrende, aber nur in geringem Umfang anfallende Aufgaben, für die wir bei den Einzelberechnungen keinen eigenen Ansatz ausgewiesen haben. Nach unseren überörtlichen Erfahrungen und unter Berücksichtigung der besonderen örtlichen Verhältnisse setzen wir für einzelfallübergreifende Tätigkeiten und sonstige, im Einzelnen nicht erfassbare Aufgaben 6 % der Gesamttätigkeit je Sachbearbeiter an.

3.4 Transformation der „alten“ Anhaltswerte

Um auch in der Anfangsphase nach der Umstellung auf das neue Stellenbemessungsverfahren weiterhin auf die große Datenbasis unserer bisherigen Untersuchungen zugreifen zu können, haben wir die Arbeitsvorgänge und die Zeitanteile den neu gebildeten Services zugeordnet. Bisher haben wir über 30 Untersuchungen nach der neuen Methode vorgenommen. Aufgrund der kurzen Innovations- und Investitionszyklen im IT-Bereich werden wir unsere Kennzahlen laufend fortschreiben. Die von uns vorgenommenen Zu- und Abschläge basieren zunächst auf unseren bisherigen Erfahrungswerten. Wir haben jedoch bereits begonnen, aufgrund der durch unsere laufenden Untersuchungen stetig wachsenden Datenbasis, anhand analytischer Verfahren (etwa angelehnt an die Grundsätze der Korrelationsanalyse), die Zusammenhänge zwischen den einzelnen Faktoren zu untersuchen und unsere Ansätze zu evaluieren.

3.5 Berechnungsrelevante Daten

Wir sind bemüht, vor Ort den Erhebungsaufwand im wirtschaftlichen Rahmen zu halten. Folgende IT-spezifische Daten werden erhoben:

- Personalstand im IT-Bereich lt. personalwirtschaftlichem Stellenplan; personelle Aufwendungen für die Services, aufgliedert nach den fünf Servicelebenszyklus-Phasen, oder, soweit dies aufgrund der örtlichen Verhältnisse nicht erhoben werden kann, der Gesamtaufwand pro Service
- ausstattungsbezogene Kennzahlen zur technischen IT-Infrastruktur (z. B. in das Netzwerk integrierte Endgeräte; Anzahl der Außenstellen und entsprechende Anbindungsvarianten [VPN, Richtfunk etc.], Server, Stagesysteme und Printsyste)me)
- ausstattungsbezogene Kennzahlen zur Telekommunikation (Anzahl der Telefonanlagen, Anzahl der Nebenstellen, genutzte Leistungsmerkmale)
- Erhebung der IT-unterstützten Fachbereiche (eingesetzte Fachanwendungen in den Fachbereichen)

Grundsätzlich sind die notwendigen Daten von der Kommune selbst zu erheben. Im Rahmen unserer Untersuchungen haben wir allerdings festgestellt, dass in vielen Fällen die Daten zu ungenau erhoben wurden und zum Teil nicht plausibel waren (z. B. wesentlich höhere Anzahl von IT-Arbeitsplätzen als Mitarbeiter lt. Stellenplan, technisch zu ungenaue Darstellung der IT-Infrastruktur). Bei ungeprüfter Übernahme würde dies zu fehlerhaften Berechnungsergebnissen führen. Wir führen deshalb unsere Stellenbemessung überwiegend vor Ort bei der Kommune durch. Dabei nehmen wir die örtlichen Gegebenheiten in Augenschein und berücksichtigen die örtlichen Besonderheiten. Eine fundierte Istaufnahme ist auch unerlässlich für einen aussagekräftigen Soll-/Istvergleich und für die Unterbreitung von Empfehlungen. Oftmals liegen örtliche Mehraufwendungen in einer verbesserungsbedürftigen Organisation der IT oder einer zu heterogenen IT-Ausstattung mit fehlenden Standards (z. B. Betrieb mehrerer Verzeichnisdienste, Konsolidierungsbedarf bei Datenbanken und Betriebssystemen). In diesen Fällen stellen wir die Ursachen für den (Ist-)Mehraufwand dar und unterbreiten Lösungsvorschläge.

3.6 Stellenbemessung anhand von zwei Beispielen

a) Beispiel Stellenbemessung kreisangehörige Gemeinde

Bei der Gemeinde (neues und altes Rathaus) kommen im internen LAN (Local Area Network) derzeit 34 PC-Arbeitsplätze zum Einsatz. In den Außenstellen (vier Kindergärten, Bauhof, Veranstaltungshalle) bestehen weitere sieben PC-Arbeitsplätze bzw. Notebooks. Alle Außenstellen sind über VPN angebunden. Die Serverinfrastruktur besteht aus zwei Hostsystemen (VMware) mit derzeit vier produktiven virtuellen Instanzen (Betriebssystem Windows Server 2008). Zudem besteht noch ein weiteres physikalisches Serversystem (Betriebssystem Windows Server 2003). Die Anbindung zum Internet und zum Bayerischen Behördennetz ist über das Landkreisbehördenetz realisiert und wird vom Landkreis betreut. Bei der Gemeinde kommt eine Telefonanlage mit 37 Nebenstellen zum Einsatz. Für die Telefonanlage hat die Gemeinde mit einem externen Dienstleister einen Wartungsvertrag abgeschlossen. Bei der Gemeinde kommen Fachverfahren unterschiedlicher Hersteller zum Einsatz. Insgesamt werden 18 Fachbereiche mit speziellen Anwendungsverfahren unterstützt.

Die nachfolgende Tabelle ist die Zusammenfassung der Stellenbemessung. Die detaillierte Berechnung ist als **Anlage 1** abgebildet.

Bezeichnung der zu erbringenden Dienstleistung/Service	Stellen/ Stellenanteile
Basisinfrastruktur Netze	0,09
Basisinfrastruktur Plattform	0,11
Basisinfrastruktur Systemumgebung	0,10
IT-unterstützte Arbeitsplätze (inkl. Bürokommunikation)	0,10
IT-unterstützte Fachbereiche	0,09
Telekommunikation	0,01
Zwischensumme	0,50
örtliche Zu- und Abschläge: keine	0,00
Zwischensumme	0,50
aufgabenübergreifende Tätigkeiten	0,06
Leitungsaufgaben	0,00
insgesamt	0,56

b) Beispiel Stellenbemessung Landkreis

Beim Landkreis kommen im internen LAN 241 PC-Arbeitsplätze zum Einsatz. Im Serverbereich werden zwei Hostsysteme mit derzeit 16 virtuellen Instanzen, fünf Citrix-Server, zwei Storage-systeme und drei weitere Server (Betriebssystem Windows 2003 Server) eingesetzt. Über Richtfunk sind die Dienststellen im Gebäude B und C (Zulassungsstelle, Führerscheinstelle, staatliches Schulamt, Gebäudemanagement) angebunden. VPN-Anbindungen bestehen für den Bauhof und die Volkshochschule. Der Landkreis betreibt ein Landkreisbehördenetz mit derzeit 16 angeschlossenen Gemeinden. Für die Telefonanlage besteht ein Wartungsvertrag mit einem externen Dienstleister. Beim Landkreis kommen Fachverfahren unterschiedlicher Hersteller zum Einsatz. Insgesamt werden 41 Fachbereiche mit speziellen Anwendungsverfahren unterstützt.

Die nachfolgende Tabelle ist die Zusammenfassung der Stellenbemessung. Die detaillierte Berechnung ist als **Anlage 2** abgebildet.

Bezeichnung der zu erbringenden Dienstleistung/Service	Stellen/ Stellenanteile
Basisinfrastruktur Netze	0,55
Basisinfrastruktur Plattform	0,68
Basisinfrastruktur Systemumgebung	0,56
IT-unterstützte Arbeitsplätze (inkl. Bürokommunikation)	0,56
IT-unterstützte Fachbereiche	0,81
Telekommunikation	0,04
Zwischensumme	3,20
örtliche Zu- und Abschläge: redaktionelle Pflege Internet und Intranet (Istwert)	0,50
Datenpflege Graphisches Informationssystem auf Landkreisebene (Istwert)	0,30
Zwischensumme	4,00
aufgabenübergreifende Tätigkeiten	0,24
Leitungsaufgaben	0,12
insgesamt	4,36

4 Weitere Aspekte der Wirtschaftlichkeit der Informationstechnik

Zur Betrachtung der Wirtschaftlichkeit der Informationstechnik ist die Betrachtung von Kosten (Personalkosten, Investitionskosten, laufende Kosten inkl. Allgemeinkosten, Einnahmen) und Nutzen notwendig.

4.1 Kosten

Zur Kostenseite erhebt der BKPV seit geraumer Zeit im Rahmen von Prüfungen die Kosten der IT (möglichst) vollständig und bildet aus den gewonnenen Werten Kennzahlen. In den nächsten Jahren soll unsere Datenbasis verbreitert werden. Als für den IT-Betrieb wichtigste und aussagekräftigste Kennzahl können die IT-Kosten pro IT-Arbeitsplatz angesehen werden. Über viele Jahre beherrschte der bis 2010 von der KGSt propagierte Wert von 10.200 € pro Arbeitsplatz (KGSt-Berichte 7/1996 und 12/2006) die Diskussionen. Bereits unsere ersten Ergebnisse zeigten hierzu einen erheblichen Unterschied (siehe auch GK 107/2009). 2011 (KGSt-Materialien 4/2011) reduzierte die KGSt den Wert auf 3.450 € pro IT-Arbeitsplatz.

Weitere Kennzahlen, wie beispielsweise die Anteile der Personalkosten, der Investitionskosten und der laufenden Kosten untereinander sind derzeit noch nicht erschlossen. Hingegen hat sich auch im Rahmen der Kostenerhebung schon gezeigt, dass die Anzahl der betreuten Ar-

beitsplätze pro IT-Mitarbeiter einerseits stark schwankt (nicht zuletzt in Abhängigkeit von Fremdleistungen wie beispielsweise Outsourcing tragender Anwendungssysteme) und andererseits stark steigt (unseres Erachtens durch den technischen Fortschritt wie beispielsweise Server- und Arbeitsplatzvirtualisierung).

4.2 Nutzen

Weitaus schwieriger messbar ist der Nutzen der Informationstechnik. Die Kritik, dass der Nutzen der IT nicht in unsere Betrachtungen zum Stellenbedarf oder in unsere Kennzahlen zu den Kosten der IT einfließe, werden wir wohl noch länger ertragen müssen, da uns bisher kein Weg bekannt ist, diesen Nutzen in einen überörtlichen Vergleich einfließen zu lassen. Häufig wird auch der Einsatz einzelner Verfahren als Begründung für den überhöhten Personaleinsatz oder überhöhte Kosten angeführt (meist Verfahren, die noch nicht bei jeder Kommune im Einsatz sind, wie derzeit beispielsweise Archivlösungen oder Dokumentenmanagementsysteme). Dem können wir jedoch entgegen, dass bei der Stellenbemessung jeder Verfahrenskomplex betrachtet und bewertet wird und in die Berechnung mit einfließt. Bei den Kennzahlen zu den IT-Kosten ist dies zwar nicht der Fall, jedoch setzen wir darauf, dass sich dies durch die Vielzahl der (geplanten) Erhebungen relativieren und insbesondere durch die Betrachtung der Varianzen der Kennzahlen gut beurteilen lassen wird.

5 Literaturverzeichnis

KGSt-Gutachten „Technikunterstützte Informationsverarbeitung (Tul)“, Köln 1990

KGSt-Bericht 3/1998 – Tul-Fachkräfte: Funktionen, Anforderungen, Personalbedarf

KGSt-Bericht 7/1999 – Steuerung der kommunalen Informationsverarbeitung

KGSt-Berichte 7/1996, 6/1997 und 12/2006

Foundations in IT Service Management basierend auf ITIL® V3; herausgegeben von itSMF International; 3. Auflage, erster Druck, Juni 2008

Organisationsmodell für die IT in der öffentlichen Verwaltung; herausgegeben von itSMF e. V.; 1. Auflage, 2010

**Stellenbemessung Informationstechnik kreisangehörige Gemeinde
(Zusammenfassung)**

Service	in % / NK	Bemerkungen
Basisinfrastruktur Netze	9	137 Stunden
Basisinfrastruktur Plattform	11	184 Stunden
Basisinfrastruktur Systemumgebung	10	153 Stunden
IT-unterstützte Arbeitsplätze (inkl. Bürokommunikation)	10	159 Stunden
IT-unterstützte Fachbereiche	9	145 Stunden
Telekommunikation	1	16 Stunden
Summe	50	
örtliche Zu- und Abschlüsse: Zu- und Abschlüsse, sonstige Tätigkeiten		keine
Zwischensumme	50	
aufgabenübergreifende Tätigkeiten	6	6 % einer NK pro Mitarbeiter
Leitungsaufgaben		Leistungsanteil für den IT-Bereich (nur allg. Leitungsaufgaben; strategische und konzeptionelle Aufgaben sind in den Services enthalten)
Gesamtsumme	56	

Stellenbemessung

Service Basisinfrastruktur Netze

(Verkabelung, aktive und passive Komponenten, Firewall usw.)

	Beschreibung	Fallzahl	Stunden	Erläuterung zur Berechnung
Anhaltswert	mittlerer Anhaltswert in Stunden (gestütztes Mittel; alle Prozesse zusammengefasst) pro Basis kennzahl		3,4555	
Basis kennzahl	in das Netzwerk integrierte Endgeräte (Arbeitsplätze, Netzwerkdruker usw.)	49	126,99	Anzahl Endgeräte * mittlerer Anhaltswert * 75 % Anpassungsfaktor
Einflussfaktoren	Anzahl mitbetreuer externer Einheiten	0	0,00	Zuschlag 5 % pro mitbetreuer externer Einheit, wenn Unterscheidung zu Außenstellen (räumlich) möglich ist und zu erhöhtem Aufwand führt
	Anzahl der Außenstellen (räumlich)	7	8,89	pro Außenstelle 1 % Zuschlag; ggf. Abschlag, wenn nur ein Gebäude im Netzwerk versorgt wird
	Anzahl in einem kommunalen Behördennetz angeschlossener Kommunen	0	0,00	pro angeschlossener Kommune 1 % Zuschlag
	Anzahl der notwendigen Anbindungsvarianten (z.B. VPN, Richtfunk, WLAN, Einwahlösungen)	1	1,27	Zuschlag 1 % pro notwendiger Anbindungsvariante
	besondere Verfügbarkeitsanforderungen (z.B. Krankenhaus; Samstagsöffnungszeiten)			Zuschlag 5 % oder nachgewiesener notwendiger Mehraufwand
Summe			137,15	

Stellenbemessung					
Service Basisinfrastruktur Plattform					
(Server, Stagesysteme, Backupsysteme, Printsysteme usw.)					
	Beschreibung	Fallzahl	Stunden	Erläuterung zur Berechnung	
Anhaltswert	mittlerer Anhaltswert in Stunden (gestütztes Mittel; alle Prozesse zusammengefasst) pro Basis kennzahl		5,9871		
Basis kennzahl	PC-Arbeitsplätze im Netz	41	184,10	Anzahl PC-Arbeitsplätze * mittlerer Anhaltswert * 75 % Anpassungsfaktor	
Einflussfaktoren	Volumen Printsysteme	0	0,00	pro 100.000 Seiten 0,1 % Zuschlag Ausnahme: Druckerpool-Vertrag mit Full-Service für alle eingesetzten Drucker	
	besondere Verfügbarkeits- anforderungen (z.B. Krankenhaus; Samstagsöffnungszeiten)			Zuschlag 5 % oder nachgewiesener notwendiger Mehraufwand	
Summe			184,10		

Stellenbemessung

Service Basisinfrastruktur Systemumgebung

(Datenbanken, Betriebssysteme, SAP-Basisystem usw.)

	Beschreibung	Fallzahl	Stunden	Erläuterung zur Berechnung
Anhaltswert	mittlerer Anhaltswert in Stunden (gestütztes Mittel; alle Prozesse zusammengefasst) pro Basis kennzahl		4,5251	
Basis kennzahl	PC-Arbeitsplätze im Netz	41	139,15	Anzahl PC-Arbeitsplätze * mittlerer Anhaltswert * 75 % Anpassungsfaktor
Einflussfaktoren	notwendige unterschiedliche Datenbanksysteme (NICHT unterschiedliche Versionen)	2	13,91	Zuschlag von 5 % pro notwendigem, betreuten Datenbanksystem
Summe			153,06	

Stellenbemessung
Service IT-unterstützte Arbeitsplätze (inkl. Bürokommunikation)
 (inkl. E-Mail und Internetnutzung)

	Beschreibung	Fallzahl	Stunden	Erläuterung zur Berechnung
Anhaltswert	mittlerer Anhaltswert in Stunden (gestütztes Mittel; alle Prozesse zusammengefasst) pro Basis kennzahl		5,1223	
Basis kennzahl	IT-unterstützte Arbeitsplätze	41	157,51	Anzahl IT-unterstützte Arbeitsplätze * mittlerer Anhaltswert * 75 % Anpassungsfaktor
Einflussfaktoren	sonstige PC-Systeme	1	1,02	Zuschlag von 20 % des mittleren Anhaltswertes pro zusätzlichem sonstigen System
Summe			158,54	

Stellenbemessung

Service IT-unterstützte Fachbereiche

(keine reinen "CD-ROM-Verfahren", wie Rechtsprechungs- oder Gesetzessammlungen)

	Beschreibung	Fallzahl	Stunden	Erläuterung zur Berechnung
Anhaltswert	mittlerer Anhaltswert in Stunden (gestütztes Mittel; alle Prozesse zusammengefasst) pro Basis kennzahl		0,1998	
Basis kennzahl	Aufgabenbereiche Kategorien 1 bis 5			
	Kategorie 1	3	43,01	Anzahl Aufgabenbereiche * IT-unterstützte Arbeitsplätze * mittlerer Anhaltswert * 1,75 (Gewicht Kategorie 1)
	Kategorie 2	3	30,72	Anzahl Aufgabenbereiche * IT-unterstützte Arbeitsplätze * mittlerer Anhaltswert * 1,25 (Gewicht Kategorie 2)
	Kategorie 3	7	57,34	Anzahl Aufgabenbereiche * IT-unterstützte Arbeitsplätze * mittlerer Anhaltswert * 1,0 (Gewicht Kategorie 3)
	Kategorie 4	1	6,14	Anzahl Aufgabenbereiche * IT-unterstützte Arbeitsplätze * mittlerer Anhaltswert * 0,75 (Gewicht Kategorie 4)
	Kategorie 5	4	8,19	Anzahl Aufgabenbereiche * IT-unterstützte Arbeitsplätze * mittlerer Anhaltswert * 0,25 (Gewicht Kategorie 5)
Einflussfaktoren	IT-unterstützte Arbeitsplätze	41		
Summe			145,40	

**Stellenbemessung
Service Telekommunikation**

	Beschreibung	Fallzahl	Stunden	Erläuterung zur Berechnung
Anhaltswert	mittlerer Anhaltswert in Stunden (gestütztes Mittel; alle Prozesse zusammengefasst) pro Basis kennzahl		0,2500	
Basis kennzahl	Anzahl Nebenstellen	37	6,94	Anzahl Nebenstellen * mittlerer Anhaltswert * 75 % Anpassungsfaktor
Einflussfaktoren	Anzahl Telefonanlagen	1	8,00	pro Anlage 8 Std. für Auswahl, Vertragsverwaltung, Rechnungswesen usw.
	Anlagen ohne Wartungsvertrag	0	0,00	pro Anlage 40 Std. für Wartung, Fehlersuche, Fehlerbehebung usw.
	genutzte (nicht nur vorhandene) Leistungsmerkmale (z.B. AB, Rufumleitung, Anruferliste usw.)	2	1,39	Zuschlag pro genutztem Leistungsmerkmal 10 %
Summe			16,33	

**Stellenbemessung Informationstechnik Landkreis
(Zusammenfassung)**

Service	in %/ NK	Bemerkungen
Basisinfrastruktur Netze	55	877 Stunden
Basisinfrastruktur Plattform	68	1.093 Stunden
Basisinfrastruktur Systemumgebung	56	900 Stunden
IT-unterstützte Arbeitsplätze (inkl. Bürokommunikation)	56	895 Stunden
IT-unterstützte Fachbereiche	81	1.310 Stunden
Telekommunikation	4	64 Stunden
Summe	320	
örtliche Zu- und Abschlüsse: Zu- und Abschlüsse, sonstige Tätigkeiten	50	redaktionelle Pflege Internet und Intranet
Zu- und Abschlüsse, sonstige Tätigkeiten	30	Datenpflege Graphisches Informationssystem auf Landkreisebene
Zwischensumme	400	
aufgabenübergreifende Tätigkeiten	24	6 % einer NK pro Mitarbeiter
Leitungsaufgaben	12	Leistungsanteil für den IT-Bereich (nur allg. Leitungsaufgaben; strategische und konzeptionelle Aufgaben sind in den Services enthalten)
Gesamtsumme	436	

Stellenbemessung
Service Basisinfrastruktur Netze
 (Verkabelung, aktive und passive Komponenten, Firewall usw.)

	Beschreibung	Fallzahl	Stunden	Erläuterung zur Berechnung
Anhaltswert	mittlerer Anhaltswert in Stunden (gestütztes Mittel; alle Prozesse zusammengefasst) pro Basis kennzahl		3,4555	
Basis kennzahl	in das Netzwerk integrierte Endgeräte (Arbeitsplätze, Netzwerkdruker usw.)	299	774,90	Anzahl Endgeräte * mittlerer Anhaltswert * 75 % Anpassungsfaktor
Einflussfaktoren	Anzahl mitbetreuer externer Einheiten	0	0,00	Zuschlag 5 % pro mitbetreuer externer Einheit, wenn Unterscheidung zu Außenstellen (räumlich) möglich ist und zu erhöhtem Aufwand führt
	Anzahl der Außenstellen (räumlich)	4	31,00	pro Außenstelle 1 % Zuschlag; ggf. Abschlag, wenn nur ein Gebäude im Netzwerk versorgt wird
	Anzahl in einem Kommunalen Behördennetz angeschlossener Kommunen	16	47,84	pro angeschlossener Kommune 1 % Zuschlag
	Anzahl der notwendigen Anbindungsvarianten (z.B. VPN, Richtfunk, WLAN, Einwahlösungen)	3	23,25	Zuschlag 1 % pro notwendiger Anbindungsvariante
	besondere Verfügbarkeitsanforderungen (z.B. Krankenhaus; Samstagsöffnungszeiten)			Zuschlag 5 % oder nachgewiesener notwendiger Mehraufwand
Summe			876,98	

Stellenbemessung
Service Basisinfrastruktur Plattform

(Server, Stagesysteme, Backupssysteme, Printsysteme usw.)

	Beschreibung	Fallzahl	Stunden	Erläuterung zur Berechnung
Anhaltswert	mittlerer Anhaltswert in Stunden (gestütztes Mittel; alle Prozesse zusammengefasst) pro Basiskennzahl		5,9871	
Basiskennzahl	PC-Arbeitsplätze im Netz	241	1.082,17	Anzahl PC-Arbeitsplätze * mittlerer Anhaltswert * 75 % Anpassungsfaktor
Einflussfaktoren	Volumen Printsysteme	1.000.000	10,82	pro 100.000 Seiten 0,1 % Zuschlag Ausnahme: Druckerpool-Vertrag mit Full-Service für alle eingesetzten Drucker
	besondere Verfügbarkeits- anforderungen (z.B. Krankenhaus; Samsstagsöffnungszeiten)			Zuschlag 5 % oder nachgewiesener notwendiger Mehraufwand
Summe			1.092,99	

Stellenbemessung

Service Basisinfrastruktur Systemumgebung

(Datenbanken, Betriebssysteme, SAP-Basisystem usw.)

	Beschreibung	Fallzahl	Stunden	Erläuterung zur Berechnung
Anhaltswert	mittlerer Anhaltswert in Stunden (gestütztes Mittel; alle Prozesse zusammengefasst) pro Basis kennzahl		4,5251	
Basis kennzahl	PC-Arbeitsplätze im Netz	241	817,91	Anzahl PC-Arbeitsplätze * mittlerer Anhaltswert * 75 % Anpassungsfaktor
Einflussfaktoren	notwendige unterschiedliche Datenbanksysteme (NICHT unterschiedliche Versionen)	2	81,79	Zuschlag von 5 % pro notwendigem, betreuten Datenbanksystem
Summe			899,70	

Stellenbemessung
Service IT-unterstützte Arbeitsplätze (inkl. Bürokommunikation)
 (inkl. E-Mail und Internetnutzung)

	Beschreibung	Fallzahl	Stunden	Erläuterung zur Berechnung
Anhaltswert	mittlerer Anhaltswert in Stunden (gestütztes Mittel; alle Prozesse zusammengefasst) pro Basis kennzahl		5,1223	
Basis kennzahl	IT-unterstützte Arbeitsplätze	230	883,60	Anzahl IT-unterstützte Arbeitsplätze * mittlerer Anhaltswert * 75 % Anpassungsfaktor
Einflussfaktoren	sonstige PC-Systeme	11	11,27	Zuschlag von 20 % des mittleren Anhaltswertes pro zusätzlichem sonstigen System
Summe			894,87	

Stellenbemessung					
Service IT-unterstützte Fachbereiche					
(keine reinen "CD-ROM-Verfahren" wie Rechtsprechungs- oder Gesetzessammlungen)					
	Beschreibung	Fallzahl	Stunden	Erläuterung zur Berechnung	
Anhaltswert	mittlerer Anhaltswert in Stunden (gestütztes Mittel; alle Prozesse zusammengefasst) pro Basiskenzahl		0,1998		
Basiskenzahl	Aufgabenbereiche Kategorien 1 bis 5				
	Kategorie 1	6	482,52	Anzahl Aufgabenbereiche * IT-unterstützte Arbeitsplätze * mittlerer Anhaltswert * 1,75 (Gewicht Kategorie 1)	
	Kategorie 2	2	114,89	Anzahl Aufgabenbereiche * IT-unterstützte Arbeitsplätze * mittlerer Anhaltswert * 1,25 (Gewicht Kategorie 2)	
	Kategorie 3	5	229,77	Anzahl Aufgabenbereiche * IT-unterstützte Arbeitsplätze * mittlerer Anhaltswert * 1,0 (Gewicht Kategorie 3)	
	Kategorie 4	7	241,26	Anzahl Aufgabenbereiche * IT-unterstützte Arbeitsplätze * mittlerer Anhaltswert * 0,75 (Gewicht Kategorie 4)	
	Kategorie 5	21	241,26	Anzahl Aufgabenbereiche * IT-unterstützte Arbeitsplätze * mittlerer Anhaltswert * 0,25 (Gewicht Kategorie 5)	
Einflussfaktoren	IT-unterstützte Arbeitsplätze	230			
Summe			1.309,69		

**Stellenbemessung
Service Telekommunikation**

	Beschreibung	Fallzahl	Stunden	Erläuterung zur Berechnung
Anhaltswert	mittlerer Anhaltswert in Stunden (gestütztes Mittel; alle Prozesse zusammengefasst) pro Basiskenzahl		0,2500	
Basiskenzahl	Anzahl Nebenstellen	250	46,88	Anzahl Nebenstellen * mittlerer Anhaltswert * 75 % Anpassungsfaktor
Einflussfaktoren	Anzahl Telefonanlagen	1	8,00	pro Anlage 8 Std. für Auswahl, Vertragsverwaltung, Rechnungswesen usw.
	Anlagen ohne Wartungsvertrag	0	0,00	pro Anlage 40 Std. für Wartung, Fehlersuche, Fehlerbehebung usw.
	genutzte (nicht nur vorhandene) Leistungsmerkmale (z.B. AB, Rufumleitung, Anruferliste usw.)	2	9,38	Zuschlag pro genutztem Leistungsmerkmal 10 %
Summe			64,25	

Elektronische Archivierung von Belegen in Kommunalkassen

– Prüfungserfahrungen, Praxisfragen sowie weitere Hinweise –

Verfasser: Herbert **Gruschka**

Inhaltsübersicht	Seite
1 Vorbemerkungen	55
2 Elektronische Archivierung von Kassenbelegen	55
2.1 Rechtliche Rahmenbedingungen	55
2.1.1 Haushalts- und steuerrechtliche Vorschriften	55
2.1.2 Genehmigungsfreiheit nach Haushalts- und Kommunalrecht	56
2.1.3 Erleichterungen bei der Aufbewahrung von Belegen bei einfachen Verwendungsnachweisen oder Verwendungsbestätigungen	56
2.2 Technik	57
2.2.1 Anforderungen an das primäre Speichermedium	57
2.2.2 Eignung von Festplatten-Speichersystemen mit WORM-Eigenschaften als primäres Speichermedium	59
2.2.3 Eignung von einmal beschreibbaren DVD- oder BlueRay-Medien als primäres Speichermedium	59
2.2.4 Speicherformate der gescannten Belege	60
2.2.5 Verwendung von Komprimierungs- und Bildverbesserungsverfahren	61
2.2.6 Unabhängigkeit des Belegarchivs vom HKR-Verfahren	61
2.2.7 Anforderungen an Sicherungskonzepte und -medien	61
2.2.8 Anforderungen an die Ausstattung des Prüfer-Arbeitsplatzes	62
2.3 Buch- und Belegführung bei Einsatz elektronischer Belegarchive	62
2.3.1 Parallele Führung eines elektronischen und papiergebundenen Belegarchivs	62
2.3.2 Beachtung von Buchführungsgrundsätzen	63
2.3.3 Fehlende Belege zu so genannten Integrationsbuchungen oder zu integrierten Personenkonto-Buchungen	64
2.3.4 Sammelanordnungen und Allgemeine Zahlungsanordnungen	65
2.3.5 Empfehlung zur elektronischen Ablage von Tagesabschlüssen oder von Gegenüberstellungen der Buch- und Geldbestände	65

	Seite
3 Empfang und Aufbewahrung elektronischer Rechnungen	66
3.1 Mögliche Varianten seit 01.07.2011	66
3.2 Zugangsöffnung für elektronische Rechnungen	67
3.3 Besonderheiten der jeweiligen Varianten	68
3.4 Steuer- und haushaltsrechtliche Prüf- und Aufbewahrungspflichten	69
4 Quellen	70
4.1 Online-Quellen	70
4.2 Literatur-Quellen	70

1 Vorbemerkungen

Die elektronische Aufbewahrung von Kassenbelegen hat in den letzten Jahren, nicht zuletzt aufgrund der seit 01.01.2007 in Kraft getretenen neuen haushaltsrechtlichen Vorschriften, im kommunalen Bereich eine stärkere Verbreitung gefunden. Da wir die Einführung der neuen Technologien begleiten und deren ordnungsgemäßen Einsatz sicherstellen wollen, haben wir in den zurückliegenden Jahren die eingesetzten elektronischen Belegarchive im Rahmen unserer überörtlichen Prüfungstätigkeit schwerpunktmäßig mit untersucht. Im Großen und Ganzen stellten wir dabei fest, dass die haushaltsrechtlichen Vorschriften bei der elektronischen Belegarchivierung in den Kommunen beachtet wurden, die erwarteten Nutzeneffekte in der Kasse und der Verwaltung eingetreten sind und darüber hinaus auch die Rechnungsprüfung erleichtert wird. Wir sehen dies als einen Beitrag zur Gestaltung einer modernen und effizienten Verwaltung an.

Allerdings trafen wir auch einige Sachverhalte an, bei denen die Revisionsfähigkeit und Ordnungsmäßigkeit der elektronisch abgelegten Belege nicht gewährleistet war und die wir deshalb beanstanden mussten. Nachfolgend wollen wir die wesentlichen Defizite darstellen und darüber hinaus auch einige Hinweise zu Fragen geben, die in den letzten Jahren immer wieder in diesem Zusammenhang an uns herangetragen wurden. Insoweit stellt dieser Geschäftsberichtsbeitrag die Fortsetzung der beiden Grundlagenbeiträge aus den Jahren 2004 und 2006 dar.

2 Elektronische Archivierung von Kassenbelegen

2.1 Rechtliche Rahmenbedingungen

2.1.1 Haushalts- und steuerrechtliche Vorschriften

– Haushaltsrecht

Die maßgeblichen haushaltsrechtlichen Regelungen zur elektronischen Belegablage enthalten **§ 71 Abs. 2 KommHV-Kameralistik [§ 67 Abs. 2 KommHV-Doppik]**¹ in Verbindung mit den Aufbewahrungsbestimmungen in § 82 Abs. 2 und 4 KommHV-Kameralistik [§ 69 Abs. 2 und 4 KommHV-Doppik]. Da die Programme/Verfahren² zur Aufbewahrung elektronischer Belege von der Legaldefinition des § 37 Abs. 1, 1. Halbsatz KommHV-Kameralistik [§ 33 Abs. 1, 1. Halbsatz KommHV-Doppik] erfasst werden, gelten für diese ebenfalls die allgemeinen Anforderungen an automatisierte Verfahren. Ergänzend zu diesen spezialgesetzlichen Bestimmungen sind beim Einsatz und Betrieb elektronischer Belegarchive die allgemeinen, in § 61 KommHV-Kameralistik [§ 57 KommHV-Doppik] geregelten Grundsätze für die ordnungsmäßige (Verwaltungs-)Buchführung zu beachten.

¹ Die gleichlautenden Vorschriften der KommHV-Doppik haben wir aus Gründen der leichteren Lesbarkeit in eckigen Klammern neben den kameraleen Regelungen zitiert.

² Mit Einführung der neuen haushaltsrechtlichen Vorschriften wird zwischen Programmen und Verfahren unterschieden. Unter einem Programm werden die codierten Verarbeitungsregeln verstanden, der Begriff automatisiertes Verfahren umfasst dagegen das Programm und die ortsspezifischen Stammdaten, Verarbeitungsregeln, Zugriffsrechte und organisatorischen Sicherungsmaßnahmen.

Erläuterungen zur Anwendung der neuen haushaltsrechtlichen Bestimmungen finden sich in Nr. 3.2 der IMBek vom 06.02.2008, Az.: IB4-1512.5-9, AllMBI S. 152 (sog. Finanzplanungsbe-
kanntmachung 2008). Weiterführende Erläuterungen können unseren beiden oben genannten
Geschäftsberichtsbeiträgen aus den Jahren 2004 und 2006 entnommen werden, auf die die
Finanzplanungsbe-
kanntmachung 2008 teilweise verweist.

– Steuerrecht

Soweit für die Kommunen eine Aufbewahrungs- und Prüfpflicht von Rechnungen nach den
steuerrechtlichen Vorschriften³ besteht, sind bei der elektronischen Archivierung solcher Be-
lege auch die steuerrechtlichen Bestimmungen zu beachten. Die maßgeblichen steuerrecht-
lichen Anforderungen an die elektronische Aufbewahrung von Rechnungen sind in § 147 Ab-
gabenordnung (AO) und den §§ 14, 14 b UStG geregelt. Diese Regelungen werden mit den
beiden BMF-Schreiben vom 16.07.2001, Az.: IV D 2 - S 0316 - 136/01, Grundsätze zum Daten-
zugriff und zur Prüfbarkeit digitaler Unterlagen (**GDPU**), und vom 07.11.1995, Az.: IV A 8
- S 0316 - 52/95, Grundsätze ordnungsmäßiger DV-gestützter Buchführungssysteme (**GoBS**),
näher konkretisiert.

Ausführliche Erläuterungen zum Empfang und zur Aufbewahrung elektronischer Rechnungen
nach der bis 30.06.2011 geltenden Rechtslage enthalten insbesondere die beiden BMF-Schrei-
ben vom 29.01.2004, Az.: IV B 7 - S 7280 - 19/04, und vom 30.10.2007, Az.: IV A 5 - S 7287
-a/07/0005. Zu den mit dem Steuervereinfachungsgesetz 2011 rückwirkend zum 01.07.2011 in
Kraft getretenen Rechtsänderungen will das Bundesministerium der Finanzen (BMF) ebenfalls
ein erläuterndes Schreiben erlassen.⁴ Wir wollen daher in Abschnitt 3 dieses Beitrags nur einen
Überblick über die sich aus dem Steuervereinfachungsgesetz ergebenden wesentlichen Ände-
rungen und die möglichen Konsequenzen für die Kommunen geben. Weitere Informationen zu
den steuerrechtlich zulässigen Verfahrensweisen können vom interessierten Leser im Internet
bei zahlreichen Online-Informationsquellen⁵ eingesehen oder heruntergeladen werden.

2.1.2 Genehmigungsfreiheit nach Haushalts- und Kommunalrecht

Die bis zum 31.12.2006 notwendige Genehmigung der elektronischen Belegablage im Rahmen
einer Ausnahmegenehmigung nach den so genannten Experimentierklauseln der Kommunal-
gesetze (Art. 117 a GO, Art. 103 a LKrO, Art. 99 a BezO) ist mit dem Inkrafttreten der seit
01.01.2007 geltenden haushaltsrechtlichen Vorschriften **entfallen**. Hierauf wird in der Begrün-
dung der Verordnung zur Änderung kommunalwirtschaftlicher Vorschriften vom 05.10.2007,
Teil A, Absatz 5 ausdrücklich hingewiesen.

2.1.3 Erleichterungen bei der Aufbewahrung von Belegen bei einfachen Verwendungsnach- weisen oder Verwendungsbestätigungen

Eine erfreuliche Entwicklung, die die Aufbewahrung von Kassenbelegen in elektronischen Be-
legarchiven künftig erleichtert, zeichnet sich auch im Bereich der Zuwendungen des Freistaats

³ Kommunen sind steuerrechtlich primär im Rahmen ihrer Betriebe gewerblicher Art (§ 1 Abs. 1 Nr. 6, § 4 Körper-
schaftsteuergesetz) und ihrer land- oder forstwirtschaftlichen Betriebe zur Aufbewahrung von Rechnungen ver-
pflichtet (§ 14 b Abs. 1 Satz 1 i. V. mit § 2 Abs. 3 Satz 1 Umsatzsteuergesetz – UStG). Eine solche Aufbewah-
rungspflicht kann sich aber auch für die nicht von § 2 Abs. 3 Satz 1 UStG erfassten Tätigkeitsbereiche aus § 13 a
Abs. 1 Nr. 5 oder § 13 b Abs. 2 UStG ergeben.

⁴ Dieses lag uns bis zur endgültigen Drucklegung dieses Beitrags allerdings noch nicht vor.

⁵ vgl. u. a. <http://www.psp.eu>, „Fragen und Antworten zur elektronischen Rechnung – Version 005a“ oder
<http://www.elektronische-steuerpruefung.de>

Bayern an die Kommunen ab. Die Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung an kommunale Körperschaften (ANBest-K, Anlage 3 a zu den VV zu Art. 44 BayHO) sollen künftig die Aufbewahrung der Belege auf Bild- oder Datenträgern (analog den Bestimmungen in Nr. 6.3 der Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung – ANBest-P) ermöglichen.

Um etwaigen Missverständnissen vorzubeugen, weisen wir darauf hin, dass damit nur die Aufbewahrungsbestimmungen in Nr. 6.4 ANBest-K an die aktuellen haushaltsrechtlichen Vorschriften angepasst werden sollen. Die Erleichterung betrifft damit vor allem diejenigen Maßnahmen, bei denen die ordnungsgemäße Mittelverwendung nur mit **einfachen Verwendungsnachweisen**⁶ oder **Verwendungsbesccheinigungen**⁷ nachgewiesen werden muss. Dies ist nach den erhaltenen Auskünften bei der überwiegenden Mehrheit der staatlichen Zuwendungsmaßnahmen zur Projektförderung der Fall.

Besteht aufgrund des Zuwendungsbescheids die Verpflichtung zur Vorlage **vollständiger Verwendungsnachweise**⁸, sind diesen nach wie vor die Originalbelege⁹ beizufügen und der für die Prüfung des Verwendungsnachweises zuständigen Behörde¹⁰ vorzulegen. Erst danach ist eine Aufbewahrung der gescannten papiergebundenen Belege ausschließlich in elektronischer Form auf Bild- oder Datenträger möglich.

Nach einer Bekanntmachung des Bayer. Staatsministeriums der Finanzen (StMF) vom 23.09.2011, Az.: 62 - FV 6700-025-32977/11 und 62 - FV 6220-013-35800/11, kann im Vorgriff auf die geplante Anpassung die neue Regelung bei Zuwendungen nach Art. 10 und 13 c Finanzausgleichsgesetz (FAG) sowie Bayer. Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetz (BayGVFG) (kommunaler Straßenbau) bereits **ab sofort** angewandt werden.

2.2 Technik

2.2.1 Anforderungen an das primäre Speichermedium

Nach den haushaltsrechtlichen Vorschriften müssen die für die elektronische Belegaufbewahrung eingesetzten Medien

- eine **dauerhafte Speicherung** der Belege für die Dauer der Aufbewahrungsfrist ermöglichen und
- **nachträgliche Änderungen** der dort abgelegten Belege **zuverlässig verhindern** (vgl. § 71 Abs. 2 Satz 1 KommHV-Kameralistik [§ 67 Abs. 2 Satz 1 KommHV-Doppik]).

⁶ vgl. Nr. 10.2 der Verwaltungsvorschriften für Zuwendungen des Freistaats Bayern an kommunale Körperschaften (VVK)

⁷ vgl. Nr. 10.3 VVK

⁸ vgl. Nr. 10 VVK i. V. mit Nr. 6 ANBest-K

⁹ Soweit mit dem Verwendungsnachweis Originale vorzulegen sind, sind dies bei papiergebundenen Rechnungen deren Originale, bei originär elektronischen Rechnungen gemäß § 14 Abs. 1 Satz 8 UStG die empfangenen elektronischen Dateien und die Nachweise über deren Authentizität und Integrität.

¹⁰ vgl. Nr. 11.1 VVK

Die Regelung ist technikneutral gestaltet und gestattet die Ablage der digitalisierten Belege oder originär elektronischen Rechnungen sowohl auf optischen Speicherplatten (z. B. UDO-Laufwerke) als auch auf Festplatten-Speichermedien mit WORM-Eigenschaften (vgl. Abschnitt 2 des Geschäftsberichtsbeitrags 2006). Die zuletzt genannten Festplattensysteme vereinen aus unserer Sicht die Vorteile der unveränderbaren optischen Medien mit den schnellen Zugriffszeiten der Festplatten, liegen mittlerweile wegen ihrer Zuverlässigkeit und einfachen Handhabung im Trend und werden in verschiedenen Ausprägungen (hard- oder softwarebasierte Lösungen) angeboten.

Sinn und Zweck der haushaltsrechtlichen Regelungen ist es, die **Integrität und Authentizität** der elektronisch gespeicherten Belege¹¹ für die Dauer der Aufbewahrungsfristen sicherzustellen. Die gesetzlichen Anforderungen an das Speichermedium sollen also sowohl nachträgliche Manipulationen als auch den Austausch oder das Löschen von bereits gespeicherten Belegen zuverlässig verhindern¹². Notwendige und begründete Änderungen der gespeicherten Belegdaten (z. B. Korrektur falsch abgelegter Belegdokumente, Ergänzungen der begründenden Unterlagen usw.) sind bei den eingesetzten Archiv- oder Dokumentenmanagementsystemen in der Regel über die so genannte Versionierung der Belegdokumente oder Dokumentenmappen möglich und damit nachvollziehbar. Diese Nachvollziehbarkeit der Speicherung und Änderung von Belegdokumenten und -mappen liegt im Interesse einer ordnungsmäßigen Verwaltungsbuchführung und leitet sich aus den allgemeinen Buchführungsgrundsätzen, insbesondere dem so genannten Radierverbot, ab. Selbstverständlich muss dem Benutzer bei seiner Recherche in einem qualifizierten elektronischen Archiv auch die aktuelle Version des Belegs oder der Belegmappe zuverlässig angezeigt werden und ihm gegebenenfalls die Anzeige früherer Versionen ermöglichen.

Mit den vorstehend beschriebenen haushaltsrechtlichen Anforderungen ist es deshalb **nicht vereinbar**, wenn die elektronischen Belegdaten, wie wir dies gelegentlich angetroffen haben, **primär** auf normalen Server-Festplatten, NAS- oder SAN-Speichersubsystemen oder in relationalen Datenbankmanagementsystemen gespeichert werden und die Belege von diesen (veränderbaren) Medien aus geladen und visualisiert, d. h. angezeigt oder ausgedruckt werden.¹³

Aus gegebenem Anlass weisen wir ausdrücklich darauf hin, dass die klaren haushaltsrechtlichen Regelungen auch nicht dadurch eingehalten werden, dass die auf veränderlichen Festplattensystemen abgelegten Primärdaten zusätzlich in mehr oder weniger regelmäßigen zeitlichen Abständen auf separate (**sekundäre**) WORM-Medien (z. B. UDO-Medien oder Festplatten-Medien mit WORM-Eigenschaften) gespeichert werden. Unsere Prüfungen solcher sekundärer Speicherlösungen zeigten, dass hierbei weder die Vollständigkeit noch die Integrität und Authentizität der primär gespeicherten Belegdokumente mit einem vertretbaren Aufwand und in angemessener Zeit überprüft und mit den Daten auf den sekundären Speichermedien abgegli-

¹¹ Belege im Sinne von § 71 KommHV-Kameralistik [§ 67 KommHV-Doppik]: Kassenanordnungen und Auszahlungsnachweise, ferner Unterlagen, aus denen sich der Zahlungsgrund ergibt (begründende Unterlagen). Belege sind Grundlage jeder Buchung gemäß § 71 Abs. 1 Satz 1 KommHV-Kameralistik [§ 67 Abs. 1 Satz 1 KommHV-Doppik]; vgl. auch den obersten Grundsatz für die Buchführung: „Keine Buchung ohne Beleg“

¹² Die anstelle oder zusätzlich zu den unveränderbaren Speichermedien in Betracht gezogene Alternative, die gescannten Dokumente nach dem Scannen elektronisch zu signieren, um damit der Authentizität und Integrität für die Dauer der Aufbewahrungsfrist sicherzustellen, wurde aus Gründen der Praktikabilität wegen des damit verbundenen Aufwands wieder verworfen.

¹³ Die aus technischen Gründen in Fußnote 71, Geschäftsberichtsbeitrag 2004, erwähnte temporäre Zwischenspeicherung von Daten vor der Speicherung auf dem unveränderbaren Medium wird davon nicht erfasst und ist bei Erfüllung der übrigen Voraussetzungen an die qualifizierte Archivierung weiterhin zulässig.

chen oder verprobt werden können. Insoweit stellen die auf separaten WORM-Medien gespeicherten Daten aus unserer Sicht allenfalls ein zusätzliches Backup dar, allerdings ohne Medienverwaltung und Abgleichsmöglichkeit mit dem primären Belegarchiv.

Bei manchen Kommunen waren die sekundären WORM-Laufwerke an normalen Büro-Arbeitsplätzen im Bereich der Kasse installiert. Demzufolge wurden auch die Speichermedien dort aufbewahrt. Wir weisen darauf hin, dass dies weder mit den haushaltsrechtlichen Sicherheitsanforderungen des § 37 Abs. 1 KommHV-Kameralistik [§ 33 Abs. 1 KommHV-Doppik] noch mit den allgemeinen und speziellen datenschutzrechtlichen Vorschriften (vgl. z. B. § 30 AO) vereinbar ist. Zentrale Speicherkomponenten und Archivmedien gehören aus Gründen der Verfügbarkeit, Vertraulichkeit und Integrität ausschließlich in den besonders gesicherten Serverraum, der nur von befugten Personen betreten werden darf.

2.2.2 Eignung von Festplatten-Speichersystemen mit WORM-Eigenschaften als primäres Speichermedium

Aufgrund zahlreicher Anfragen zur technischen Eignung von Festplatten-Speichersystemen mit WORM-Eigenschaften weisen wir darauf hin, dass wir **weder Zertifikate** zur Eignung dieser Speichermedien **erstellen** noch diese **Systeme** unter Laborbedingungen **testen**. Nachdem sich die haushaltsrechtlichen Anforderungen in den wesentlichen Punkten mit den steuer- und handelsrechtlichen Anforderungen an die elektronische Belegaufbewahrung decken, können für diese Eignungsbeurteilung entsprechend **qualifizierte Gutachten** von Wirtschaftsprüfungsgesellschaften oder anderen Institutionen herangezogen werden, wenn diese auf der Grundlage von anerkannten Prüfungsstandards und Anforderungskriterien (z. B. Prüfungsstandard 880 des Hauptfachausschusses des IDW, „Die Prüfung von Softwareprodukten – IDW PS 880“ und die „Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung beim Einsatz von elektronischen Archivverfahren – IDW RS FAIT 3“) erstellt wurden und bei der Zertifizierung die aktuell geltenden handels- und steuerrechtlichen Vorschriften (insbesondere §§ 238 HGB sowie §§ 140 – 148 AO, die GDPdU und die GoBS) zugrunde lagen. Da es aber in der Praxis vor allem auf das zuverlässige und reibungslose Zusammenwirken des Gesamtsystems (Archiv- oder Dokumentenmanagementsystem und der Speichermedien) und oftmals auch auf die Einhaltung bestimmter organisatorischer Voraussetzungen ankommt, sollte das Gutachten hierzu ebenfalls entsprechende Aussagen enthalten. Die nur isolierte Betrachtung des Speichersystems ist aus unserer Sicht in aller Regel nicht zielführend.¹⁴

2.2.3 Eignung von einmal beschreibbaren DVD- oder BlueRay-Medien als primäres Speichermedium

Die bei unseren Prüfungen angetroffenen Konfigurationen mit BlueRay-Medien (BlueRay-Brenner und handschriftlich beschriftete, handelsübliche BD-R-Medien) befanden sich weder im direkten (Online-)Zugriff des Archiv-/Dokumentenmanagementsystems¹⁵ noch war bei der verwendeten Schreibtechnik¹⁶ die haushaltsrechtlich vorgeschriebene Unveränderbarkeit der gespeicherten Belegdaten gewährleistet. Die mit dem UDF-Dateisystem formatierten BD-R-Medien verhielten sich aus Sicht des Benutzers wie normale externe Festplatten oder USB-Speichermedien und ließen sowohl Änderungen als auch den Austausch oder das Löschen

¹⁴ Zum Beispiel ist die Unveränderbarkeit der Belegdokumente bei verschiedenen Systemen nur dann gewährleistet, wenn die so genannte Retention-Time und das Archiv-Flag zum Zeitpunkt des Speicherns vom führenden Archiv- oder Dokumentenmanagementsystem korrekt gesetzt werden.

¹⁵ Vielmehr wurden diese, wie in Abschnitt 2.2.1 beschrieben, als reine Backup-Medien verwendet.

¹⁶ inkrementelles packet-writing ohne Finalisierung des Datenträgers

von gespeicherten Dateien zu, die zumindest mit den „Bordmitteln“ des Betriebssystems nicht mehr nachvollziehbar waren.¹⁷ Aufgrund dieser technischen Aspekte¹⁸ und der vorstehenden Ausführungen in Abschnitt 2.2.1 mussten wir solche Lösungen als **ungeeignet** beanstanden, da weder die haushaltsrechtlichen Anforderungen erfüllt noch die Revisionsfähigkeit der auf den BD-R-Medien gespeicherten Daten gegeben waren.

Darüber hinaus bestehen unsererseits erhebliche Zweifel, ob sich die selbst gebrannten DVD-R- oder BD-R-Medien überhaupt für die dauerhafte Aufbewahrung von Kassenbelegen eignen. Den uns vorgelegten Produktbeschreibungen zu den Medien konnten wir lediglich entnehmen, dass in Deutschland für diese Medien nur die gesetzlichen Gewährleistungsbestimmungen gelten. Darüber hinaus gehende schriftliche (Garantie-)Zusagen der Hersteller zur Halt- und Lesbarkeit von BD-R-Medien lagen uns nicht vor. Daneben wurde von den Herstellern in den Produktbeschreibungen auf bestimmte klimatische Bedingungen hingewiesen, die die Halt- und Lesbarkeit der Medien beeinflussen können (z. B. Temperatur, Luftfeuchte, Lichteinfall). Insofern verwundert, dass die betroffenen Kommunen weder redundante Speichermedien vorweisen konnten noch die Lesbarkeit der selbst gebrannten Medien regelmäßig überprüfen. Hinzu kam, dass die verwendeten Speichermedien weder optische noch elektronische Identitätsmerkmale trugen, die eine zuverlässige Vollständigkeitsprüfung oder Identifikation der jeweiligen Medien ermöglicht hätten.

2.2.4 Speicherformate der gescannten Belege

Die Speicherung der gescannten Belege in TIFF- oder JPEG-Formaten hat sich wegen der daraus resultierenden Dateigröße, der Probleme bei der Anzeige von mehrseitigen und gegebenenfalls komprimierten TIFF- oder JPEG-Dateien mit Standard-Viewern und der dadurch eingeschränkten Verkehrsfähigkeit der elektronischen Belege nach unseren Eindrücken eher als unpraktisch erwiesen. Vorteile bieten insbesondere die für die Langzeitarchivierung normierten **PDF/A-Formate** (ISO 19005/32000), die neuerdings auch Daten aufnehmen und darstellen können, die mit dem JPEG2000-Standard verlustfrei komprimiert wurden (vgl. Abschnitt 3.4.1 im Geschäftsberichtsbeitrag 2004 und PDF/A-Competence-Center, www.pdfa.org).

Darüber hinaus ermöglichen die PDF-Formate infolge der in den meisten Standard-PDF-Viewern zwischenzeitlich implementierten Funktionen zur (automatischen und/oder manuellen) Integritäts- und Authentizitätsprüfung elektronisch signierter Dokumente eine einfache und leichte Handhabung sowohl von nicht signierten als auch von signierten Belegdokumenten. Insofern ziehen wir für die elektronisch abgelegten Belegdokumente mittlerweile das PDF/A-Format vor.

¹⁷ Ein spezielles Tool, mit dem die ursprünglich gespeicherten Inhalte und die jeweiligen Änderungen des Inhaltsverzeichnisses (TOC = table of content) nachvollziehbar gewesen wären, stand uns nicht zur Verfügung; im Übrigen muss die Vollständigkeit und Integrität der Belege gemäß § 61 Abs. 2 KommHV-Kameralistik [§ 57 Abs. 4 KommHV-Doppik] auch in angemessener Zeit prüfbar sein.

¹⁸ Nach der technischen Bewertung des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) in der Maßnahmeempfehlung M 4.169 handelt es sich bei CD-R, DVD-R und BlueRay-Medien um keine „echten“ WORM-Medien, da diese mehrmals beschreibbar sind (z. B. session at once; track at once; incremental packet-writing) und hierbei der TOC immer wieder neu erstellt wird. Dadurch sind die Lesbarkeit und Korrektheit der zuerst archivierten Daten nicht gewährleistet.

2.2.5 Verwendung von Komprimierungs- und Bildverbesserungsverfahren

Häufig wurden wir auch mit der Frage konfrontiert, ob Bildverbesserungsverfahren (z. B. Kofax Virtual ReScan) eingesetzt werden dürfen und welche Komprimierungsverfahren als zulässig betrachtet werden.

Bildverbesserungsverfahren, die der besseren Lesbarkeit der gescannten Belege dienen, sind aus unserer Sicht zulässig, wenn hierbei die **bildliche Übereinstimmung mit dem Original gewährleistet ist**. Invertierungen oder vom Original stark abweichende Farbdarstellungen sind allerdings nicht statthaft. Die farbgetreue (nicht farbechte) Wiedergabe des Originals am Bildschirm oder am Drucker muss weiterhin gewährleistet sein.

Ebenso ist natürlich eine verlustfreie Komprimierung der Daten zulässig. Auf die weiterführenden Ausführungen in Abschnitt 3.4.1 unseres Geschäftsberichtsbeitrags 2004 wird in diesem Zusammenhang verwiesen.

2.2.6 Unabhängigkeit des Belegarchivs vom HKR-Verfahren

Bereits in unserem Geschäftsberichtsbeitrag 2004 haben wir betont, dass das elektronische Belegarchiv auch **unabhängig vom eingesetzten HKR-Verfahren**¹⁹ die Aufbewahrung und Recherche von Kassenbelegen ermöglichen muss.²⁰ Dies ist nach unseren Prüfungserfahrungen nicht immer gewährleistet und setzt voraus, dass sowohl die Mindestdaten der Kassenanordnungen (vgl. § 39 Abs. 1 KommHV-Kameralistik [§ 35 Abs. 1 KommHV-Doppik]) als auch die notwendigen Hinweis- und Verweisdaten in die Metadaten des Archivsystems übernommen werden. Die Wiedergabe der gespeicherten elektronischen Belege und deren maschinelle Auswertbarkeit muss gemäß § 82 Abs. 4 KommHV-Kameralistik [§ 69 Abs. 4 KommHV-Doppik] auch dann möglich sein, wenn das HKR-Verfahren geändert oder abgelöst wird. Nur so ist bei einer Migration auf ein anderes System oder bei einem Wechsel des Anbieters sichergestellt, dass die **Buchungsvorgänge nachvollziehbar bleiben**.²¹ Außerdem stellt diese Anforderung sicher, dass verloren gegangene Buchungsdaten gegebenenfalls auf Basis der Belege wieder herstellbar sind.

2.2.7 Anforderungen an Sicherungskonzepte und -medien

Wie bereits im Geschäftsberichtsbeitrag 2006, Abschnitt 2.2, dargestellt, legen wir beim Einsatz von festplattenbasierten Speichermedien mit WORM-Eigenschaften vor allem Wert auf ein **ausgereiftes und lückenloses Sicherungskonzept**, das professionell umgesetzt und betrieben wird. In besonderem Maße muss dabei die Integrität der Index-Datenbank sichergestellt werden und nachprüfbar sein (vgl. Maßnahmeempfehlung M 4.171 „Schutz der Integrität der Index-Datenbank von Archivsystemen“ der IT-Grundschutz-Kataloge [BSI-Kataloge]). Diese Nachprüfbarkeit setzt eine entsprechende Protokollierung voraus, wie sie in der Maßnahmeempfehlung M 4.172 „Protokollierung der Archivzugriffe“ der IT-Grundschutz-Kataloge beschrieben wird.

¹⁹ automatisiertes Verfahren für die Abwicklung des Haushalts-, Kassen- und Rechnungswesens

²⁰ vgl. Abschnitt 3.4.2 Geschäftsberichtsbeitrag 2004

²¹ Unabhängig davon wird auch von unserer Seite eine möglichst gute Integration des elektronischen Belegarchivs in das HKR-Verfahren begrüßt. Dies erleichtert dem Anwender die Arbeit, erhöht die Akzeptanz und stellt einen kurzen Lernprozess sicher.

Im Hinblick auf die Anforderungen an ein qualifiziertes Archivsystem haben wir damals auf besondere Eigenschaften der Sicherungsmedien verzichtet, zumal wir davon ausgingen, dass die ausgereifte Technik der Server-Festplattensysteme oder Speichersubsysteme mit WORM-Eigenschaften nur selten zu Datenverlusten und damit Restore-Vorgängen führt. Da sich unsere damalige Annahme in der Praxis bestätigt hat, halten wir an dieser Auffassung fest, zumal strengere Anforderungen in diesem Bereich wohl einen unverhältnismäßigen Mehraufwand verursachen würden.²²

Zudem gehen wir bei größeren technischen Defekten oder Schadeneignissen an den unveränderbaren Speichermedien davon aus, dass gerade in diesem sensiblen Bereich **Restore-Vorgänge** der gespeicherten Daten im Rahmen einer ordnungsgemäßen Betriebsdokumentation gemäß § 37 Abs. 1 Nrn. 7 und 8 KommHV-Kameralistik [§ 33 Abs. 1 Nrn. 7 und 8 KommHV-Doppik] **protokolliert, nachvollziehbar dokumentiert und die Protokolle wie Belege aufbewahrt werden.**

2.2.8 Anforderungen an die Ausstattung des Prüfer-Arbeitsplatzes

Bereits in unserem Geschäftsberichtsbeitrag 2004, Abschnitt 3.5.3, haben wir deutlich gemacht, dass die Einführung elektronischer Belegarchive eine **entsprechende Ausstattung des Prüfer-Arbeitsplatzes** für Recherchen, maschinelle Auswertungen oder gegebenenfalls den Export von Daten erfordert (vgl. Art. 106 Abs. 6 Satz 3 GO, Art. 92 Abs. 6 Satz 3 LKrO, Art. 88 Abs. 6 Satz 3 BezO i. V. mit § 1 Abs. 3 KommPrV). Obwohl wir dies damals für selbstverständlich hielten, ist nicht immer gewährleistet, dass **rechtzeitig zu Prüfungsbeginn ein funktionsbereites Endgerät** für die Archivrecherche und die **notwendige Benutzerdokumentation** (z. B. Anwender-Handbuch) zur Verfügung stehen.²³ Wir bitten dies künftig stärker zu beachten, damit unsere Prüfungstätigkeit nicht durch die fehlende technische Ausstattung erschwert oder unnötig verzögert wird. In diesem Zusammenhang weisen wir darauf hin, dass der Auskunfts-Arbeitsplatz bei einem qualifizierten elektronischen Belegarchiv sowohl die Recherche nach der zeitlichen und sachlichen Ordnung als auch nach den wesentlichen Daten der Kassenanordnungen (sog. Metadaten) sicherstellen muss.

2.3 Buch- und Belegführung bei Einsatz elektronischer Belegarchive

2.3.1 Parallele Führung eines elektronischen und papiergebundenen Belegarchivs

Häufig wurden wir in der Vergangenheit auch mit der Frage konfrontiert, ob bei einer zusätzlichen Aufbewahrung der Belege in Papierform (z. B. in der zeitlichen Reihenfolge des Scannens) nicht auf den Einsatz eines unveränderbaren Speichermediums verzichtet werden könne. Diesem Ansinnen haben wir aus den nachfolgenden Gründen stets eine Absage erteilt.

Mit der Einführung eines elektronischen Belegarchivs im „offiziellen“ Wirkbetrieb wird dieses zur **führenden** Belegablage. Unsere Erfahrungen in der Praxis zeigen, dass mit der Inbetriebnahme von elektronischen Belegarchiven die zusätzliche Ablage der Papierbelege im täglichen

²² Natürlich werden damit nicht alle denkbaren Risiken einer gezielten Manipulation verhindert. Allerdings sind diese bei genügend krimineller Energie auch bei den herkömmlichen Papierbelegen und den dort getroffenen Sicherungsmaßnahmen möglich (z. B. Brandstiftung, Entfernen oder Austausch von Belegen). Die getroffene Risikoabwägung liegt somit im Interesse der Kommunen.

²³ Auf dieses Erfordernis wird auch in der Begründung der Verordnung zur Änderung kommunalwirtschaftlicher Vorschriften, Erläuterungen zu § 71 KommHV-Kameralistik, S. 45, ausdrücklich hingewiesen. Danach ist der für die ordnungsgemäße Prüfung erforderliche Zugang zu den archivierten Belegen sicherzustellen.

Verwaltungsbetrieb keine Bedeutung mehr hat. Vielmehr werden Entscheidungen, Kontrollen oder auch Prüfungen innerhalb der Verwaltung nur noch anhand der elektronisch abgelegten Belege vorgenommen, zumal diese erheblich schneller recherchiert und einsehbar sind. Als „führendes“ Belegarchiv muss das im Wirkbetrieb eingesetzte automatisierte Verfahren daher alle haushaltsrechtlichen Anforderungen, die an solche Verfahren nach den §§ 37, 71 Abs. 2 und 82 KommHV-Kameralistik [§§ 33, 67 Abs. 2, 69 KommHV-Doppik] gestellt werden, erfüllen.²⁴ **Unverzichtbar** ist demnach die zeitnahe Speicherung der Belege auf ein **geeignetes unveränderbares primäres Speichermedium** (vgl. dazu die Ausführungen in den Abschnitten 2.2.1 und 2.2.2).

Eine rein sequenzielle Ablage der Papierbelege ist nach den haushaltsrechtlichen Vorschriften nicht zulässig und auch bei Einsatz eines elektronischen Belegarchivs nur für eine Übergangsfrist²⁵ vorgesehen. Würden alle gescannten Originalbelege zusätzlich in der vorgeschriebenen sachlichen Ordnung aufbewahrt, würde dies aus unserer Sicht einen nicht unerheblichen Mehraufwand verursachen, der als unwirtschaftlich anzusehen ist.

2.3.2 Beachtung von Buchführungsgrundsätzen

Bei der schwerpunktmäßigen Untersuchung der Vollständigkeit der elektronischen Belegarchive haben sich einige Mängel gezeigt, die nicht von der eingesetzten Hard- und Software, sondern vielmehr durch die örtliche Organisation des Anordnungswesens verursacht wurden. Der beim Einsatz der elektronischen Belegarchive nunmehr mögliche maschinelle Abgleich der belegten Sachbuchungen führte oftmals zu der Erkenntnis, dass diverse Buchungen entweder nicht oder nur unzureichend belegt sind. Dadurch wird nicht nur der allgemeine und in § 71 Abs. 1 KommHV-Kameralistik [§ 67 Abs. 1 KommHV-Doppik] näher konkretisierte Buchungsgrundsatz **„Keine Buchung ohne Beleg“** verletzt, sondern auch die Nachvollziehbarkeit des Rechnungswesens eingeschränkt. Bei der näheren Untersuchung der jeweiligen Ursachen stellte sich heraus, dass nicht nur die förmlichen Kassenanordnungen samt begründender Unterlagen fehlten, sondern gelegentlich auch der haushaltsrechtliche Grundsatz der „Trennung von Anordnung und Vollzug“ durchbrochen wurde und daraus gegebenenfalls Gefahren für die innere Kassensicherheit entstehen könnten.

Verschiedene Hersteller bieten zwischenzeitlich in ihren HKR-Verfahren eine **„Vollständigkeitsprüfung“** der elektronischen Belegablage an. Hierbei wird geprüft, ob die im Sachbuch nachgewiesenen Buchungen mit einem entsprechenden Flag oder Verweis in das Archivsystem²⁶ belegt sind. Wir empfehlen dringend, diese verfahrensinternen Auswertungen zu nutzen, um auf diese Weise die Vollständigkeit des Belegarchivs sicherzustellen. Bei der Auswahl eines HKR-Verfahrens wäre auf diese Funktionalität und eine entsprechende Schnittstelle des Archiv-/Dokumentenmanagementsystems zu achten.²⁷ Bei anderen Verfahren, die diese Möglichkeit nicht bieten, raten wir, die Vollständigkeit des Belegarchivs über entsprechende orga-

²⁴ Im Ergebnis deckt sich dies mit den Aussagen in den Abschnitten 2.1.2 und 2.4 der Orientierungshilfe der Verwaltungsgerichtsbarkeit zur elektronischen Aktenführung.

²⁵ Der Zeitpunkt für die Vernichtung der nicht mehr aus anderen Rechtsgründen benötigten Papierbelege ist gemäß § 71 Abs. 2 Sätze 3 und 4 KommHV-Kameralistik [§ 67 Abs. 1 Sätze 3 und 4 KommHV-Doppik] durch das örtliche Rechnungsprüfungsorgan festzulegen und soll nicht vor Abschluss der örtlichen Prüfung der Jahresrechnung erfolgen.

²⁶ Dieser Hinweis/Verweis sollte bei der erfolgreichen Archivierung von Belegen automatisch gesetzt werden.

²⁷ Allerdings stellt dies unseres Erachtens kein K.-o.-Kriterium dar, zumal damit nur die Tatsache überprüft wird, ob zur jeweiligen Buchung ein Beleg gescannt wurde. Die Vollständigkeit und Integrität des jeweiligen Belegs kann damit natürlich nicht überprüft werden. Dies müssen schon die technischen und organisatorischen Maßnahmen zur qualifizierten Archivierung der Belege sicherstellen.

nisatorische Maßnahmen (z. B. entsprechende maschinelle Auswertungen im Archiv-/Dokumentenmanagementsystem und HKR-Verfahren) zu gewährleisten.

2.3.3 Fehlende Belege zu so genannten Integrationsbuchungen oder zu integrierten Personenkonto-Buchungen

Viele der in den Fachbereichen eingesetzten Fachverfahren (z. B. zur Lohn- und Gehaltsabrechnung, zur Ermittlung und Auszahlung von Sozial- und Jugendhilfeleistungen oder zur Veranlagung von Steuern, Gebühren und anderen Abgaben) generieren Dateien mit Buchungsdaten, die mit einer entsprechenden Schnittstelle in das HKR-Verfahren übernommen werden können und hierbei automatisch Sammel- oder Einzelbuchungen im Sachbuch²⁸ erzeugen (sog. Integrationsbuchungen). Die Verwendung dieser Schnittstellen liegt grundsätzlich im Interesse einer effizienten Aufgabenerledigung und führt in der Kasse zu einer halbautomatischen Abwicklung der Buchungsvorgänge²⁹. Allerdings stellten wir bei unseren Untersuchungen vor Ort häufig fest, dass die auf diese Weise abgewickelten Buchungen nur zum Teil ordnungsgemäß belegt waren. Unter anderem fehlten für diese Vorgänge teilweise die förmlichen Kassenanordnungen oder die notwendigen zahlungsbegründenden Unterlagen. Bei einigen Kommunen wurden die Buchungen und der Zahlungsverkehr sogar von den Fachbereichen selbst vorgenommen.

Wir halten diese Entwicklung für problematisch, da die Kasse ihren **Kontrollpflichten** entweder nicht mehr oder nur noch eingeschränkt nachkommen kann. Wir verkennen hierbei nicht, dass der Kasse im Rahmen des § 49 Abs. 1 KommHV-Kameralistik [§ 45 Abs. 1 KommHV-Doppik] im Wesentlichen nur formale Kontrollpflichten³⁰ zukommen. Wird aber in diesen Fällen gänzlich auf die Erteilung von Kassenanordnungen verzichtet, werden auch die Kontrollen des Anordnungsbefugten und das beim Anordnungswesen vorgeschriebene „**Vier-Augen-Prinzip**“ unterlaufen. Bei einer weitgehenden Aufgabendelegation auf die Sachbearbeiterebene findet somit weder innerhalb noch außerhalb des Fachbereichs eine ausreichende Kontrolle von Auszahlungsvorgängen statt. Dies ist haushaltsrechtlich grundsätzlich nicht zulässig³¹ und birgt zudem ein nicht unerhebliches **Risikopotenzial** für die innere Kassensicherheit.

Wir wollen dies am Beispiel von Gewerbesteuer-Rückerstattungen verdeutlichen:

In diesem Bereich kommt es nicht selten vor, dass sich Rückerstattungsbeträge in sechsstelliger Höhe errechnen und an den Steuerpflichtigen ausbezahlt werden. Berücksichtigt man, dass sich solche Rückzahlungen bei einer nicht ausreichend restriktiven Rechtevergabe vom jeweiligen Sachbearbeiter oder anderen Personen auch über fiktiv eingegebene Gewerbesteuerfälle oder über eine entsprechende Pflege der historischen Falldaten und Finanzadresse ma-

²⁸ In manchen Fällen waren auch bestimmte Buchungen in den Sachbüchern für Vorschüsse oder Verwahrgelder nur unzureichend belegt.

²⁹ Die von den Fachverfahren generierten Zahlungsverkehrsdaten werden häufig ebenfalls über entsprechende Schnittstellen in Online-Banking-Verfahren importiert und von dort aus zahlbar gemacht.

³⁰ Den sachlichen Inhalt einer Zahlungsanordnung hat die Kasse jedenfalls nicht nachzuprüfen, vgl. Schreml/Bauer/Westner, Kommunales Haushalts- und Wirtschaftsrecht in Bayern, Stand 01/2011, Erl. 3.2 zu § 49 KommHV-Kameralistik.

³¹ Auf die seit 01.01.2007 vorgesehene Alternative, die unter bestimmten Voraussetzungen bei so genannten Maserverfahren einen Verzicht auf die sachliche und rechnerische Feststellung ermöglicht, wollen wir hier nicht näher eingehen, da in der Regel nur große Kommunen in der Lage sind, andere technische und/oder organisatorische Kontrolleinrichtungen im Sinne eines vollständigen und wirksamen internen Kontrollsystems aufzubauen, die die erforderliche Sicherheit gewährleisten.

nipulieren lassen³², halten wir die unterlassene Kontrolle der Auszahlungsvorgänge aus Sicht der inneren Kassensicherheit nicht für vertretbar. Bei einer ordnungsgemäßen Abwicklung des Anordnungswesens mit förmlichen Kassenordnungen wäre unseres Erachtens eine ausreichende Kontrolle der Auszahlungen gewährleistet.

2.3.4 Sammelanordnungen und Allgemeine Zahlungsanordnungen

Bei Sammelanordnungen (z. B. wenn eine Zahlung auf mehrere Haushaltsstellen verteilt ist oder bei sog. Splitting-Buchungen der Umsatzsteuer) ist entweder durch entsprechende **Hinweisbelege** bei den betroffenen Haushaltsstellen und/oder **gegenseitige Verweise** (z. B. über entsprechende Einträge in den Metadaten des Archivsystems) zu gewährleisten, dass der bei der führenden Haushaltsstelle abgelegte Originalbeleg in angemessener Zeit und zuverlässig auffindbar bleibt.

Bei Allgemeinen Zahlungsanordnungen, die in der Regel erst am Ende des Jahres abgeschlossen werden, sind die unterjährigen (z. B. monatlichen) Buchungen durch nachträgliche **Feststellungsbescheinigungen** der Ein- oder Auszahlungen (vgl. § 41 Abs. 1 Satz 2 i. V. mit Abs. 2 Satz 2 KommHV-Kameralistik [§ 37 Abs. 1 Satz 2 i. V. mit Abs. 2 Satz 2 KommHV-Doppik]) zu bestätigen und durch entsprechende **Verweise** oder **Hilfsbelege** zu belegen.

2.3.5 Empfehlung zur elektronischen Ablage von Tagesabschlüssen oder von Gegenüberstellungen der Buch- und Geldbestände

Mit Inkrafttreten der neuen haushaltsrechtlichen Regelungen am 01.01.2007 ist die bis zu diesem Zeitpunkt bestehende Verpflichtung, die im automatisierten Verfahren geführten Zeit- und Kontogegenbücher für jeden Buchungstag auszudrucken, entfallen.

Nicht entfallen ist dagegen die **Verpflichtung zur Erstellung eines Tagesabschlusses** nach § 72 Abs. 1 Satz 1 KommHV-Kameralistik, der den Kassensollbestand dem Kassenistbestand gegenüberstellt und von den an den Ermittlungen beteiligten Beschäftigten und vom Kassenverwalter oder einem von ihm Beauftragten zu unterschreiben ist. Auf die Erstellung eines Tagesabschlusses nach § 72 Abs. 1 Satz 1 KommHV-Kameralistik kann nur dann verzichtet werden, wenn die Kontogegenbuchführung und die zeitliche Buchung in einem automatisierten Verfahren erfolgen. Dann sind gemäß § 72 Abs. 1 Satz 3 KommHV-Kameralistik anstelle des Tagesabschlusses der Barkassenbestand und der Bestand aus den Kontogegenbüchern zu ermitteln und dem Bestand an Zahlungsmitteln sowie dem Bestand auf den für den Zahlungsverkehr bei Kreditinstituten errichteten Konten gegenüberzustellen. Auch diese **Gegenüberstellung** ist von den Beteiligten zu unterzeichnen (vgl. Schreml/Bauer/Westner, a. a. O., Erl. 4 zu § 72 KommHV-Kameralistik). Die doppischen Buchungsvorschriften enthalten vergleichbare Verpflichtungen zum so genannten Tagesabgleich nach § 68 Abs. 1 KommHV-Doppik.

Im Zuge unserer Prüfungen hat sich aber gezeigt, dass die mit dem automatisierten Verfahren erzeugten Tagesabschlüsse/Tagesabgleiche oder Gegenüberstellungen der Bestände unter Umständen im nachhinein **nicht mehr taggenau reproduzierbar** sind. Soweit dies aus technischen Gründen mit dem eingesetzten Verfahren nicht gewährleistet werden kann, **empfehlen wir**, die mit dem Verfahren erzeugten Tagesabschlüsse oder Gegenüberstellungen mit den erläuternden Unterlagen (z. B. Übersicht der Schwebeposten, DTA-Begleitschreiben) ebenfalls

³² Diese Manipulationsmöglichkeit wurde von uns schon vor Ort demonstriert und führte sowohl beim Administrator als auch beim Kämmerer zum Erstaunen. Leider wurde die Manipulation von Gewerbesteuer-Personenkonten auch schon erfolgreich zur Verschleierung von dolosen Handlungen verwendet.

maschinell auswertbar im qualifizierten elektronischen Archivsystem abzulegen, damit deren Nachvollziehbarkeit für die Dauer der Aufbewahrungsfristen sichergestellt ist.

3 Empfang und Aufbewahrung elektronischer Rechnungen

3.1 Mögliche Varianten seit 01.07.2011

Mit dem Steuervereinfachungsgesetz 2011 hat der Gesetzgeber Art. 233 Abs. 2 der Mehrwertsteuer-Systemrichtlinie in der Fassung der Richtlinie 2010/45/EU des Rates vom 13.07.2010 zu den Rechnungsstellungsvorschriften in nationales Recht umgesetzt und in § 14 UStG neben den bisher zugelassenen Varianten für die elektronische Rechnungsstellung eine dritte, aus Sicht des Rechnungserstellers technisch erheblich einfachere Variante zugelassen. Die Rechtsnorm ist rückwirkend zum 01.07.2011 in Kraft getreten. Nachdem wir davon ausgehen, dass damit der Druck auf die Kommunen zum Empfang von elektronischen Rechnungen stärker zunimmt, wollen wir ein paar grundsätzliche Hinweise³³ zum Empfang, zur Prüfung und zur Aufbewahrung solcher Rechnungen geben.

Seit 01.07.2011 können Rechnungen über Lieferungen oder sonstige Leistungen in folgenden Varianten erstellt und, vorbehaltlich der Zustimmung des Empfängers, auf folgende Weise an diesen übermittelt werden:

– Einfache elektronische Rechnung

Rechnung in einem beliebigen, vom Rechnungsversender angebotenen und vom Rechnungsempfänger akzeptierten elektronischen Dokumentenformat (z. B. PDF, PDF/A, E-Mail, Textformat etc.), mit dem die Rechnung ausgestellt, empfangen und wieder visualisiert werden kann. Nach der Gesetzesbegründung und den dazu erstellten Berichten (vgl. BT-Drs. 17/5125, 17/5196, 17/6146) können elektronische Rechnungen beispielsweise als PDF-Dokument, E-Mail oder Textdatei an den Rechnungsempfänger übermittelt werden. Der Rechnungsempfänger muss bei solchen elektronischen Rechnungen die Echtheit der Herkunft der Rechnung (Authentizität), die Unversehrtheit ihres Inhalts³⁴ (Integrität) und ihre Lesbarkeit (Visualisierbarkeit) gewährleisten³⁵. Dies kann durch jegliche innerbetriebliche Kontrollverfahren erreicht werden, die einen verlässlichen Prüfpfad zwischen Rechnung und Leistung schaffen können³⁶ (vgl. § 14 Abs. 1 UStG).

– Qualifiziert signierte elektronische Rechnung

Rechnung in einem Dokumentenformat, das mit einer qualifizierten Signatur (mit oder ohne Anbieter-Akkreditierung) nach dem Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen (SigG) versehen ist. Die **Echtheit der Herkunft** und die **Unversehrtheit des Inhalts** der Rechnung werden bei gültigen Signaturen durch eine gesetzgeberische Fiktion unterstellt

³³ Das Bundesministerium der Finanzen will ausführliche Hinweise dazu in einem BMF-Schreiben veröffentlichen. Bei Drucklegung dieses Beitrags war dieses allerdings noch nicht veröffentlicht.

³⁴ Die Rechnung muss mindestens die Pflichtangaben nach § 14 Abs. 4 UStG enthalten.

³⁵ eine Verpflichtung, die sich auch auf die Dauer der Aufbewahrungsfrist erstreckt

³⁶ eine Forderung, die übrigens auch für die Papierrechnung gilt

(vgl. § 14 Abs. 1 i. V. mit Abs. 3 Nr. 1 UStG). Die Visualisierbarkeit der signierten Dokumente ist vom Rechnungsempfänger, ebenso wie bei einfachen elektronischen Rechnungen, für die Dauer der Aufbewahrungsfristen sicherzustellen.

– **EDIFACT-Rechnung**

Elektronischer Austausch der Rechnungsdaten nach Artikel 2 der Empfehlung 94/820/EG der Kommission vom 19.10.1994 über die rechtlichen Aspekte des elektronischen Datenaustausches (ABl. L 338 vom 28.12.1994, S. 98), wenn in der Vereinbarung über diesen Datenaustausch der Einsatz von Verfahren vorgesehen ist, die die **Echtheit der Herkunft** und die **Unversehrtheit der Daten** gewährleisten (vgl. § 14 Abs. 1 i. V. mit Abs. 3 Nr. 2 UStG). Die Anforderungen an die Visualisierbarkeit der Daten während der Aufbewahrungsdauer sind identisch mit den beiden vorherigen Varianten.

3.2 Zugangsöffnung für elektronische Rechnungen

Elektronische Rechnungen können nach der Gesetzesbegründung (vgl. BT-Drs. 17/5125) auf vielfältige Weise (z. B. per E-Mail, DE-Mail, E-Postbrief oder als Anhang zu diesen Nachrichtendiensten, per Filetransfer oder Download, per Computer-Telefax, Fax-Server³⁷ oder im Wege des Datenträgeraustauschs) dem Empfänger übermittelt werden. Die **Zustimmung** des Empfängers zum Empfang elektronisch übermittelter Rechnungen **bedarf ebenfalls keiner besonderen Form**; es muss lediglich Einvernehmen zwischen Rechnungsaussteller und Rechnungsempfänger darüber bestehen, dass die Rechnung elektronisch übermittelt werden soll.³⁸ Bei der Zugangsöffnung für elektronische Rechnungen³⁹ sollte der Rechnungsempfänger allerdings vorsichtig sein und seine Möglichkeiten zur Weiterverarbeitung der empfangenen Dateien und Formate sowie deren Speicherung/Aufbewahrung für die Dauer der Aufbewahrungsfristen im Auge haben.

Sind die Kommunen nach den steuerrechtlichen Vorschriften (vgl. vorstehende Ausführungen in Abschnitt 2.1.1, insbesondere Fußnote 3) zur Aufbewahrung verpflichtet, müssen sie bei elektronischen Rechnungen zusätzlich

- deren **maschinelle Auswertbarkeit** nach den **GDPdU**⁴⁰ gewährleisten und
- bei deren elektronischer Aufbewahrung die **GoBS**⁴¹ beachten.

Beides sollte allerdings bei Anwendung der haushaltsrechtlichen Grundsätze zur qualifizierten Archivierung von Kassenbelegen kein größeres Problem darstellen.

Wegen der leichten Duplizierbarkeit elektronischer Rechnungen sollten die Kommunen organisatorische und maschinelle Vorkehrungen treffen, die sicherstellen, dass nur die jeweiligen Originalrechnungen zur Zahlung angewiesen werden (**Duplikatsprüfung**). Möglicherweise

³⁷ nicht aber Standard-Telefax

³⁸ vgl. Abschnitt 14.4 Abs. 1 Satz 2 Umsatzsteuer-Anwendungserlass (UStAE) des BMF vom 01.10.2010

³⁹ Zustimmung im Sinne des § 14 Abs. 1 Satz 6 UStG

⁴⁰ Über entsprechende Schnittstellen, die den GDPdU-Beschreibungsstandard unterstützen, sollten moderne HKR-Verfahren zwischenzeitlich verfügen.

⁴¹ Diese setzen ebenfalls die Speicherung auf unveränderbaren Medien voraus.

müssen sich die Kommunen bei einfachen elektronischen Rechnungen wegen des Verzichts auf sichere Übertragungsverfahren auch vor einem Empfang falscher (gefälschter) Rechnungen schützen.

3.3 Besonderheiten der jeweiligen Varianten

– Einfache elektronische Rechnung

Bei der einfachen elektronischen Rechnung hat der Rechnungsempfänger gemäß § 14 Abs. 1 UStG die Authentizität und Integrität der Rechnung durch einen **verlässlichen internen Prüfpfad** sicherzustellen. Im Hinblick auf die haushaltsrechtlichen Vorschriften zur sachlichen und rechnerischen Feststellung von Ansprüchen und Zahlungsverpflichtungen vertreten wir die Auffassung, dass der vom Rechnungsempfänger gemäß § 14 Abs. 1 Satz 6 UStG sicherzustellende verlässliche interne Prüfpfad bereits durch die in den haushaltsrechtlichen Vorschriften vorgegebene **sachliche und rechnerische Prüfung** der mit der Rechnung geltend gemachten Forderungen etabliert ist und sich insoweit keine neuen Anforderungen für die Kommunen ergeben.

Werden die einfachen elektronischen Rechnungen unmittelbar nach dem Eingang in ihrem Originalformat in einem **qualifizierten Archivsystem** mit nachträglich nicht veränderbaren Speichermedien abgelegt, sollte auch deren Integrität für die Dauer der Aufbewahrungsfristen nachweisbar sein.

– Qualifiziert signierte elektronische Rechnung

Im Hinblick auf die in § 2 Nr. 1 SigG vorgesehene Wahlmöglichkeit, qualifizierte elektronische Signaturen den zu signierenden Daten entweder beizufügen oder logisch mit ihnen zu verknüpfen, stellt sich für den Rechnungsempfänger die Frage, welche dieser beiden Varianten für ihn die zweckmäßigere darstellt.

Nach dem aktuellen Stand der Technik und den in der kommunalen Praxis verwendeten Archiv- oder Dokumentenmanagementsystemlösungen empfehlen wir, Dokumentenformate mit **beigefügten Signaturdaten** (sog. enveloped signature) oder diese einschließende Signaturdaten (sog. enveloping signature)⁴² zu verwenden. In der Praxis haben sich wegen ihres Verbreitungsgrades und einfachen Handlings PDF- oder PDF/A-Formate⁴³ als zweckmäßig erwiesen, da bei diesen Dateiformaten die Integritäts- und Authentizitätsprüfung der signierten Daten sowie die Anzeige des bei der Signatur verwendeten Zertifikats bereits mit den „Bordmitteln“ der gängigen PDF-Viewer (z. B. Adobe Reader ab Version 7.x oder höher) möglich ist.

Beim Empfang von elektronischen Dokumenten mit **logisch verknüpften** (separaten) Signaturen (sog. detached signature) muss sich der Empfänger erst die entsprechenden Prüf- und Visualisierungswerkzeuge beschaffen oder aus dem Internet herunterladen. Zudem muss er bei

⁴² Zur Unterscheidung der jeweiligen Signaturarten und deren Funktionsweise wird das Studium des BSI-Kompodiums „Grundlagen der elektronischen Signatur – Recht Technik Anwendung“, erhältlich unter https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/weitereThemen/ElektronischeSignatur/elektronischesignatur_node.html, empfohlen.

⁴³ die nunmehr in der Begründung zum Steuervereinfachungsgesetz 2011 ausdrücklich zugelassen sind

der Aufbewahrung darauf achten, dass die logische Verknüpfung der signierten Daten und der elektronischen Signatur⁴⁴ nicht mehr verloren geht.

Nachdem weder die steuerrechtlichen noch die haushaltsrechtlichen Vorschriften ein Nachsignieren von elektronisch signierten Rechnungsdokumenten gemäß § 17 SigV⁴⁵ fordern (vgl. BMF-Schreiben vom 29.01.2004, Az.: IV B 7 - S 7280 - 19/04, Tz. 8, und BMF-Schreiben vom 30.10.2007, Az.: IV A 5 - S 7287-a/07/0005, sowie AFS-HKR vom 10.08.2010 Nr. 9 b), bieten separate Signaturen aus unserer Sicht derzeit weder organisatorische noch technische Vorteile⁴⁶.

– EDIFACT-Rechnung

Diese Variante ist nach unseren Erkenntnissen im kommunalen Bereich nicht relevant. Aus diesem Grund wird auf eine Darstellung der Besonderheiten dieser Variante verzichtet.

3.4 Steuer- und haushaltsrechtliche Prüf- und Aufbewahrungspflichten

Aufgrund der in den vorstehenden Ausführungen dargestellten rechtlichen Rahmenbedingungen für den Versand, den Empfang und die Aufbewahrung elektronischer Rechnungen ist leicht ableitbar, dass es **nicht genügt**, diese lediglich auszudrucken und anschließend wie Papierrechnungen zu behandeln. Bei elektronischen Rechnungen sind stets **das empfangene elektronische Original** und gegebenenfalls dessen spätere Transformationen in ein anderes Dateiformat maßgebend. Dies bedeutet für den Empfänger einer elektronischen Rechnung letztlich, dass er nach den steuerrechtlichen Vorschriften die Echtheit der Herkunft der Rechnung (Authentizität) und die Unversehrtheit ihres Inhalts (Integrität) zu prüfen, die Prüfergebnisse auf geeignete Weise zu dokumentieren⁴⁷ und darüber hinaus die Lesbarkeit der elektronischen Rechnungsdaten und der Prüfergebnisse für die Dauer der Aufbewahrungsfristen sicherzustellen hat. Bei den qualifiziert signierten Rechnungen (mit oder ohne Anbieter-Akkreditierung) oder den EDIFACT-Rechnungen ist dies bereits durch die dabei verwendeten Sicherungs- und Übertragungsverfahren gewährleistet.

Aus der Sicht einer ordnungsmäßigen Verwaltungsbuchführung (gemäß Art. 61 Abs. 2 KommHV-Kameralistik [§ 57 Abs. 4 KommHV-Doppik] müssen die Aufzeichnungen in den Büchern vollständig, richtig, klar, übersichtlich und nachprüfbar sein) kann für die kommunale Buch- und Belegführung ebenfalls nichts anderes gelten, wenn diese revisionsicher sein soll.

⁴⁴ Für die signierenden Daten werden von den Unternehmen meistens PDF- oder MS-Office-/Open-Office-Formate verwendet, für die elektronischen Signaturen meistens PKCS#7-Dateiformate.

⁴⁵ Verordnung zur elektronischen Signatur

⁴⁶ Diese lägen bei einer Verpflichtung zur Nachsignierung in der Bildung der so genannten Merkle-Hashwertbäume.

⁴⁷ z. B. durch die schriftliche oder elektronische Feststellungsbescheinigung gemäß § 41 Abs. 1 Satz 2 KommHV-Kameralistik [§ 39 Abs. 1 Satz 2 KommHV-Doppik] auf der Rechnung oder in der Zahlungsanordnung

4 Quellen

4.1 Online-Quellen

(Stand: 23.01.2012)

Deutscher Bundestag – Dokumentations- und Informationssystem (DIP)

<http://dipbt.bundestag.de/dip21.web>

Bundesministerium der Finanzen – BMF-Schreiben und Informationen zum Steuervereinfachungsgesetz 2011

http://www.bundesfinanzministerium.de/nr_54/DE/BMF__Startseite/Aktuelles/BMF__Schreiben/node.html und

http://www.bundesfinanzministerium.de/DE/BMF__Startseite/Aktuelles/Aktuelle__Gesetze/Gesetze__Verordnungen/010__StVereinfG2011.html

Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik – IT-Grundschutz-Kataloge

https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/ITGrundschutz/itgrundschutz_node.html

Bayerisches Staatsministerium des Innern – Reform des kommunalen Haushaltsrechts

<http://www.innenministerium.bayern.de/buerger/kommunen/finanzen/detail/08206/>

JurPC – Arbeitsgruppe „Elektronische Verwaltungsakte“

<http://www.jurpc.de/aufsatz/20110066.htm>

PDF association – PDF/A Competence Center

<http://www.pdfa.org/?lang=de>

Peters, Schönberger & Partner GbR – Fragen und Antworten zur elektronischen Rechnung, Version 005a vom 12.07.2011

<http://www.psp.eu/faq/>

Forum elektronische Steuerprüfung – Legal Requirements for Document Management in Europe

<http://www.elektronische-steuerpruefung.de/rechtsgrund/voi-legal-requirements.htm>

Documanager.de – Steuervereinfachungsgesetz 2011 „Anforderungen an elektronische Rechnungen“

http://www.documanager.de/magazin/artikel_2613_elektronische_rechnung_anforderungen_2011.html

4.2 Literatur-Quellen

Bayerisches Staatsministerium des Innern, Verordnung zur Änderung kommunalwirtschaftlicher Vorschriften vom 05.10.2007, GVBl S. 678

Bayerisches Staatsministerium des Innern, IMBek vom 06.02.2008, Az.: IB4-1512.5-9, AllMBI S. 152, Finanzplanung 2007 bis 2011 der kommunalen Körperschaften und Hinweise zu verschiedenen Fragen des Haushaltsvollzugs

Bayerisches Staatsministerium des Innern, IMS vom 13.09.2010, Az.: IB4-1512.5-9, „Aufstellung und Vollzug der Haushaltspläne der Kommunen; Einsatz von elektronischen Signaturen“ und „Anforderungen an den Einsatz fortgeschrittener Signaturen im Haushalts-, Kassen- und Rechnungswesen der Bayerischen Kommunen (AFS-HKR)“, Stand: 10.08.2010

Bayerisches Staatsministerium der Finanzen, Rundschreiben an die Regierungen vom 23.09.2011, Az.: 62 - FV 6700-025-32977/11, Zuwendungen an kommunale Körperschaften nach Art. 10 und 13 c FAG sowie BayGVFG (kommunaler Straßenbau); Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung an kommunale Körperschaften (ANBest-K)

Die Kommune als Bauherrin

Praxistipps für kommunale Mandatsträger in Entscheidungsgremien, an der Spitze der Verwaltung (insbesondere für Bürgermeister und Landräte) sowie für Mitarbeiter der Bauämter

Verfasser: Reinhard **Böllmann**
Peter **Hofmann**
Johann **Rohrmüller**

Inhaltsübersicht	Seite
1 Einleitung	74
2 Nützliches für Mandatsträger in kommunalen Entscheidungsgremien (z. B. für Gemeinde- bzw. Stadträte)	74
2.1 Warum muss die Kommune ihre Ziele für das Bauvorhaben rechtzeitig kennen?	74
2.2 Was sind Projektziele?	75
2.3 Darf die Gemeinde Angebote von mehreren Planern einholen oder muss sie dies sogar?	76
2.4 Wie funktioniert die Planung?	76
2.4.1 Planungsphasen	76
2.4.2 Was ist bei der Grundlagenermittlung (Phase 1) zu beachten?	76
2.4.3 Was ist bei der Vorplanung (Phase 2) zu beachten?	77
2.4.4 Was gehört zur Entwurfsplanung (Phase 3)?	78
2.4.5 Ist eine Billigung der Vergabebudgets durch das Gremium notwendig?	78
3 Nützliches für kommunale Mandatsträger an der Spitze der Verwaltung (insbesondere für Bürgermeister und Landräte)	78
3.1 Wie wird der Baubedarf im Tiefbau ermittelt?	78
3.2 Wie wird der Baubedarf im Hochbau ermittelt?	79
3.3 Was muss bei Maßnahmen des Hochbaus außer dem Raumprogramm noch geklärt werden?	79
3.4 Was muss bei der Entwurfsplanung aus der Sicht der Kommune beachtet werden?	80
3.5 Muss mit der Entwurfsplanung zugleich eine Kostenaussage durch den Planer gemacht werden?	81

	Seite	
3.6	Welche Rolle spielt die Zeit bei der Projektierung?	81
3.7	Worauf muss die Kommune beim Bauen im Bestand (Altbauten) achten?	81
3.8	Sind die Vertragsleistungen in den Verträgen mit Planern und Baufirmen klar definiert?	82
3.9	Warum soll die Gemeinde nur Planerverträge mit Kostenobergrenze abschließen?	82
3.10	Was ist bei erkennbaren Kostenüberschreitungen zu veranlassen?	82
4	Nützliches für Mitarbeiter der Bauämter	84
4.1	Welche Folgen haben Verstöße gegen das Vergaberecht?	84
4.2	Wie sind die Ausschreibungsunterlagen nach der VOB/A aufgebaut?	85
4.3	Weshalb sollte die Verwaltung vor der Ausschreibung die Vorbemerkungen zu Leistungsbeschreibungen kritisch durchsehen?	86
4.4	Worauf ist bei der Leistungsbeschreibung zu achten?	86
4.5	Wird die VOB/B bei einem Bauvertrag automatisch zum Vertragsbestandteil?	87
4.6	Warum ist die Abnahme für die Bauvertragsabwicklung wichtig?	87
4.7	Darf die Gemeinde vor der Abnahme wegen Mängeln eine Ersatzvornahme auf Kosten der Baufirma vornehmen?	88
4.8	Beim Abnahmetermin werden vor Ort Mängel entdeckt, die wesentliche Mängel zu sein scheinen – was tun?	88
4.9	Bedarf es nach der Abnahme vor einer Ersatzvornahme einer zweiten Nachfristsetzung?	88
4.10	Was ist ein so genannter verdeckter (versteckter) Mangel?	88
4.11	Kann sich die Baufirma weigern, eine von der Gemeinde verlangte Nachtragsleistung auszuführen, wenn die Gemeinde den geforderten Nachtragspreis nicht akzeptiert?	89
4.12	Wie muss eine Rechnung beschaffen sein, damit sie prüfbar ist?	89
4.13	Darf die Objektüberwachung für die Gemeinde das gemeinsame Aufmaß unterzeichnen?	89
4.14	Was hat die Gemeinde sofort zu tun, wenn sie feststellt, dass die bei ihr eingegangene Schlussrechnung nicht prüfbar ist?	90
4.15	Wann verjährt der Vergütungsanspruch der Baufirma beim VOB/B-Vertrag?	90
4.16	Was ist bei der Feststellung der Rechnung zu beachten?	90
4.17	Wie ist die Bauabrechnung zu belegen?	91

1 Einleitung

Der Kommune verbleibt auch dann ihre Verantwortung als Bauherrin, wenn sie sich bei der Durchführung von Baumaßnahmen externer Fachleute bedient. Sie muss zu Beginn des Bauprojekts selbst Ziele verbindlich festlegen, den Beteiligten verbindlich vorgeben und dafür sorgen, dass diese Ziele möglichst auch eingehalten und nicht – wie leider zu häufig – während des Bauprojekts „aus den Augen verloren werden“. Dazu bedarf es bei den Kommunen auf allen Ebenen des tatkräftigen Einsatzes von Menschen, die sich darum kümmern.

Die Aufgabe des „Kümmerns“ ist bei den Kommunen auf mehrere Schultern verteilt:

- Schon zum Projektbeginn sind wichtige Entscheidungen zu treffen. Zum Beispiel das Festlegen der Projektziele anhand des ermittelten Bedarfs, und gegebenenfalls später auch ihre Anpassung an neue Umstände, ist Aufgabe des Gremiums (z. B. Gemeinderat, Stadtrat, Kreistag), des Willensbildungsorgans der Kommune, das hierzu jeweils rechtzeitig die entsprechenden Informationen und Vorschläge (Vorlagen) von der Verwaltung benötigt.
- Die bei der Projektabwicklung gefassten Beschlüsse des hierfür zuständigen Gremiums über die rechtsgeschäftlichen Beauftragungen von Planern und Baufirmen umzusetzen (zu vollziehen) ist Sache der Verwaltung, an deren Spitze und Nahtstelle zum Gremium der erste Bürgermeister bzw. Landrat die Zügel in der Hand hält.

Die nachfolgenden Ausführungen greifen das Thema eines Geschäftsberichtsbeitrags des Vorjahres auf („Bauausgaben der Kommunen – Hilfestellungen für die Praxis aus Prüfungserkenntnissen), legen den Schwerpunkt der Darstellung aber ausdrücklich auf die oben genannten unterschiedlichen Ebenen. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit sollen dabei einige der wichtigsten in Prüfungs- und Beratungspraxis auftretenden Aspekte dargestellt und vor allem für die Praxis nützliche Hinweise gegeben werden.

2 Nützliches für Mandatsträger in kommunalen Entscheidungsgremien (z. B. für Gemeinde- bzw. Stadträte)

In der Praxis werden oft einzelne, für einen geordneten Projektablauf aber zur richtigen Zeit erforderliche Schritte übersprungen bzw. vermengt. In der Folge kommt es dadurch häufig zu Terminverzögerungen und Kostenüberschreitungen.

2.1 Warum muss die Kommune ihre Ziele für das Bauvorhaben rechtzeitig kennen?

Baumaßnahmen zeitlich und finanziell ordentlich zu bewerkstelligen heißt vor allem, sinnvolle Abläufe einzuhalten!

Zunächst muss die Kommune wissen, welchen **Bedarf** sie an Bauleistungen hat. In der Praxis wird leider zu oft ignoriert, dass die Kommune rechtzeitig wissen muss, was sie will. Häufig treten dadurch Änderungsnotwendigkeiten im Planungs- bzw. Bauablauf auf, die gravierende Kosten- und Terminüberschreitungen mit sich bringen können. Auch Planung kostet! Die Kosten der Planung machen sogar einen nicht zu vernachlässigenden Teil der Gesamtkosten bei

einem Bauprojekt aus. Der Begriff der so genannten „Nebenkosten“ verharmlost diesen Kostenfaktor, wenn diese Nebenkosten nicht mit Geldbeträgen ausgewiesen sind. **Änderungen** an genehmigten und erfüllungstauglichen Planungen führen grundsätzlich zu einer erheblichen Honorarbelastung der Kommune. Dies heißt bildlich gesprochen, dass nicht nur die eigentlichen Baukosten, also die Summe der an die Baufirmen zu bezahlenden werkvertraglichen Vergütungen, sondern auch die Honorare der Planer (Architekten und Bauingenieure) als Teil der so genannten Nebenkosten „explodieren“ können.

2.2 Was sind Projektziele?

Bei Bauprojekten werden die bei Projektbeginn zu ermittelnden **Projektziele** herkömmlich mittels der nachfolgend genannten vier Stichwörter erfasst:

- Umfang (Quantität),
- Standard (Qualität),
- Zeit (Zeit für Planung und Bauen) sowie
- Kosten (Gesamtbaukosten und Nutzungskosten).

Ändert das Gremium eine dieser Zielvorgaben, hat dies immer Folgen auch für die anderen Ziele.

Bei der Information für das kommunale Gremium muss die Verwaltung selbst Initiative ergreifen und die für das Gremium nötige Informationsbasis schaffen.

Checkliste für die Verwaltung zur Information des Gremiums:

- a) Weiß die Gemeinde (Gemeinderat, Verwaltung) schon was sie will (welchen Bedarf hat die Gemeinde)?

Bei Hochbaumaßnahmen (z. B. Bau eines Kindergartens) stehen der Umfang der Nutzfläche und der Ausstattungsstandard der Räume an erster Stelle. Bei Tiefbaumaßnahmen (z. B. Bau einer Kläranlage) kommt es insbesondere auf die nötige Ausbaugröße an.

- b) Welches Grundstück steht zur Verfügung und kommt es für die vorgesehene Bebauung überhaupt in Betracht?

Im Vorfeld sind selbstverständlich die Eigentumsverhältnisse, die Verfügbarkeit bzw. die planungsrechtliche (siehe insbesondere §§ 30, 34 und 35 BauGB) und gegebenenfalls technische (bodenmechanische) Bebaubarkeit zu prüfen.

- c) Wie viel Geld steht der Gemeinde für die Baumaßnahme insgesamt zur Verfügung?

Hier sind der Rahmen für die Gesamtkosten des Bauprojekts, die Fördermöglichkeiten durch Dritte und auch die terminliche Verfügbarkeit der finanziellen Mittel (Mittelabruf) wichtig. Eine Verwaltung mit Bauernfahrung stellt sich diese Vorfragen von sich aus.

2.3 Darf die Gemeinde Angebote von mehreren Planern einholen oder muss sie dies sogar?

Erreicht oder überschreitet das voraussichtliche Nettohonorar für die zu vergebende Planungsaufgabe den EU-Schwellenwert (aktuell: 200.000 €)¹, ist zwingend ein EU-weites Vergabeverfahren nach der Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) durchzuführen. Soweit ein VOF-Verfahren nicht durchgeführt werden muss, ist zu beachten, dass die Gemeinde einerseits bevorzugt Büros zur Angebotsabgabe einladen soll, die durch gute Leistungen bislang überzeugt haben, andererseits sich die Gemeinde aber von diesen Büros in keinem Fall auf Dauer abhängig machen darf. Im Übrigen sollten geeignete Aufträge ohnehin an verschiedene Büros gestreut werden, um auch anderen, insbesondere neuen Büros die Chance zur Bewährung zu geben. Grundsätzlich sollten mehrere Angebote eingeholt werden, wie auch bei anderen Vergaben.

2.4 Wie funktioniert die Planung?

2.4.1 Planungsphasen

In der Praxis wird der Planungsablauf meist in 9 Leistungsphasen eingeteilt. Auch die HOAI macht sich diese Sichtweise der Praxis zu Nutze und greift die Aufteilung in diese 9 Leistungsphasen auf (siehe z. B. § 3 Abs. 4 HOAI). Die Leistungsbilder gliedern sich grundsätzlich in die folgenden Leistungsphasen 1 bis 9:

- 1 Grundlagenermittlung,
- 2 Vorplanung,
- 3 Entwurfsplanung,
- 4 Genehmigungsplanung,
- 5 Ausführungsplanung,
- 6 Vorbereitung der Vergabe,
- 7 Mitwirkung bei der Vergabe,
- 8 Objektüberwachung (Bauüberwachung oder Bauoberleitung) und
- 9 Objektbetreuung und Dokumentation.

Die eigentliche Planung findet in den Leistungsphasen 2 bis 5 statt, wobei zu beachten ist, dass die Genehmigungsplanung (Phase 4) im Wesentlichen nur noch die redaktionelle Aufbereitung von bereits in der Entwurfsplanung gefundenen Planungsergebnissen für das Baugenehmigungsverfahren darstellt.

2.4.2 Was ist bei der Grundlagenermittlung (Phase 1) zu beachten?

Die Grundlagenermittlung wird von Gemeinden häufig stiefmütterlich behandelt. In ihr finden noch keine Planungen statt, aber wichtige Abstimmungen zu den so genannten W-Fragen (Was? Wo? Wie viel?). Ohne die Grundlagen für die Planungsaufgabe zu klären, kann die Planungsaufgabe nicht erfüllt werden. Die Grundlagen sind zusammenfassend darzustellen. Bei Bestandsbauten ist die frühzeitige Bestandsaufnahme (Besondere Leistung) von besonders

¹ Die Schwellenwerte für die Auftragsvergaben wurden von der Europäischen Kommission neu festgelegt (siehe Verordnung [EU] Nr. 1251/2011 der Kommission vom 30.11.2011). Die Umsetzung in das nationale Recht erfolgte zum 22.03.2012 durch eine Änderung der Vergabeverordnung (BGBl I S. 488).

großer Bedeutung. Baukundige Verwaltungen erbringen diese Leistungsphase oft selbst und beauftragen deshalb die Planer erst mit den Leistungen ab der Vorplanung.

2.4.3 Was ist bei der Vorplanung (Phase 2) zu beachten?

Achtung: Der Begriff der Vorplanung wird in der Praxis oft missverstanden.

Die „Vor“-Planung ist keineswegs eine nur „vorläufige“ Planung.

Es wäre besser, diese Leistungsphase als „**Konzeptplanung**“ zu bezeichnen. Sie enthält nämlich den wichtigsten Schritt der Planung, bei dem – zusammen mit den Fachplanern – ein insgesamt funktionierendes Konzept erarbeitet wird, welches auch Entwurfsidee genannt wird (Idee für den Entwurf!). Diese Entwurfsidee wird bei der nachfolgenden Entwurfsplanung umgesetzt.

Aufgabe z. B. des Architekten bei der Gebäudeplanung ist es typischerweise, aus einer Auflistung von Angaben zum Bedarf der Gemeinde ein Bauwerk als Baukörper zu formen, das nicht nur ein angemessenes Äußeres (Baukörper, Fassade) aufweist, sondern vor allem auch ein durchdachtes Raumgefüge in seinem Inneren hat.

Die Gemeinde (Gemeinderat) sollte unbedingt beachten, dass sie als Bauherrin bei der Vorplanung nicht erst am Ende der Vorplanung mit einer fertigen Entwurfsidee (Konzept) konfrontiert wird. Sie soll vielmehr aktiv **Varianten** fordern und sich Vor- und Nachteile dieser Varianten auch in Bezug auf Kosten und Bauzeit frühzeitig erläutern lassen. Nicht umsonst sieht das gesetzliche Preisrecht der HOAI diese Variantenüberlegungen (bei grundsätzlich gleicher Aufgabenstellung) als im Normalfall zu erbringende Leistungen (früher Grundleistung genannt) vor, für welche Preisregelungen getroffen werden.

Zur Vorplanung gehört selbstverständlich auch eine **Kostenschätzung**. Obwohl die Vorplanung in der Regel nur aus Strichskizzen besteht, was durchaus in Ordnung ist, kann aus ihnen ungefähr erkannt werden, welchen Standard und welche Materialien das Gebäude anhand des darin enthaltenen Konzepts hat.

Mit dieser Vorplanung kann z. B. die Anordnung der Räume und Flure, die Lage und die Form des Baukörpers, gegebenenfalls die Gestaltung einzelner repräsentativer Fassaden etc. bereits gut erkannt werden. Ein erhebliches Kostenrisiko birgt die Vorplanung, wenn sich die Gemeinde auf eine Entwurfsidee (Konzept) einlässt, welche den von ihr vorgesehenen Kostenrahmen bzw. die im Planervertrag vorgesehene Kostenobergrenze bei überschlägiger Betrachtung anhand von anerkannten Schätzmethode(n) (mittels Kubatur, Flächen anhand von statistischen Kennwerten, wie z. B. veröffentlicht im BKI [Baukostenindex, herausgegeben von den Deutschen Architektenkammern]) bereits überschreitet.

2.4.4 Was gehört zur Entwurfsplanung (Phase 3)?

Die Entwurfsplanung ist die Phase, in der vom Planer eine endgültige und vollständige Lösung der Planungsaufgabe gefunden werden muss.

Achtung: In der Praxis wird meist verkannt, dass der Entwurf nichts „Geworfenes“, nichts „Unausgegorenes“, ist. Der Entwurf darf die wichtigen Fragestellungen nicht offen lassen, sondern muss diese klären!

Mit dem fertig gestellten Entwurf muss das in der Vorplanung gefundene Konzept, d. h. die dort gefundene Entwurfsidee, vollständig inklusive aller notwendigen Abstimmungen, auch mit den Leistungen der Fachplaner, durchgearbeitet sein. Im Ergebnis muss die Entwurfsplanung durch den Entwurf und die dazugehörige Kostenberechnung in dieser Form – wie bei einem Staffellauf – einem anderen Planer gegeben werden können, der damit eine gegebenenfalls nötige Baugenehmigung für die Gemeinde einholen kann. Ebenso muss mit dem vollständig vorliegenden Entwurf ein anderer Planer in die Lage versetzt werden können, darauf aufbauend eine Ausführungsplanung zu erstellen.

2.4.5 Ist eine Billigung der Vergabebudgets durch das Gremium notwendig?

Ja! Notwendig ist, dass das Gremium schon vor der Ausschreibung über die Eckdaten der Vergabeunterlagen und das Vergabebudget entscheidet.

3 Nützliches für kommunale Mandatsträger an der Spitze der Verwaltung (insbesondere für Bürgermeister und Landräte)

3.1 Wie wird der Baubedarf im Tiefbau ermittelt?

Bei Baumaßnahmen des kommunalen Tiefbaus handelt es sich im Wesentlichen um Anlagen der Abwasserentsorgung, der Wasserversorgung sowie um Verkehrsanlagen mit dazugehörigen Ingenieurbauwerken. Anlass für Maßnahmen des Tief- bzw. Ingenieurbaus sind beispielsweise Kanalüberlastungen, der Ablauf einer zeitlich begrenzten wasserrechtlichen Erlaubnis oder die Ausweisung neuer Baugebiete.

Bei Maßnahmen im Bestand ist es erforderlich, den Istzustand festzustellen. Dies geschieht mittels Untersuchungen bzw. Messungen (mit denen z. B. Abwassermengen, Abwasserfrachten, Wasserverbrauch festgestellt werden) oder mittels Verkehrszählungen. Einen wichtigen und nicht zu unterschätzenden Beitrag kann bei der Ermittlung des Istzustands das eigene Betriebs- bzw. Bauhofpersonal leisten, das die Anlagen und Einrichtungen wohl ohnehin am besten kennt.

Der Bedarf für die Zukunft (Prognosezustand) ergibt sich aus der Belastung des Istzustands einschließlich sachgerecht abgeschätzter Reserven unter Hinzurechnung der Notwendigkeiten aus zwischenzeitlich eingetretenen Anforderungen bzw. zu erwartenden künftigen Anforderun-

gen. Insbesondere bei Verkehrsanlagen kann es vor der Vergabe des eigentlichen Planungsauftrags sinnvoll sein, externe Gutachten zur Bedarfsermittlung in Auftrag zu geben.

3.2 Wie wird der Baubedarf im Hochbau ermittelt?

Im Hochbau werden Räume geschaffen. Der Raumbedarf wird als so genanntes Raumprogramm angegeben, d. h. als eine detaillierte Auflistung der benötigten Räume mit Raumnutzung und Größe.

In der Regel werden nur die Hauptnutzflächen festgelegt (z. B. Klassenzimmer, Büroräume). Hinzu kommt noch der Bedarf an Nebennutzflächen (z. B. Sanitärräume, Putzräume). Zudem kommt noch der Bedarf an Verkehrsflächen (Flure, Treppen, Lifte), an technischen Funktionsflächen (z. B. Heizungsräume) und an Konstruktionsgrundflächen (z. B. Raumbedarf der Wände). Der genaue Umfang dieser Flächen kann stark variieren. Dies hängt sehr stark von der Entwurfsidee der Planung ab. Mitunter nehmen Verkehrsflächen im späteren Entwurf die Ausmaße von „Hallen“ an. Die Gemeinde (Gemeinderat) muss sich von Anfang an gründlich überlegen, ob sie dies als mehr oder weniger „Platzverschwendung“ ansieht oder als ausdrücklich gewünschtes und im Rahmen der Überlegungen zur Wirtschaftlichkeit gewürdigtes Gestaltungselement. Eine wichtige Messzahl ist in diesem Zusammenhang die Kompaktheit, d. h. das Verhältnis von Nutzfläche und Volumen. Auch das Verhältnis von Hauptnutzflächen und Verkehrsflächen hat eine wichtige Aussagekraft. Einschlägige Baukostenhandbücher (z. B. der BKI) enthalten hierzu anerkannte Kennwerte. (Eine erfahrene Bauverwaltung hat Zugriff auf solche Daten.)

Der Gemeinderat sollte sich rechtzeitig eine Meinung bilden, welchen Standard er mit dem Bauvorhaben realisiert haben will und diesen festlegen. Dieser festgelegte Standard wäre dann auch zur verbindlichen Grundlage der Planung und der vertraglichen Vereinbarungen zu machen.

Die Anforderungen der konkret beabsichtigten Nutzung sind selbstverständlich rechtzeitig bei den Beteiligten (Nutzern, z. B. Schulleitung, Hausmeister) abzufragen. Falls die Nutzer noch nicht zur Verfügung stehen, z. B. bei einer neu zu errichtenden Schule, sollten entsprechende Berater aus schon bestehenden Einrichtungen beigezogen werden.

Gegebenenfalls muss bei komplizierten Nutzungen und schwierigen Baumaßnahmen (z. B. im Krankenhausbau) ein **Raumbuch** aufgestellt werden. Dieses enthält dann **für jeden einzelnen Raum** entsprechende detaillierte Angaben. Wenn dies nötig ist, sollte dieses Raumbuch beim Planer beauftragt und über eine angemessene Honorarvereinbarung als Besondere Leistung honoriert werden. Achtung: Eine Preisbindung durch die HOAI besteht für diesen Honorarteil nicht.

3.3 Was muss bei Maßnahmen des Hochbaus außer dem Raumprogramm noch geklärt werden?

Zu den Anforderungen an den Standard (Qualität) gehören noch die innere Erschließung, die technische Versorgung und Einflüsse aus der Umgebung. Die innere Erschließung ist z. B. davon abhängig, in welchen Räumen Publikumsverkehr stattfindet, welche Räume abgeschottet werden müssen (z. B. EDV-Räume) oder welche Räume nah am Eingang liegen sollen. In Bezug auf die innere Erschließung ist z. B. zu berücksichtigen, welche Räume zweck-

mäßigerweise hinter einer so genannten Sauberlaufzone angesiedelt werden, welche Raumnutzung gegebenenfalls sogar einen eigenen Zugang (und mit welchen Anforderungen) bzw. eine Anlieferzone benötigt. Weiterhin ist für die innere Erschließung vorweg zu klären, welche Räume auf demselben Flur oder unmittelbar hintereinander liegen müssen. Dies alles sind so genannte Zwangspunkte, die bei der inneren Erschließung für die Praktikabilität bei der Nutzung des Bauvorhabens entscheidende Bedeutung haben und von einer fachkundigen Bauverwaltung geklärt werden sollten, spätestens jedenfalls vom Planer bei der Grundlagenermittlung.

3.4 Was muss bei der Entwurfsplanung aus der Sicht der Kommune beachtet werden?

Die Entwurfsplanung enthält Aussagen über das gesamte Erscheinungsbild, die Materialien und Dimensionen (Maße) des Bauwerks, dargestellt in einem Plansatz mit allen Grundrissen und wesentlichen Schnitten (üblicherweise im Hochbau im Maßstab 1 : 100). Dies heißt, dass mit dem vollständig vorliegenden Entwurf bereits alle wesentlichen Maße vorliegen.

Wenn ein Planer einen Entwurf nur soweit durchgearbeitet vorlegt, dass auf dieser Planungsgrundlage zwar eine Baugenehmigung erteilt werden kann, andere, die Bauordnungsbehörden nicht interessierende Planungen aber noch offen sind, entspricht dies nicht der vertraglichen Leistung. Denn die Baugenehmigungsbehörden interessiert vieles nicht, was originäre Bauherrenbelange sind. Insbesondere sind die Funktionalitäten für den Nutzer und die Kosteneinhaltung keine Angelegenheit des öffentlich-rechtlichen Baurechts.

Ob ein Entwurf im Sinne des Planervertrags erfüllungstauglich ist oder nicht, entscheidet insoweit nicht die Baugenehmigungsbehörde, sondern in wesentlichen Belangen die Gemeinde als Bauherrin anhand der vertraglichen Planungsaufgabe. Werden in einem Baugenehmigungsverfahren Auflagen gemacht, die z. B. dadurch bedingt sind, dass der Planer zwingende gesetzliche Vorgaben mit der Baueingabe (Bauvorlagen, bautechnische Nachweise) nicht einhält (z. B. zweiter Fluchtweg fehlt oder Brandabschnitte wurden nicht ausreichend berücksichtigt), hat der Entwurfsersteller schlichtweg seine Aufgabe nicht erfüllt.

Die Entwurfsplanung muss am Ende der Leistungsphase 3 bereits genehmigungsfähig sein. Beinhaltet das Konzept bzw. die Entwurfsidee Schwierigkeiten bauordnungsrechtlicher Art, z. B. durch Abweichungen von Regelbauweisen (siehe Brandabschnitte etc.), sind die notwendigen (bauordnungsrechtlich zulässigen und sinnvollen) Kompensationen planerisch bereits in der Vorplanung bzw. bei der Entwurfsplanung zu berücksichtigen. Selbstverständlich müssen auch die geschuldeten Kostenermittlungen des Planers, wie z. B. die Kostenschätzung und die Kostenberechnung, die aus den Schwierigkeiten der Entwurfsidee resultierenden Kosteninformationen bereits enthalten und der Gemeinde (Gemeinderat!) als zuverlässige Informationsquelle dienen können.

3.5 Muss mit der Entwurfsplanung zugleich eine Kostenaussage durch den Planer gemacht werden?

Ja! Zur Entwurfsplanung gehört unabdingbar auch die Kostenberechnung nach DIN 276.

Achtung: Eine Entwurfsplanung ohne Kostenberechnung ist nicht erfüllungstauglich und zur Billigung für das Gremium nicht geeignet.

Die Kostenberechnung muss einen so genannten Erläuterungsbericht, in dem z. B. Standardaussagen über Materialien und gegebenenfalls auch verschiedene „Preisklassen“ für unterschiedliche Raumtypen festgelegt werden, enthalten. Dieser Erläuterungsbericht fehlt häufig!

3.6 Welche Rolle spielt die Zeit bei der Projektierung?

Nicht nur das Bauen selbst, auch die Planung benötigt Zeit!

Hat die Gemeinde eine Bauverwaltung, sollte von dieser vor der Beauftragung von Planern ein so genannter „**Meilensteinplan**“ aufgestellt werden, in dem die wichtigsten Eckdaten – wie z. B. die Fertigstellung des mit der Kommune abzustimmenden Konzepts, Fertigstellung des vollständigen Entwurfs, Einreichung des Bauantrags, Baubeginn, Bauabnahmen und Übergabe an den Nutzer – aufgeführt sind.

Bei den Zeiträumen für die Planungsvorgänge und Genehmigungsabläufe (z. B. Bau- und Förderantrag) müssen – nicht zu geringe – Pufferzeiten angesetzt werden. Unrealistische Zeitabläufe im Meilensteinplan (häufig anzutreffen: Die Möglichkeit späterer zusätzlicher Anforderungen aus der Prüfstatik wird ignoriert) führen im Ergebnis zu unausgegorenen Planungen und Ausschreibungen, mit dem zwangsläufigen Risiko von Bauablaufstörungen und damit verbundenen Mehrkosten.

Hat die Gemeinde keine Bauverwaltung, müssen diese Fragen in der Grundlagenermittlung durch den Planer abgestimmt und abgearbeitet werden.

3.7 Worauf muss die Kommune beim Bauen im Bestand (Altbauten) achten?

Bei Altbauten muss sich die Gemeinde zunächst mit dem Bestand vertraut machen. Immer ist beim Bauen im Bestand die tragende Konstruktion zu klären. Die Fragestellungen sind hierbei unter anderem, wie die tragenden Wände (gegebenenfalls mittels Materialuntersuchungen) beschaffen sind, welche Dimensionierungen sie haben und in welchem Erhaltungszustand sie sind. Das tragende System des Bestandsbaus ist in seiner Gesamtheit hinsichtlich der Verwendungsfähigkeit für die vorgesehenen Belastungen bzw. Nutzungen zu hinterfragen. Sehr wichtig ist z. B., Verkleidungen zu öffnen und sich nicht davor zu scheuen, abgehängte Decken, Fehlböden bei Holzbalkendecken und Fußbodenaufbauten (stichprobenartig) zu untersuchen. Dies gilt sogar und insbesondere, wenn das Gebäude noch in Betrieb ist. Kann dies nicht erfolgen, etwa weil der Betrieb aus nachvollziehbar unabweisbaren Gründen nicht unterbrochen werden kann oder darf, helfen eventuell technische Hilfsmittel wie z. B. die Endoskopie. Im übertragenen Sinne kann auch ein Bauvorhaben „auf Herz und Nieren“ überprüft werden.

3.8 Sind die Vertragsleistungen in den Verträgen mit Planern und Baufirmen klar definiert?

Der Architektenvertrag besteht aus wenigstens zwei Leistungsversprechen; der Planer verspricht die Leistung, die Gemeinde verspricht das Honorar. Die meisten Vertragsangebote von Architekten enthalten jedoch nur Honorarregelungen und lassen Vereinbarungen zur Leistung offen. Bei Gemeinden herrscht oft noch das Verständnis vor, dass sich die Leistung des Architekten ohnehin aus der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) ergebe. Diese Ansicht ist falsch. Die HOAI ist nur gesetzliches Preisrecht und schreibt gerade nicht vor, was der Planer an Leistung zu erbringen hat. Die Gemeinde muss sich selbst darum kümmern, dass auch ihre Interessen mittels ausreichender Beschreibung der Planungsaufgabe und der Rahmenbedingungen, die auch in Bezug auf die Kosten verbindlich sein sollen, Teil der Vereinbarung werden. Notwendig sind dazu, so weit wie möglich, präzise Angaben. Es reicht nicht, wenn z. B. in einem Ingenieurvertrag steht: „Leistungen für die Entwässerungsanlagen der Gemeinde X“. Dann sind Umfang und Inhalt der Beauftragung völlig ungewiss. Sofern ausdrücklich Zwischenschritte erforderlich sind, die z. B. auch Qualitätsanforderungen beinhalten, sind diese konkret zu vereinbaren (z. B. das konkrete Dateiformat von Computerdateien). Darüber hinaus sind mündliche, in den Verhandlungen gegebene Leistungsversprechen zu präzisieren und im Angebot schriftlich festzuschreiben.

3.9 Warum soll die Gemeinde nur Planerverträge mit Kostenobergrenze abschließen?

Mit einer vertraglichen Kostenobergrenze wird der Maßstab für die Erfüllungstauglichkeit der Planung festgelegt. Diese Beschaffenheitsvereinbarung ermöglicht von Anfang an Kostendisziplin bei der Planung, worauf die dem Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit verpflichtete Gemeinde großen Wert legen muss. Will ein Planer die wirtschaftlichen Vorgaben für seine Planungsleistungen nicht zum Teil seiner vertraglichen Pflichten machen, muss die Gemeinde im Zweifel davon ausgehen, dass er nicht gewillt oder nicht in der Lage ist, die entsprechenden wirtschaftlichen Vorgaben einzuhalten.

3.10 Was ist bei erkennbaren Kostenüberschreitungen zu veranlassen?

a) Checkliste als Basis für die Information in Sitzungsvorlagen für das Gremium:

(1) In einem ersten Schritt ist anhand der Beschlusslage aufzuklären, welcher Planungsstand mit welchen Kosteninformationen gebilligt wurde. Gegebenenfalls können sich Billigungen konkludent aus Beschlüssen des Gemeinderats ergeben, etwa wenn zusätzliche Planungen gefordert wurden (meist ohne ausreichende Kosteninformation).

Achtung: Kostenüberschreitungen – dies sind Mehrkosten gegenüber den vom Gemeinderat gebilligten Kosten.

(2) Ursachen für Kostenüberschreitungen können vielfältig sein. Wichtige Anhaltspunkte für eine Überprüfung sind die jeweiligen Kostenermittlungen. Es wäre zu fragen, ob die Kostenschätzung, die Kostenberechnung und der Kostenanschlag jeweils für sich genommen dem

Stand der Planung entsprachen und diese sachgerecht aufgestellt wurden. Grundlage all dieser Überlegungen müssen die vertraglichen Vereinbarungen sein.

(3) Ergeben sich Unklarheiten daraus, etwa weil die vertraglichen Vereinbarungen mit den Planern und den Baufirmen nicht so durchgeführt wurden, wie sich dies nach den Bauakten ergibt, müssen die Veränderungen und Entwicklungen nachvollzogen werden.

Hat z. B. die Bauverwaltung Änderungen des Planungskonzepts beim Planer beauftragt, stellt sich zunächst die Frage der Wirksamkeit eines solchen Vorgehens, da für die Willensbildung in der Gemeinde grundsätzlich der Gemeinderat zuständig ist. Nimmt jedoch der Gemeinderat später die geänderten Planungsergebnisse (mehr oder weniger „zähneknirschend“) billigend zur Kenntnis, kann darin die konkludente Zustimmung zu der Planungsänderung liegen. Dies ist jeweils im Einzelfall zu prüfen.

b) In jedem Fall muss der Gemeinderat die Möglichkeit haben, **zeitnah** steuernd einzugreifen.

Zeitnahe und überzeugende Argumentationen für das maßgebliche Entscheidungsgremium der Kommune sind das A & O bei der Abwicklung von Baumaßnahmen durch Kommunen.
Die Sitzungsvorlagen für das Gremium müssen bereits Lösungsvorschläge enthalten.

Dies heißt, dass die Verwaltung dem Gemeinderat die notwendigen Informationen unverzüglich bereitstellt, damit dessen Maßnahmen noch wirksam werden können. Die Verwaltung verfehlt ihre Aufgabe, wenn der Gemeinderat erst dann informiert wird, wenn dieser keine entsprechende Handlungsmöglichkeit mehr hat, mithin vor vollendete Tatsachen gestellt wird.

Die Notwendigkeit, Entscheidung des Gremiums herbeiführen zu müssen, ist kein Zeichen von Schwäche!

Die Notwendigkeit zur Herbeiführung von Entscheidungen durch das Gremium muss als objektiv erforderliche normale Maßnahme angesehen werden können. Diese Notwendigkeit beruht in vielen Fällen nicht auf Fehlinformationen aus früherer Zeit oder auf Leistungsstörungen der externen Planer. Auch Marktpreisentwicklungen oder die Einschränkung von Fördermöglichkeiten etc. können eine Anpassung der Ziele und Handlungsweisen bei einem Bauprojekt erforderlich machen.

Letztlich müssen dieselben Überlegungen angestellt werden, welche bei Beginn des Projekts angestellt wurden. Die „Gretchenfrage“ dabei lautet jeweils, wie viel es der Kommune wert ist, mit dem nunmehr notwendigen Einsatz an finanziellen Ressourcen das angestrebte Ziel zu erreichen.

Sind schon Werkverträge mit den Baufirmen geschlossen, muss das Gremium wissen und ihm von der Verwaltung dargelegt werden, welche finanziellen Folgen z. B. eine Teilkündigung oder Kündigung des Bauauftrags hat (vgl. § 8 Abs. 1 VOB/B bzw. § 649 Satz 2 BGB). Wird ein Bauvorhaben vorübergehend gestoppt, weil beispielsweise Umplanungen unvermeidlich sind, versäumen Kommunalverwaltungen oft, die entsprechende Information an das Gremium zu geben, sodass gegebenenfalls erhebliche Stillstandskosten und Honorarmehrkosten entstehen, ohne dass das Gremium dies bei der Beschlussfassung berücksichtigen konnte.

Zu beachten ist, dass Einsparungsmaßnahmen durch Planungsänderungen (Verkleinerung und/oder Standardreduzierung) je nach Projektstand (Planungs- und Bautenstand) nicht immer zu den angestrebten Kostenreduzierungen führen, sondern gegebenenfalls sogar zu Kostenerhöhungen (siehe Planungs- bzw. Baukosten). Dies rührt daher, dass Eingriffe in Planungs- oder Bauabläufe immer kostenrelevant sein können (bzw. der Erfahrung nach auch sind) und die zusätzlich notwendigen planerischen und baulichen Leistungen bezahlt werden müssen. Darüber sollte das Gremium unbedingt informiert werden.

4 Nützliches für Mitarbeiter der Bauämter

4.1 Welche Folgen haben Verstöße gegen das Vergaberecht?

Die Folgen von Verstößen gegen das Vergaberecht richten sich danach, ob der Auftragswert den EU-Schwellenwert erreicht oder nicht, weiterhin, ob die Maßnahme gefördert wird.

- a) Bei geförderten Baumaßnahmen wird in der Regel die Einhaltung des Vergaberechts im Zuwendungsbescheid oder den beigefügten Förderbestimmungen (Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung an kommunale Körperschaften – ANBest-K) gefordert. Bei schweren Verstößen gegen das Vergaberecht besteht das Risiko von Zuwendungskürzungen oder Zuwendungsrückforderungen (Richtlinien zur Rückforderung von Zuwendungen bei schweren Vergabeverstößen vom 23.11.2006 – AIIMBI S. 709).
- b) Ab einer Auftragssumme, welche den EU-Schwellenwert erreicht oder übersteigt, führt eine unterlassene Ausschreibung oder das Unterlassen fristgerechter Absageschreiben zur Unwirksamkeit des erteilten Auftrags (§ 101 b GWB²). Innerhalb von sechs Monaten nach der Auftragserteilung können interessierte Bewerber die Feststellung des Verstoßes durch eine Vergabekammer beantragen und sogar die Rückabwicklung des Auftrags sowie eine Neuausschreibung verlangen. Im Übrigen können Bieter und Bewerber innerhalb des gesetzlichen Rahmens von § 107 GWB durch unverzügliche Rüge eine Nachprüfung des Verfahrens beantragen. Diese Nachprüfung kann zu erheblichen Problemen wegen verspäteter Zuschlagserteilung führen und die Gemeinde viel Geld kosten. Dies gilt selbst dann, wenn sich dabei herausstellt, dass das Verfahren von der Gemeinde ordnungsgemäß durchgeführt wurde.
- c) Bei Aufträgen, deren Auftragssumme unter dem EU-Schwellenwert liegt, gibt es derzeit noch keinen formalisierten „Bieterrechtsschutz“ (die Rechtsentwicklung ist aber im Gange). Interessierte Firmen können aber die VOB-Stelle bei der zuständigen Regierung anrufen. Sie wird im Rahmen der Rechtsaufsicht tätig und kann in diesem Rahmen Anweisungen erteilen und die Korrektur von Verfahrensfehlern fordern.
- d) Unabhängig von c) haben die Bieter einen Vertrauensschutz auf Einhaltung der VOB/A, wenn die Gemeinde nach VOB/A ausschreibt oder den Anschein einer VOB/A-Ausschreibung erweckt.

² Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Verstöße gegen die VOB/A können dann zur Schadensersatzpflicht der Gemeinde führen. Bekommt z. B. aufgrund eines Fehlers bei der Angebotswertung nicht der richtige Bieter den Auftrag, kann der zu Unrecht übergangene Bieter Schadensersatz in Höhe des positiven Interesses (vereinfacht: des entgangenen Gewinns) fordern. Hat die Gemeinde ausgeschrieben, obwohl die Voraussetzungen dafür nicht vorlagen, und muss sie dann die Ausschreibung aufheben, kann der aussichtsreichste Bieter Schadensersatz in Höhe der vergeblichen Aufwendungen verlangen (sog. negatives Interesse).

4.2 Wie sind die Ausschreibungsunterlagen nach der VOB/A aufgebaut?

In der Praxis ist öfters zu hören: „Das Ingenieurbüro macht das Leistungsverzeichnis und die Gemeindeverwaltung heftet die Formblätter dazu.“ Eine solche Aussage wird der wichtigen Bedeutung der gesamten einzureichenden Ausschreibungsunterlagen nicht gerecht. Bei den Formblättern handelt es sich um wichtige Vertragsunterlagen, auch wenn diese standardisiert z. B. im staatlichen Vergabehandbuch bereitstehen. Das Zusammenstellen der Ausschreibungsunterlagen sollte nicht als belanglose Routinetätigkeit abgetan werden.

Auch sollte sich die Verwaltung mit dem Inhalt der „Formblätter“ vertraut machen und wissen, was an welcher Stelle der Unterlagen schon vorgegeben und geregelt ist oder noch individuell geregelt werden muss. Kernbestandteil der Vertragsunterlagen ist die Leistungsbeschreibung mit dem in Positionen gegliederten Leistungsverzeichnis (LV), in das die Bieter ihre Einheitspreise eintragen müssen.

Dazu kommen weitere wichtige Vertragsbedingungen mit Regelungen, z. B. über Termine und Fristen, Verantwortlichkeiten, Haftung und Gewährleistung. Die Gemeinde muss hierbei „das Rad nicht neu erfinden“. Sie kann auf feststehende Vertragsbedingungen zurückgreifen, die rechtlich den Status von „Kleingedruckten“ AGB-Regelungen haben.

Die Vertragsbedingungen bestehen aus

- den Besonderen Vertragsbedingungen (BVB) für den Einzelfall (insbesondere Fristen),
- den Zusätzlichen Vertragsbedingungen (ZVB) und
- den nachrangigen Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB), dies ist die VOB/B.

Kommunen und der Freistaat verwenden meist die ZVB aus dem Vergabehandbuch der Bundesverwaltung. Zusätzlich gibt es vorgefertigte Vertragsinhalte als Ergänzung zur Leistungsbeschreibung.

- In der VOB/C aufgeführte DIN-Normen ergänzen unter anderem die technische Leistungsbeschreibung. Als Allgemeine Technische Vertragsbedingungen (ATV) werden diese DIN-Normen mit der VOB/C für in der Praxis häufig vorkommende Gewerke vereinbart (siehe § 1 Abs. 1 Satz 2 VOB/B). Sie enthalten ferner Aufmaßregelungen, die unbedingt schon bei der Ausschreibung beachtet werden müssen. (Hinweis: Die sog. Null-Abschnitte der DIN-Normen enthalten nur Empfehlungen für die Ausschreibung, werden aber nicht Vertragsbestandteil.)
- Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen (ZTV) enthalten Vertragsbedingungen, die bei bestimmten Gewerken typischerweise benötigt werden, z. B. im Straßenbau (ZTV Asphalt-StB 07) oder bei Rohrgräben (ZTVE-StB 09).

a) Die Gemeinde übersendet die Vertragsunterlagen mit dem Anschreiben „Aufforderung zur Angebotsabgabe“. Es enthält

- Daten zum Verfahrensablauf (z. B. Angebots- und Bindefrist),
- ein Verzeichnis der beigefügten Unterlagen und Vertragsbestandteile,
- Angaben zu wichtigen Vertragsinhalten (z. B. Ausführungsfristen, Vertragsstrafen),
- Angaben zur Angebotswertung (insbesondere im EU-Bereich) und
- Anforderungen an die Angebote (z. B. vorzulegende Nachweise).

Ein Teil dieser Inhalte kann als „Kleingedrucktes“ in Bewerbungsbedingungen (BWB) zusammengefasst werden.

b) Der Bieter übersendet sein Angebot mit dem in den Angebotsunterlagen vorgegebenen „Angebotsschreiben“. Es enthält insbesondere

- die Auflistung der Vertragsbestandteile, die dem Angebot zugrunde liegen,
- gegebenenfalls Angaben über Nebenangebote oder Nachlässe zu den Preisen,
- die geforderten Erklärungen (gegebenenfalls mit Anlagen) und
- die Unterschrift (bzw. bei digitalen Angeboten die digitale Signatur).

4.3 Weshalb sollte die Verwaltung vor der Ausschreibung die Vorbemerkungen zu Leistungsbeschreibungen kritisch durchsehen?

Ein häufiger Fehler bei der Zusammenstellung von Ausschreibungsunterlagen ist das „bunte Zusammenwürfeln“ von Vertragsbedingungen und Bewerbungsbedingungen unter der Bezeichnung „Vorbemerkungen“. Die einen betreffen den Vollzug des Vertrags, die anderen (die Bewerbungsbedingungen) den Weg dorthin. Mit derartigem Durcheinander kommt es zu Unklarheiten und Widersprüchen, die im Zweifel zu Lasten des Auftraggebers gehen. In der Praxis findet man in „Vorbemerkungen“ häufig AGB-widrige Vertragsbedingungen, auf die sich die Gemeinde nicht berufen kann.

Es ist daher zweckmäßig, dass die Gemeinden bewährte Vergabeunterlagen (Vergabehandbücher, falls möglich auf Kommunen zugeschnitten) benutzen und freiberufliche Planer zu ihrer Benutzung verpflichten.

Bei jeder Baumaßnahme sollten schon die ersten Ausschreibungsunterlagen kritisch daraufhin durchgesehen werden, ob die Vergabe- und Vertragsunterlagen den Anforderungen entsprechen. Gemeinden sollten sich gegebenenfalls fachkundig beraten lassen. Planer, welche die Grundstruktur des VOB-Vertrags nicht kennen, sollten von Gemeinden nicht beauftragt werden.

4.4 Worauf ist bei der Leistungsbeschreibung zu achten?

Die Leistungsbeschreibung besteht aus einer allgemeinen Beschreibung der Bauaufgabe und einem in Positionen gegliederten Leistungsverzeichnis, in das die Bieter Einheitspreise eintragen müssen.

Der Bauvertrag ist ein Werkvertrag (§§ 631 ff. BGB) und hat die Herstellung eines Erfolgs zum Inhalt. Es wäre verfehlt, das Leistungsverzeichnis wie einen Versandhauskatalog zu verstehen, aus dem nach Bedarf Leistungen abgerufen werden können. Was im LV steht, ist grundsätzlich beauftragt. Entfallen beauftragte Leistungen, kostet das den Bauherrn Geld (§ 649 BGB).

Ungenaue Ausschreibungen mit unvollständigen Leistungsverzeichnissen führen in der Praxis zu Nachträgen und all zu oft zu spekulativen Angebotspreisen (siehe unten). Planung und Vorleistungen (z. B. Grunderwerb) müssen deshalb genügend weit gediehen sein. Die Gemeinde muss den Planern auch die notwendige Zeit dafür geben. Unnötige und unrealistische Terminvorgaben führen zu vermeidbaren Ausgaben durch Mehrkosten infolge planerischen Nachsteuerns.

Da Nachträge im Gremium (Gemeinderat etc.) beschlossen werden müssen und dabei Auseinandersetzungen verursachen können, versuchen Freiberufler häufig, Nachträge zu vermeiden, indem sie von vornherein Preise für alle Eventualitäten abfragen. Gerade das führt aber zu Angeboten mit Spekulationspreisen. Zum Beispiel dürfen auf keinen Fall Preise mit einer Menge von 1 Stück, 1 m etc. abgefragt werden, „damit man schon mal einen Preis hat“, weil man damit häufig einen spekulativ hohen Preis bekommt. In der Angebotssumme wirkt sich der hohe Einheitspreis fast nicht aus, abgerechnet wird aber die vielfache Menge! Es ist daher besser, einen Nachtrag in Kauf zu nehmen, als Leistungen auf Verdacht auszuschreiben. Dies sollten Gemeinderäte wissen: Besser ein Nachtrag als eine Ausschreibung auf Verdacht mit der Folge von Spekulationspreisen.

Bedarfs- oder Eventualpositionen sind aus dem gleichen Grund grundsätzlich nicht mehr zulässig (§ 7 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A). Sie kommen nur für Leistungen in Betracht, die möglicherweise anfallen können und auf die der Auftragnehmer dann eingerichtet sein muss, die aber – z. B. bei geeigneter Witterung – auch ganz entfallen können, ohne dass dafür Kündigungsentgelt (§ 8 Nr. 1 VOB/B bzw. § 649 BGB) anfallen soll. Sie sind nicht zulässig, um Entscheidungen über die Ausführung einer Leistung auf die Ausführungszeit zu vertagen.

4.5 Wird die VOB/B bei einem Bauvertrag automatisch zum Vertragsbestandteil?

Nein! Die VOB/B ist kein Gesetz, an das sich ohnehin alle halten müssten. Die VOB/B wird nicht automatisch zum Vertragsbestandteil. Sie wird auch bei Bauverträgen mit Kommunen (die verpflichtet sind, die VOB anzuwenden) nur dann zum Vertragsbestandteil, wenn deren Geltung im Vertrag vereinbart ist. Der „VOB/B-Vertrag“ ist nämlich rechtlich gesehen ein Werkvertrag gemäß BGB, dem ergänzend bzw. abweichend „Kleingedrucktes“ der VOB/B zur Seite gestellt ist, das in den Vertrag vertragsrechtlich wirksam miteinbezogen sein muss.

4.6 Warum ist die Abnahme für die Bauvertragsabwicklung wichtig?

In rechtlicher Hinsicht muss für die Bauabwicklung der Zeitraum vor und nach der Abnahme (§ 12 VOB/B, siehe auch § 640 BGB) unterschieden werden. Beim Bauvertrag ist die Abnahme die Billigung des hergestellten Werkes durch den Auftraggeber (die Gemeinde) als im Wesentlichen vertragsgerecht. Die Abnahme ist damit eine Erklärung mit einschneidenden Folgen für die Bauvertragsabwicklung.

Bis zur Abnahme spricht man vom so genannten **Erfüllungsstadium**. Der Auftragnehmer (die Baufirma) trägt bis zur Abnahme grundsätzlich das vollständige Risiko, dass der werkvertragli-

che Erfolg eintritt. Mit der Abnahme erklärt die Gemeinde der Baufirma gegenüber, dass sie das (Bau-)Werk als im Wesentlichen vertragsgemäß hergestellt anerkennt. Ist die Bauleistung abnahmereif erbracht (wenn das Bauwerk keine wesentlichen Mängel aufweist), hat die Baufirma sogar einen Rechtsanspruch auf Abnahme.

Der Zeitraum nach der Abnahme bis zum Ende der Verjährung von Mängelansprüchen („Gewährleistungsfrist“) ist das so genannte **Nacherfüllungsstadium**. Nacherfüllung nennt man die Beseitigung der bei der Abnahme festgestellten Mängel, die Abarbeitung der bei der Abnahme festgestellten noch fehlenden Restleistungen sowie die Beseitigung derjenigen Mängel, die innerhalb der Gewährleistungsfrist auftreten und darauf zurückzuführen sind, dass die Leistung zum Zeitpunkt der Abnahme nicht frei von Sachmängeln war.

4.7 Darf die Gemeinde vor der Abnahme wegen Mängeln eine Ersatzvornahme auf Kosten der Baufirma vornehmen?

Nein! Die Kosten für eine Ersatzvornahme vor der Abnahme hat die Baufirma nur dann zu erstatten, wenn die Gemeinde nach § 4 Abs. 7 in Verbindung mit § 8 Abs. 3 VOB/B vorging und der Baufirma den Auftrag entzog (Kündigung). Schreitet die Gemeinde dessen ungeachtet zur Ersatzvornahme, hat sie nach der Rechtsprechung keinen Anspruch auf Kostenersatz. Ein Anspruch besteht dann auch nicht aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus Bereicherungsrecht.

4.8 Beim Abnahmetermin werden vor Ort Mängel entdeckt, die wesentliche Mängel zu sein scheinen – was tun?

Die Abnahme ist bis zur Klärung der Abnahmereife zu verweigern. Erweisen sich die Mängel nach Überprüfung durch die Gemeinde (z. B. durch die Objektüberwachung) nicht als wesentlich und stehen diese einer Abnahme nicht entgegen, ist eine förmliche Abnahme durchzuführen, wobei die festgestellten Mängel im Abnahmeprotokoll konkret zu beschreiben und zu rügen sind.

4.9 Bedarf es nach der Abnahme vor einer Ersatzvornahme einer zweiten Nachfristsetzung?

Für die Ersatzvornahme (nach der Abnahme) reicht eine wirksame Fristsetzung nach § 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B aus. Nach fruchtlosem Fristablauf entsteht das Recht der Gemeinde zur Ersatzvornahme auf Kosten der Baufirma gemäß § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B ohne weitere Fristsetzung.

4.10 Was ist ein so genannter verdeckter (versteckter) Mangel?

In früheren Jahren entschied die Rechtsprechung in vielen Fällen augenfälliger und schwerer Mängel, dass Mängelansprüche trotz abgelaufener Gewährleistungsfrist wegen Arglist oder wegen Organisationsverschuldens noch durchsetzbar sind.

Zu diesen Urteilen wurde in der Praxis das Schlagwort vom verdeckten (versteckten) Mangel geprägt. Der dahinter liegende Grundgedanke ist, dass ein Bauunternehmer, der noch selbst

mitarbeitet, einen ihm bekannten Mangel seiner Leistung zum Zeitpunkt der Abnahme nicht verschweigen darf, sondern offenlegen muss. Auch muss eine Baufirma bei arbeitsteiligem Vorgehen zumindest so organisiert sein, dass das Wissen über Mängel der Leistung in der Baufirma zur Abnahme noch vorhanden und nicht (zu ihren Gunsten) „wegorganisiert“ ist. Die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung ist jedoch sehr zurückhaltend. Ein schwerer, augenfälliger Mangel kann zwar immer noch ein Beweisanzeichen dafür sein, dass ein eingesetzter Firmenbauleiter den Mangel kannte und zur Abnahme verschwieg, sodass der Baufirma über ein Organisationsverschulden Arglist zur Last gelegt wird. Nicht jeder schwere Mangel lässt jedoch den Schluss auf ein Organisationsverschulden bzw. eine Arglisthaftung zu. Es kommt vielmehr darauf an, ob der Mangel nach Art und Erscheinungsform bis zur Abnahme nach aller Lebenserfahrung bei richtiger Organisation entdeckt worden wäre. Dass „Pfuscher am Bau“ vorliegt, reicht für sich genommen also nicht aus. Die Beurteilung, inwieweit eine Beweiserleichterung möglich ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere der Art des Mangels und inwieweit dieser einen Rückschluss auf die Organisation der Baustelle zulässt. Die Beweislast trägt allerdings auch insoweit die Gemeinde.

4.11 Kann sich die Baufirma weigern, eine von der Gemeinde verlangte Nachtragsleistung auszuführen, wenn die Gemeinde den geforderten Nachtragspreis nicht akzeptiert?

Nein! Bei wirksamer Anordnung einer Nachtragsleistung (siehe § 1 Abs. 3 bzw. § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B) entsteht kraft der Regelungen des § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B ein Anspruch auf geänderte Vergütung. Daraus folgt aber noch nicht, dass die Leistung allein deshalb verweigert werden darf, weil eine Vereinbarung über die Vergütung noch nicht getroffen ist.

Auch ein Streit über die vertragsgemäße Vergütung für die Nachtragsleistung berechtigt die Baufirma grundsätzlich nicht zur Leistungsverweigerung, solange die Gemeinde dem Grunde nach bereit ist, gemäß VOB/B bestehenden und nachgewiesenen Ansprüchen nachzukommen, sich die Gemeinde mithin kooperativ verhält. Es ist Sache der Baufirma, nachvollziehbar zu Grund und Höhe ihres Anspruchs, unter Anknüpfung an die Vertragskalkulation, vorzutragen.

4.12 Wie muss eine Rechnung beschaffen sein, damit sie prüfbar ist?

Eine Rechnung ist nur dann prüfbar, wenn die zum Nachweis von Art und Umfang der erbrachten Leistungen erforderlichen Mengenberechnungen, Zeichnungen, Aufmaßzeichnungen und andere notwendige Belege beigelegt sind oder dem Auftraggeber schon vorliegen (siehe § 14 Abs. 1 VOB/B).

4.13 Darf die Objektüberwachung für die Gemeinde das gemeinsame Aufmaß unterzeichnen?

Ja! Das ist eine Aufgabe der Objektüberwachung. Selbstverständlich muss die Objektüberwachung zuvor die nötigen zeitnahen (!) Feststellungen zuverlässig getroffen haben. Für die Praxis ist den Gemeinden zu raten, dass die Verwaltung zumindest unregelmäßig an den Aufmaßen teilnimmt.

4.14 Was hat die Gemeinde sofort zu tun, wenn sie feststellt, dass die bei ihr eingegangene Schlussrechnung nicht prüfbar ist?

Stellt die Gemeinde fest, dass die bei ihr eingegangene Schlussrechnung nicht prüfbar ist, hat sie dies der Baufirma umgehend (nachweisbar!) mitzuteilen. Versäumt es die Gemeinde, die nicht prüfbare Schlussrechnung innerhalb von zwei Monaten als nicht prüfbar zurückzuweisen, kann sie sich nach der neueren Rechtsprechung in einem Prozess nicht mehr auf die Nichtprüfbarkeit berufen. Eine Vergütungsklage der Baufirma kann dann nicht mehr als vorübergehend unbegründet zurückgewiesen werden. Die Baufirma muss aber im Prozess ihre Anspruchstellung nachvollziehbar darlegen, ansonsten verliert sie den Prozess wegen so genannter Unschlüssigkeit. Die Gemeinde ist im Falle versäumter Rüge der Nichtprüfbarkeit also nicht gehindert, die materielle Unrichtigkeit der Rechnung geltend zu machen.

4.15 Wann verjährt der Vergütungsanspruch der Baufirma beim VOB/B-Vertrag?

Für den Beginn der Verjährung ist die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs maßgeblich. Beim VOB/B-Vertrag wird die Vergütungsforderung alsbald nach Prüfung und Feststellung der Schlussrechnung fällig, spätestens innerhalb von zwei Monaten nach Zugang der Schlussrechnung (§ 16 Abs. 3 VOB/B). Für die Verjährung des Vergütungsanspruchs (drei Jahre ab dem Jahresende, in dem der Anspruch fällig wird, siehe §§ 195 und 199 Abs. 1 BGB) ist entscheidend, in welchem Jahr die Fälligkeit eintritt. Stellte die Baufirma z. B. die Schlussrechnung am 15.11.2011, wurde die Schlusszahlung spätestens am 15.01.2012 fällig. Der Beginn der Verjährungsfrist ist dann der Ablauf des 31.12.2012. Die dreijährige Verjährungsfrist endet deshalb mit Ablauf des 31.12.2015. Bekam die Baufirma den Rückläufer der geprüften Schlussrechnung allerdings (nachweislich) noch vor dem Jahresende 2011, wird die Schlusszahlung noch im Jahr 2011 fällig. Die Verjährung endet in diesem Fall schon mit Ablauf des 31.12.2014.

4.16 Was ist bei der Feststellung der Rechnung zu beachten?

Nach § 41 KommHV sind jeder Anspruch und jede Zahlungsverpflichtung auf Grund und Höhe zu prüfen und ist die Richtigkeit zu bescheinigen. Zur Auslegung im Einzelnen sind die Verwaltungsvorschriften zu Art. 70 BayHO entsprechend heranzuziehen.

Die Feststellung des Zahlungsanspruchs wird mit dem Vermerk „**sachlich richtig**“ auf der geprüften Rechnung getroffen. Bei Baumaßnahmen wird ein Teil daraus, nämlich die Feststellung der „fachtechnischen und rechnerischen Richtigkeit“ häufig vertraglich auf ein freiberufliches Bauleitungsbüro delegiert. Die „rechnerische Richtigkeit“ umfasst nicht nur die Nachrechnung, sondern auch die Feststellung, dass die materiellen Voraussetzungen zutreffen, d. h. der entsprechende Preis vereinbart ist, die Leistung in dem berechneten Umfang erbracht wurde und bereits erfolgte Zahlungen berücksichtigt sind.

Mit der Bescheinigung „**fachtechnisch richtig**“ wird zudem bestätigt, dass die nötige fachtechnische Beurteilung erfolgte, ob etwa aufgrund von Mängeln noch Einbehalte vorzunehmen sind und ob der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz eingehalten wurde. Die so geprüfte Rechnung wird vom zuständigen Bediensteten der Gemeinde mit „sachlich richtig“ festgestellt, wenn die fachtechnische und rechnerische Richtigkeit vom zuständigen Bearbeiter festgestellt wurde und die Unterlagen plausibel sind, also keine offensichtlichen Ungereimtheiten oder Lücken aufweisen.

4.17 Wie ist die Bauabrechnung zu belegen?

Die Buchungen müssen haushaltsrechtlich durch Kassenanordnungen und Auszahlungshinweise, ferner durch Unterlagen, aus denen sich der Grund der Buchung ergibt (begründende Unterlagen), belegt sein (vgl. § 71 Abs. 1 KommHV-Kameralistik, § 67 Abs. 1 KommHV-Doppik). Begründende Unterlagen wie z. B. Rechnungen, die nicht mit der Kassenanordnung zusammengefasst werden, sollen so geordnet werden, dass sie anhand der Kassenanordnung ohne Schwierigkeiten zur Einsicht und zur Prüfung bereitgestellt werden können (vgl. VV Nr. 3 zu § 71 KommHV a. F.).

Baurechnungen sind regelmäßig so umfangreich, dass sie der Auszahlungsanordnung nicht beigelegt werden können, und sie stehen in einem sachlichen Zusammenhang zueinander, sodass auch nicht einzelne Teile herausgetrennt werden sollten.

Es ist daher sinnvoll, dass sie gesondert bei der Bauverwaltung aufbewahrt bzw. archiviert werden. Art und Umfang der Aufbewahrung sind in der KommHV-Kameralistik und der KommHV-Doppik nicht näher beschrieben, sondern ergeben sich aus der Sache selbst.

Als Anhaltspunkt kann z. B. die Auflistung der Unterlagen herangezogen werden, die der Freistaat mit seinen Zuwendungsbestimmungen (ANBest-K) bei geförderten Maßnahmen mit dem Verwendungsnachweis fordert.

Zu jeder Schlusszahlung gehören als „begründende Unterlagen“

- der Vertrag (Leistungsbeschreibung mit -verzeichnis, Vertragsbedingungen etc.),
- die Vergabedokumentation als Nachweis der wirtschaftlichen Vergabe (die nicht beauftragten Gegenangebote sind gesondert aufzubewahren),
- die Nachtragsvereinbarungen mit Kalkulationsnachweisen,
- der Schriftverkehr mit dem Auftragnehmer zur Abwicklung,
- die Aufmaße, Aufmaßzusammenstellungen und -skizzen,
- gegebenenfalls die Stundenlohnzettel, Liefer- und Wiegescheine,
- das Abnahmeprotokoll samt Feststellung, dass die Restmängel beseitigt wurden und
- gegebenenfalls amtliche Prüfzeugnisse (in Kopie; das Original gehört unbedingt zum Bestandsakt).

Antworten auf Praxisfragen zur HOAI 2009

Verfasser: Johann Rohrmüller

Inhaltsübersicht	Seite
1 Was regelt die HOAI 2009?	93
2 Regelt die HOAI 2009 auch die Planungsleistungen?	93
3 Ist bei Beauftragung zum Mindestsatz eine Honorarvereinbarung notwendig?	94
4 Wie wird das Mindestsatzhonorar gemäß HOAI 2009 berechnet?	94
5 Was ist die so genannte „Honorarsperre“?	95
6 Worum geht es bei dem Streit um die „Anzahl der Objekte“ bei § 11 Abs. 1 Satz 1 HOAI 2009?	96
7 Wie viele Objekte umfasst ein Planungsauftrag?	96
8 Was muss bei der Kostenberechnung zur Honorarabrechnung beachtet werden?	98
9 Darf die Kostenberechnung wegen Nachträgen der Baufirmen nach oben korrigiert werden?	99
10 Muss die so genannte mitverarbeitete Bausubstanz bei den anrechenbaren Kosten berücksichtigt werden?	100
11 Umbauszuschlag auch bei neuer technischer Anlage im Bestandsgebäude?	101
12 Welchem Zweck dient die Regelung des § 7 Abs. 5 HOAI 2009?	101

In diesem Beitrag werden einige Fragestellungen beantwortet, die im letzten Jahr Anlass für an uns von Kommunen gerichtete Anfragen im Zusammenhang mit der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure – HOAI 2009 waren.

1 Was regelt die HOAI 2009?

Entgegen einer in der Praxis weit verbreiteten Ansicht gibt es kein von der HOAI verordnetes, von vorneherein feststehendes, „HOAI-Honorar“. Die HOAI regelt preisrechtlich verbindlich nur die zulässige Unter- bzw. Obergrenze des vertraglich vereinbarten Honorars (§ 7 Abs. 1 HOAI 2009) und bei Fehlen einer wirksamen Honorarvereinbarung bei Auftragserteilung, dass als gesetzliche Auffangregelung das Mindestsatzhonorar als vereinbart gilt (sog. Mindestsatzfiktion, § 7 Abs. 6 HOAI 2009).

2 Regelt die HOAI 2009 auch die Planungsleistungen?

Nein! Die vertragliche Beschreibung des Vertragsgegenstandes der Planungsaufgabe (die „Leistungsbeschreibung“ anhand der Planungsaufgabe) regelt die HOAI 2009 nicht. Die Ansicht, dass es dafür doch die HOAI gebe und nur noch das Honorar mittels Honorarvereinbarung zu regeln sei, ist falsch und hat schon so mancher Kommune viel Geld gekostet. Selbst wenn im Vertrag auf ein preisrechtliches Leistungsbild der Anlagen der HOAI (z. B. zur Gebäudeplanung das Leistungsbild des § 33 i. V. mit Anlage 11) Bezug genommen¹ wird und damit das werkvertragliche Leistungsbild in Anlehnung an das preisrechtliche Leistungsbild der HOAI einigermaßen auslegbar beschrieben sein sollte,² muss der Bauherr bei Vertragsabschluss die wichtigsten Eckdaten seines Bedarfs und die finanziellen Rahmendaten³ für das Projekt immer selbst klären. Die HOAI 2009⁴ gibt z. B. eben nicht vor, wie und mit welchen Baukosten, Standards und Flächenvorgaben Schulen oder Krankenhäuser zu planen sind. Die Planungsvorgaben müssen vor Beginn der Vorplanung (Konzeptplanung, Leistungsphase 2) ermittelt und fixiert sein, da ansonsten jeglicher nachvollziehbare Maßstab für die Erfüllungstauglichkeit der vom Planer später vorgelegten Planungsergebnisse (insbesondere Konzept mit Kostenschätzung sowie Entwurfsplanung mit Kostenberechnung) fehlt. Nichtfachkundige Bauherren sind darauf angewiesen, dass der beauftragte Planer ihnen in einer ersten, beauftragten Projektstufe bei der Grundlagenermittlung (Leistungsphase 1) die entsprechenden Fragen stellt und zusammen mit dem Bauherrn verbindliche Klärungen der Planungsvorgaben herbeiführt. Diese Vorgaben der Planung betreffen vor allem den Umfang und den Inhalt des Bedarfs an baulicher Nutzung, die finanziellen und wirtschaftlichen Rahmendaten und die grundsätzliche Bebaubarkeit des Grundstücks für die bauliche Aufgabenstellung. Von fachkundigen Bauherren

¹ zur Bezugnahme auf die HOAI bei der Beschreibung der werkvertraglichen Leistung siehe das Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 16.12.2004 – VII ZR 16/03, BauR 2005, 735

² Zu empfehlen ist, das werkvertragliche Leistungsbild im Planervertrag genau zu regeln. Die Vertragsmuster des Freistaats Bayern (VHB) und in der Praxis bewährte kommunale Vertragsmuster sehen detaillierte Beschreibungen der Leistungen mittels Zusätzlicher Vertragsbedingungen (ZVB) vor.

³ Im Planervertrag darf eine Kostenobergrenze als Beschaffenheitsvereinbarung nicht fehlen.

⁴ Auch die DIN 276-1:2008-12 macht hierzu keine Vorgaben.

wird die so genannte Grundlagenermittlung (Leistungsphase 1) meist selbst erbracht und das Ergebnis als verbindliche Vorgabe im anschließend erst mit dem Planer abzuschließenden Vertrag vereinbart.

3 Ist bei Beauftragung zum Mindestsatz eine Honorarvereinbarung notwendig?

Zwar gilt über die gesetzliche Mindestsatzfiktion des § 7 Abs. 6 HOAI 2009 auch ohne eine wirksame Honorarvereinbarung das Mindestsatzhonorar als vereinbart. Das Problem in der Praxis ist jedoch, dass in diesen Fällen des Fehlens einer wirksamen Honorarvereinbarung meistens der noch viel gewichtigere Aspekt, nämlich ob überhaupt eine wirksame Beauftragung mit der Planungsleistung vorliegt, vernachlässigt wird. Fehlt eine wirksame Honorarvereinbarung, ist oft streitig, ob überhaupt schon eine Beauftragung mit der Planungsleistung wirksam erfolgte. Denn gemäß § 154 Abs. 1 BGB ist ein Vertrag im Zweifel noch nicht geschlossen, solange sich die Parteien nicht über alle Punkte eines Vertrags geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll.

4 Wie wird das Mindestsatzhonorar gemäß HOAI 2009 berechnet?

Das Mindestsatzhonorar wird ausschließlich mit den in § 6 Abs. 1 HOAI 2009 aufgeführten Honorarparametern berechnet:

§ 6 Abs. 1 Nr. 1	anrechenbare Kosten des Objekts
§ 6 Abs. 1 Nr. 2	Leistungsbild
§ 6 Abs. 1 Nr. 3	Honorarzone
§ 6 Abs. 1 Nr. 4	Honorartafel
§ 6 Abs. 1 Nr. 5	bei Leistungen im Bestand siehe den Mindestumbauschlag gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2

Vereinbaren die Parteien in Anlehnung an die HOAI mehrere Faktoren, nach denen die Vergütung des Planers berechnet werden soll, kann nicht daraus, dass einer der vereinbarten Berechnungsfaktoren von der HOAI abweicht, geschlossen werden, dass die Honorarvereinbarung unwirksam ist.⁵ Es ist zu ermitteln, welches Honorar sich unter Anwendung der gesamten von den Parteien vereinbarten Bemessungsfaktoren ergibt und ob dieses Honorar in dem von der HOAI zugelassenen Rahmen zwischen Mindestsatz- und Höchstsatzhonorar liegt.⁶ Eine Berechnung des Honorars anhand der HOAI-Parameter dient im Falle, dass eine Honorarvereinbarung (mittels Pauschale, mittels der Vereinbarung einzelner Honorarberechnungsbestimmungen oder mittels Stundenlohnabrede) getroffen wurde, ausschließlich der Kontrollberech-

⁵ BGH, Urteil vom 16.12.2004, a. a. O.

⁶ BGH, Urteil vom 16.12.2004, a. a. O.

nung. Mit der Kontrollberechnung wird festgestellt, ob sich die Honorarvereinbarung im Rahmen der gesetzlichen Preisbindung zwischen Mindestsatz- und Höchstsatzhonorar bewegt.

In erster Linie ist entweder das bei Auftragserteilung betragsmäßig genau vereinbarte Honorar⁷ oder die bei Auftragserteilung getroffene Vereinbarung über die Honorarermittlung anhand von mehr oder weniger an die HOAI angelehnten, vereinbarten Honorarermittlungskriterien^{8, 9} dafür maßgeblich, welches Honorar geschuldet ist (siehe § 7 Abs. 1 HOAI 2009).

Etwas anderes gilt ausnahmsweise nur dann, wenn der Betrag des sich aus der vertraglichen Regelung ergebenden Honorars außerhalb des gesetzlichen Rahmens von Mindestsatz- und Höchstsatzhonorar liegt. Die so genannte Darlegungs- und Beweislast für eine Mindestsatzunterschreitung bzw. Höchstsatzüberschreitung trägt derjenige, zu dessen Gunsten sich eine hieraus resultierende Unwirksamkeit der vertraglichen Vereinbarung auswirken würde. In der Praxis wird zur Berechnung des Mindestsatzes (auch zum Teil von Honorargutachtern) oft ein nicht zulässiges und auch nicht logisches „Mischverfahren“ zwischen vertraglicher Vereinbarung und dem Mindestsatzwert der Honorartabelle der Verordnung angestellt. Es gibt diesbezüglich nämlich nur zwei Kategorien. Das vertraglich betragsmäßig vereinbarte Honorar bzw. das anhand der vertraglich vereinbarten Honorarermittlungskriterien zu berechnende Honorar oder das sich alleine aus der HOAI ergebende Mindestsatz- bzw. Höchstsatzhonorar.

5 Was ist die so genannte „Honorarsperre“?

Mit der so genannten „Honorarsperre“ sind infolge des Regelungszwecks von § 7 Abs. 1 und § 6 HOAI vertragliche Änderungen zur Höhe des Honorars nicht wirksam, wenn sie noch vor der Beendigung der Leistungen des Architekten getroffen werden. Diese Beschränkung der Vertragsfreiheit soll gewährleisten, dass ein etwaiger Streit über die Höhe des Honorars nicht dazu führt, dass die Ausführung der noch nicht erbrachten Teile der geschuldeten Leistung des Architekten bzw. Ingenieurs durch eine Vertragsverletzung gefährdet wird.¹⁰ Diese Honorarsperre ist nicht unmittelbar aus dem Gesetzestext zu entnehmen. Der BGH hat sie zur Rechtslage nach der HOAI a. F. entwickelt und in ständiger Rechtsprechung weitergeführt. Gründe für eine Änderung der Rechtsprechung haben sich durch die neue HOAI nicht ergeben.

⁷ Anmerkung: selten

⁸ Werden Honorarermittlungskriterien vereinbart (für ein sog. Berechnungshonorar), ist der gegebenenfalls im Vertrag schon ausgerechnete Honorarbetrag nur vorläufig. Deshalb wird eine dem Vertrag in der Anlage beigefügte Honorarermittlung in der Praxis nur als „vorläufige Honorarermittlung“ bezeichnet.

⁹ Anmerkung: häufig

¹⁰ Siehe zur insoweit gleichen Rechtslage nach § 4 Abs. 1 und 4 HOAI a. F. das Urteil des BGH vom 27.02.2003 – VII ZR 169/02. Nach dem Regelungszweck des § 4 HOAI sind spätere vertragliche Änderungen des nach § 4 Abs. 4 HOAI fingierten Mindestsatzes nur wirksam, wenn sie nach **Beendigung** der Architekten- bzw. Ingenieur-tätigkeit getroffen werden.

6 Worum geht es bei dem Streit um die „Anzahl der Objekte“ bei § 11 Abs. 1 Satz 1 HOAI 2009?

Die Honorartafeln der HOAI sind nicht linear, sondern degressiv aufgebaut, sodass sich bei einer Aufspaltung von anrechenbaren Kosten infolge der Abrechnung über mehrere Objekte in der Summe aus dem Vertrag ein höheres Honorar ergibt. Der Honorarunterschied ist umso größer, je höher der Betrag der anrechenbaren Kosten ist.¹¹

Der Planer bekommt somit bei der Berechnung des Mindestsatz- bzw. Höchstsatzhonorars insgesamt mehr Honorar, wenn für die anrechenbaren Kosten der Bauleistungen des Vertrags nicht nur ein Honorar, sondern mehrere Honorare anhand aufgesplitteter anrechenbarer Kosten je Objekt als Abrechnungseinheit ermittelt werden.¹²

Der Honorarermittlung für jedes Objekt anhand eigener anrechenbarer Kosten (siehe Trennungsgrundsatz des § 11 Abs. 1 Satz 1 HOAI 2009 und § 22 Abs. 1 HOAI a. F.) liegt der Gedanke zugrunde, dass die Systematik der Honorarberechnung dem Ziel dient, das Honorar in ein angemessenes Verhältnis zum Wert der Leistung des Planers zu bringen. Diese Sichtweise des gesetzlichen Preisrechts ist nachvollziehbar, da der Architekt jede der in dem Auftrag enthaltenen Planungsaufgaben eigenständig lösen muss, so als wenn er mittels verschiedener Verträge, gegebenenfalls auch von verschiedenen Bauherren, beauftragt worden wäre und nicht mittels eines einzigen Vertrags.

7 Wie viele Objekte umfasst ein Planungsauftrag?

Die Antwort auf die Fragestellung, wie viele Objekte ein Planungsauftrag umfasst, kann anhand von **Kriterien** der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gefolgert werden. In welchen Fällen bei Abschluss eines einzigen Vertrags von mehreren Objekten als Abrechnungseinheit auszugehen ist, hat der BGH zu § 22 HOAI a. F. nachfolgende Grundsätze aufgestellt, die auch für § 11 Abs. 1 Satz 1 HOAI 2009 („Trennungsgrundsatz“) anwendbar sind:

„Durch das Trennungsprinzip solle erreicht werden, dass ein Architekt, der auf Grund eines Auftrags mehrere Gebäude für einen Vertragspartner plant, bei der Abrechnung nicht schlechter gestellt werde, als wenn er dieselben Leistungen für verschiedene Bauherren erbringen würde.“¹³ Daraus lasse sich als Maßstab für die Beurteilung der Einheitlichkeit ableiten, dass mehrere Gebäude dann vorliegen, wenn diese verschiedene Funktionen zu dienen bestimmt sind und sie vor allem unter Aufrechterhaltung ihrer Funktionsfähigkeit je für sich genommen betrieben werden können.“¹⁴

¹¹ Das Mindestsatzhonorar wird für jedes einzelne HOAI-Objekt anhand so genannter anrechenbarer Kosten eigenständig ermittelt (siehe § 6 Abs. 1 HOAI 2009).

¹² Wenn ein Planer (Architekt bzw. Ingenieur) mittels nur eines einzigen Vertrags mit Planungen für mehrere Objekte beauftragt wird, muss die Summe der hierfür vereinbarten Honorare der Summe der jeweiligen, gesondert zu ermittelnder Mindestsatzhonorare entsprechen.

¹³ BGH, Urteil vom 24.01.2001 – VII ZR 461/00, BauR 2002, 817, 818

¹⁴ BGH, Urteil vom 24.01.2001, a. a. O.

Diese Rechtsprechung wird in der Praxis aber oft, meist von Seiten der Planer, falsch verstanden. Die Praxis tut sich bei der Anwendung oben genannter Kriterien des BGH schwer, wenn der Planungsauftrag einen planerisch einheitlich zu verwirklichenden Raum- und Funktionszusammenhang zum Inhalt hat und die konzeptionelle Lösung dieser einen nicht trennbaren Planungsaufgabe mittels einzelner Baukörper erfolgt, die mehr oder weniger miteinander baulich getrennt oder verbunden sind.

Das Problem liegt darin begründet, dass eine (fiktive) Überprüfung der möglichen Aufrechterhaltung einer selbstständigen Funktionsfähigkeit im Sinne von „irgendeiner“ Funktionsfähigkeit einzelner Baukörper zu kurz greift.

Denn es muss sich bei der Funktionsfähigkeit, was der BGH wohl als logische Voraussetzung unterstellte, um die **vom Planungsauftrag umfasste Funktion** handeln. Die **anhand der Planungsaufgabe vorgegebene, geschuldete eigenständige Funktionsfähigkeit** ist für die Einschätzung zur Anzahl der Objekte entscheidend. Es ist für einzelne Baukörper (bautechnisch konstruktiv betrachtet) eines Baukomplexes nicht ungewöhnlich, dass sie für sich genommen noch irgendeiner separaten Nutzung zugeführt werden können, wenn sie aus dem Gesamtzusammenhang gelöst werden.

Erfordert die gemäß der Beauftragung maßgebliche Gebäudenutzung ein die Baukörper zu einer funktionalen Einheit verbindendes **Konzept**, kann der Auftrag nicht auf verschiedene Planer (Auftragnehmer) aufgeteilt werden. Der Vertragsgegenstand ist damit schon durch die planerische Aufgabenstellung nicht teilbar und kann auch nur ein einziges Objekt als Abrechnungseinheit sein.

- Dies ist bei einem Planungsauftrag für eine Schule regelmäßig der Fall, auch wenn die gefundene Planungslösung mehrere Baukörper umfasst. Zum Beispiel mag der Verbindungsgang als Baukörper zwischen zwei Pavillonbauten einer Schule bei fiktiver Betrachtung auch bei Abtrennung der beiden ihn begrenzenden Baukörper noch für etwas zu gebrauchen sein und somit begrifflich noch im Sinne von § 2 Nr. 2 HOAI 2009 als einzelnes Gebäude¹⁵ aufgefasst werden können. Auf eine abstrakt mögliche Einschätzung eines Bauwerks als selbstständig benutzbares Bauwerk im Sinne der Begriffsbestimmung des Begriffs „Gebäude“¹⁶ kommt es für die Frage, wie viele Gebäude als Abrechnungseinheit vorliegen, nicht an. Vielmehr ist entscheidend, dass der Verbindungsgang als Baukörper gedanklich nicht ohne Einbuße des planerischen Konzepts (mit der darin enthaltenen Funktionslösung) herausgelöst werden kann. Die geplante Pausenhalle der Schule mag bei isolierter Betrachtung zur baulichen Funktionsfähigkeit bei gegebener baukonstruktiver Selbstständigkeit gegebenenfalls noch als Lagerraum oder zu irgendetwas anderem nütze sein. Darauf kommt es für die Einschätzung als eigenständiges Objekt im Sinne von § 11 Abs. 1 Satz 1 HOAI 2009 aber nicht an. Denn ist die Pausenhalle, im Zusammenwirken mit den anderen Baukörpern der Schule, Teil eines als Einheit beauftragten planerischen Konzepts (Planungsaufgabe), kann die Planung der Pausenhalle nicht isoliert einem anderen Planer in Auftrag gegeben werden und im Sinne der oben genannten Rechtsprechung des BGH kein eigenständiges Objekt sein.

¹⁵ Gebäude sind gemäß der Begriffsbestimmung in § 2 Nr. 2 HOAI 2009 selbstständig benutzbare, überdeckte bauliche Anlagen, die von Menschen betreten werden können und geeignet oder bestimmt sind, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen.

¹⁶ Wobei sicherlich kein anderer Auftraggeber auf die Idee käme, einen solchermaßen isolierten Baukörper planerisch in Auftrag zu geben, um bei dem oben genannten Kriterium des BGH zu bleiben.

- Soll gemäß der Planungsaufgabe ein Wohnhaus mit Tiefgarage (TG) geplant werden, wobei die Nutzung der Tiefgarage durch die Bewohner des Wohnhauses vorgesehen ist (Treppe, Aufzug zur TG etc.), handelt es sich wegen des nicht trennbaren Raum- und Funktionszusammenhangs um nur ein Gebäude.
- Soll gemäß der Planungsaufgabe ein Hallenschwimmbad mit Raumnutzung für den Kasenbereich, die Schwimmbadtechnik und den Kiosk geplant werden, umfasst der Planungsauftrag nur eine Gebäudeplanung, auch wenn die später gefundene Planungslösung baukonstruktiv selbstständige Funktionseinheiten vorsieht. Denn die Planungsaufgabe erfordert ein einheitliches Gesamtkonzept zur Lösung der Raum- und Funktionszusammenhänge.

Leitregeln für die Praxis: Soll die planerische Aufgabe gemäß der Beauftragung mit einem einzigen Konzept (bzw. Entwürfen) gelöst werden und kann der Planungsauftrag deshalb nicht getrennt, ohne Einbuße bei der Umsetzung des Raum- und Funktionsprogramms, an verschiedene Planer (Auftragnehmer) gegeben werden, umfasst der Auftrag nur ein Objekt.

Für die Einschätzung zur Anzahl der Objekte ist die Sichtweise zum Zeitpunkt der Beauftragung mit der Planungsaufgabe maßgeblich, nicht die Sichtweise der in Erfüllung der unveränderten Planungsaufgabe gefundenen Planungslösung. Damit kann für die Einschätzung, wie viele Gebäudeplanungen (Objekte) ein einziger Auftrag umfasst, nicht das äußere Erscheinungsbild der nach der Beauftragung gefundenen Planungslösung entscheidend sein, mit der die Raum- und Funktionszusammenhänge schon in ein sinnvolles Ganzes gebracht wurden. Ob durch die Lösung der Planungsaufgabe einzelne Baukörper geschaffen werden und gegebenenfalls wie viele davon, ist eine Frage, die nicht zwangsläufig aus der einheitlich zu lösenden und nicht teilbaren Planungsaufgabe folgt. Als Abgrenzungshilfe für die Praxis kann folgende Kontrollfragestellung dienen: **„Erfordert die Planungsaufgabe eine einheitliche Betrachtung und Lösung der Raum- und Funktionszusammenhänge für die Objektplanung Gebäude mittels eines einzigen Konzepts?“** Wenn diese Frage mit ja beantwortet wird, kann nur eine einzige Gebäudeplanung im Sinne des Objektbegriffs der HOAI vorliegen.

8 Was muss bei der Kostenberechnung zur Honorarabrechnung beachtet werden?

- Die für Honorarabrechnungen vom Planer vorgelegte Kostenberechnung sollte kritisch danach hinterfragt werden, ob sie tatsächlich nur die Kosten des Objekts anhand des planerisch zu bearbeitenden **Vertragsgegenstandes** umfasst. Denn mit der Kostenberechnung gemäß DIN 276-1:2008-12 werden generell die Kosten des gesamten Bauprojekts, nicht aber die Kosten von Objekten im Sinne der HOAI ermittelt.
- Die Kostenberechnung im Sinne der DIN 276-1:2008-12 kann wahlweise entweder Brutto- oder Nettobeträge enthalten. Für die Honorarabrechnung hingegen müssen die anrechenbaren Kosten **netto** ermittelt werden (§ 4 Abs. 1 Satz 4 HOAI 2009). Wird dies nicht beachtet und eine Kostenberechnung mit Bruttozahlen herangezogen, bezahlt die Kommune zu viel Honorar.
- In der Kostenberechnung als Honorarermittlungsgrundlage dürfen **Preissteigerungsrisiken** nicht enthalten sein. Dies folgt aus Nr. 3.3.10 Satz 1 der DIN 276-1:2008-12, wonach vom Kostenstand zum Zeitpunkt der Ermittlung auszugehen ist. Dies ist im Normalfall der Zeitpunkt der Billigung der Entwurfsplanung. Zu diesem Zeitpunkt sind Preissteigerungen

noch nicht vorhersehbar! Bei Nr. 3.3.9 der oben genannten DIN 276 geht es nur um vorhersehbare Kostenrisiken. Preissteigerungsrisiken sind vielmehr im Bereich der nicht honorarwirksamen Projektfinanzierung anzusiedeln (siehe Kostengruppe [KG] 760). Ansonsten würde der Bauherr durch seine wirtschaftliche Vorsicht mit höherer Honorarzahlungsverpflichtung bestraft.

- Bei einer **lückenhaften Planung** darf mit der Kostenberechnung den anrechenbaren Kosten nicht einfach ein honorarwirksames „Projektrisiko“ zugeschlagen werden. Es handelt sich um kein technisch wirtschaftliches Risiko, sondern um ein Leistungsstörungsrisiko aus dem Bereich der Planung. Für Risiken aus Leistungsstörungen ist kein Honorar geschuldet. In den Honoraren soll sich der Wert der Architektenleistung widerspiegeln und nicht der Unwert nicht erfüllungstauglicher Leistungen.

9 Darf die Kostenberechnung wegen Nachträgen der Baufirmen nach oben korrigiert werden?

Nachträge entstehen erst nach der Vergabe einer Bauleistung an einen Unternehmer. Sie dürfen bei einer Honorarermittlung im Rahmen von § 6 Abs. 1 HOAI 2009, mit der Kostenberechnung als Honorarermittlungsgrundlage, nicht berücksichtigt werden. Der Kostenberechnung liegt aufgrund der Regelung in § 2 Nr. 14 HOAI 2009, welche für die gesamte HOAI gilt (siehe § 2 Satz 1: „Für diese Verordnung gelten folgende Begriffsbestimmungen: ...“), die Entwurfsplanung zugrunde (siehe § 3 Abs. 4 Nr. 3 „Entwurfsplanung“). Art, Umfang und Genauigkeit der Kostenermittlungen sind abhängig vom jeweiligen Stand der Planung, von verfügbaren Angaben und Erfahrungswerten. Nach dem Honorierungssystem der HOAI hängt demnach das Honorar von den anrechenbaren Kosten ab, die nach dem Planungsfortschritt der Kostenberechnung als maßgeblicher Stufe der Kostenermittlung zugrunde zu legen sind (siehe Nrn. 2.4 und 2.4.3 der DIN 276-1:2008-12). Änderungen dieses Planungsstandes können deshalb grundsätzlich nicht mehr zu einer Änderung der honorarrechtlich maßgeblichen Kostenermittlung führen.¹⁷ Die HOAI 2009 nimmt mit diesem Honorierungssystem nicht nur in Kauf, sondern regelt, dass sich ein möglicherweise erhöhter Leistungsaufwand nach der Erstellung von Entwurfsplanung und Kostenberechnung nicht mehr in einer Erhöhung der anrechenbaren Kosten und damit einer Erhöhung des Honorars widerspiegelt. Aus diesem Grund kann nicht allein aus dem Umstand, dass der Architekt möglicherweise auch Leistungen für Nachträge (wie Planung, Ausschreibung oder Mithilfe bei der Vergabe) erbringen muss, hergeleitet werden, die anrechenbaren Kosten seien bei der Berechnung dieser Leistungen zu erhöhen. Entscheidend ist vielmehr, dass der Planungsstand zur Entwurfsplanung maßgeblich auch für die Honorierung der Leistungsphasen 5 bis 7 ist. Das ist eben gemäß gesetzlicher Entscheidung der Planungsstand weit vor der Vergabe der Bauleistung. Die HOAI geht ausdrücklich auch für die preisrechtliche Bestimmung in § 6 Abs. 1 Nr. 1 unter Bezugnahme auf die DIN 276-1:2008-12 und auch durch die systematische Einordnung der Kostenberechnung in die Leistungsphase 3 (Entwurfsplanung)¹⁸ davon aus, dass der Kostenberechnung dieser Planungsstand zugrunde liegt. Es kann deshalb nicht darauf ankommen, ob sich nach der Vergabe an den Unternehmer höhere Baukosten durch Nachträge ergeben. Auch das Prüfen und Werten von Nachtragsangeboten und die Rechnungsprüfung im Zusammenhang mit Nachträ-

¹⁷ Siehe zur HOAI a. F. und zur Nichtberücksichtigung von Nachträgen beim Kostenanschlag das Urteil des BGH vom 05.08.2010 – VII ZR 14/09, BauR 2010, 1957; Stemmer/Wierer, BauR 2006, 1060

¹⁸ siehe bei der Gebäudeplanung z. B. Nr. 3 der Anlage 11 zu § 33 Satz 1 HOAI 2009

gen sind keine Umstände, die insoweit und insofern mit der HOAI 2009 generell eine Fortschreibung der Kostenberechnung erlauben würden. Ohne rechtsgeschäftlich wirksame Veränderung des leistungszielorientierten Werkerfolgs bzw. des Vertragsgegenstandes spielen derartige Sachverhalte nach dem System des § 6 Abs. 1 Nr. 1 in Verbindung mit § 2 Nr. 14 HOAI 2009 keine Rolle. Eine Sondersituation ist dann gegeben, wenn der nur mit der Objektüberwachung beauftragte Architekt – wie zwangsläufig – im Zusammenhang spätestens mit der Rechnungsprüfung auch mit der Notwendigkeit zur Prüfung von Nachtragsangeboten konfrontiert wird. Weist er den Bauherrn nicht darauf hin, dass hierfür Leistungen der Leistungsphasen 5 bis 7 anfallen, die er wegen seiner Beauftragung erst ab der Leistungsphase 8 nicht zu erbringen hat und „erledigt die Nachtragsprüfung sogleich mit“, vereitelt er eine Leistung der infolge der am Leistungsziel orientierten Leistungspauschalierung beim Architektenvertrag gegebenenfalls noch uneingeschränkt in der Verpflichtung stehenden Architekten der früheren Leistungsphasen 5 bis 7. Denn für deren maßgeblichen werkvertraglichen Erfolg der Leistungsverpflichtung ist es unerheblich, was in der Praxis oft nicht erkannt wird, wie oft Leistungshandlungen vorgenommen werden. Die rechtliche Situation unterscheidet sich nicht wesentlich von derjenigen des Werkunternehmers, der als Werkerfolg verschuldensunabhängig eine Bauleistung schuldet.

Etwas anderes ist dann anzunehmen, wenn Mehrleistungen infolge einer Änderung der im Vertragsverhältnis maßgeblichen Leistungszielbestimmung bzw. infolge einer Änderung des Vertragsgegenstandes erbracht werden, die zu einer Änderung der anrechenbaren Kosten führen. Diese sind auf der Basis von § 7 Abs. 5 HOAI 2009 zu behandeln (siehe nachfolgend Abschnitt 12).

10 Muss die so genannte mitverarbeitete Bausubstanz bei den anrechenbaren Kosten berücksichtigt werden?

Nein! Nach dem entfallenen § 10 Abs. 3 a HOAI a. F. musste mitverarbeitete vorhandene Bausubstanz angemessen bei den anrechenbaren Kosten berücksichtigt werden. Wenn behauptet wird, dass § 4 Abs. 2 Nr. 4 HOAI 2009 unter Bezugnahme von Nr. 3.3.6 der DIN 276-1:2008-12 („Der Wert der vorhandenen Bausubstanz und wieder verwertbarer Teile ist bei den betreffenden Kostengruppen gesondert auszuweisen.“) quasi als Nachfolgeregelung für die entfallene Regelung heranzuziehen wäre, wird der Anwendungsbereich der DIN 276-1:2008-12 verkannt. Die DIN 276-1:2008-12 ordnet Kosten nicht zum Zweck der Honorarermittlung und besagt auch nichts zur Anrechnung im Sinne der HOAI. Vor allem liegt der Sinn der Nr. 3.3.6 dieser DIN gerade nicht darin, dass der Wert vorhandener Bausubstanz den Kosten der Kostengruppen zugeschlagen wird. Im Gegenteil, der Wert ist bei den Kostengruppen nur gesondert auszuweisen, soll also eben nicht in die Kostenermittlung integriert werden. Im Gegensatz zur Nr. 3.3.7, Eigenleistungen, benennt S. 2 der Nr. 3.3.6 nicht einmal den Maßstab einer Wertermittlung.¹⁹

¹⁹ Würde der Wert dann vollständig angesetzt, stünde dem dann auch § 2 Abs. 2 Sätze 2 und 3 des Gesetzes zur Verbesserung des Mietrechts und zur Begrenzung des Mietanstiegs sowie zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen (MRVG) entgegen, der bei ermächtigungskonformer Auslegung des § 4 Abs. 2 HOAI 2009 zu berücksichtigen ist.

11 Umbauschlag auch bei neuer technischer Anlage im Bestandsgebäude?

Die Planung eines Umbaus der technischen Anlage liegt nicht vor, wenn die alte technische Anlage entfernt und eine neue technische Anlage eingebaut werden soll. Dass für das Gebäude, dem die technische Anlage dient, Umbauplanungen erbracht werden, ist unerheblich, denn auf den Umbau des Gebäudes kommt es nicht an. Die Anlagen der Technischen Ausrüstung sind gemäß § 2 Nr. 1 HOAI 2009 selbst Objekte im Sinne des § 35 HOAI 2009. Umbau ist die Umgestaltung eines vorhandenen Objekts mit Eingriffen in Konstruktion oder Bestand (siehe § 2 Nr. 6 HOAI 2009). Entscheidend ist, dass mit Entfernung der alten Anlage kein umzugestaltendes Objekt mehr vorhanden ist.²⁰ Bei der Berechnung des Mindestsatz- bzw. Höchstsatzhonorars ist deshalb ein Umbauschlag (§ 35 Abs. 1 HOAI 2009) nicht heranzuziehen.

12 Welchem Zweck dient die Regelung des § 7 Abs. 5 HOAI 2009?

Während der Abwicklung der Baumaßnahme („während der Laufzeit des Vertrags“) hat § 7 Abs. 5 HOAI 2009²¹ eine wichtige Funktion für die von der HOAI 2009 vorausgesetzte vertragliche Kooperation und unterscheidet sich darin wesentlich von § 7 Abs. 1 und 6 HOAI 2009, welche die Vergütungssituation bei der Beauftragung mit den beauftragten Leistungen statisch fixieren. Ohne die Regelung in § 7 Abs. 5 HOAI 2009 würde sofort zum Zeitpunkt der zivilrechtlichen Wirksamkeit einer Vertragsänderung des ursprünglich beauftragten Leistungsumfangs wiederum die Wirkung des § 7 Abs. 1 und 6 HOAI 2009 (Mindestsatzfiktion) „zuschlagen“, denn auch die Vertragsänderung zum beauftragten Leistungsumfang ist eine Auftragserteilung im Sinne von § 7 Abs. 1 und 6 HOAI 2009. Das gesetzliche Preisrecht macht zum Zeitpunkt der Auftragserteilung (Angebot und Annahme des Vertrags über die Leistung, § 145 BGB) nur eine Momentaufnahme. Zu diesem Zeitpunkt der wirksamen Auftragserteilung müsste auch schon eine schriftliche Honorarvereinbarung für die Änderungen zum beauftragten Leistungsumfang vorliegen, was angesichts des vom Verordnungsgeber erkannten typischen Ablaufs von Änderungen bei Planungsabläufen unrealistisch ist. Mit § 7 Abs. 5 HOAI 2009 wurde gegenüber § 7 Abs. 6 HOAI 2009 (Mindestsatzfiktion) eine Sonderregelung geschaffen, die im Bereich des gesetzlichen Preisrechts dem **Kooperationscharakter** des Vertrags über Architekten- bzw. Ingenieurleistungen während der Vertragslaufzeit Rechnung trägt.

²⁰ zur Rechtslage nach der HOAI a. F. zutreffend: OLG Brandenburg, Urteil vom 05.11.1999, BauR 2000, 762

²¹ § 7 Abs. 5 HOAI 2009: „Ändert sich der beauftragte Leistungsumfang auf Veranlassung des Auftraggebers während der Laufzeit des Vertrages mit der Folge von Änderungen der anrechenbaren Kosten, Werten oder Verrechnungseinheiten, ist die dem Honorar zugrunde liegende Vereinbarung durch schriftliche Vereinbarung anzupassen.“

Arbeitnehmerüberlassung nach der Reform des AÜG

Verfasser: Dr. Werner **Weber**

Inhaltsübersicht	Seite
1 Einführung	103
2 Ausweitung der Erlaubnispflicht	103
2.1 Keine Gewinnerzielungsabsicht mehr notwendig	104
2.2 Erfassung gemeinnütziger Einrichtungen	105
2.3 Keine Erfassung hoheitlicher Tätigkeiten	105
3 Untersagung der dauerhaften Überlassung	106
4 Konzernprivileg	108
5 Gelegentliche Arbeitnehmerüberlassung	109
6 Gleichbehandlungsgrundsatz	110
6.1 Drehtürklausel	110
6.2 Abweichungen durch Tarifvertrag	111
7 Informationspflicht über freie Arbeitsplätze	112
8 Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen	114
9 Fazit	115

1 Einführung

Das Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung („**Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG**“) wurde in kurzem zeitlichen Abstand zweimal, nämlich zum einen durch das Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung vom 28.04.2011 (BGBl I S. 642) und zum anderen durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes vom 20.07.2011 (BGBl I S. 1506) geändert. Die wesentlichen Änderungen des AÜG sollten schon deshalb im Fokus stehen, weil zwischen 2003 und 2008 mehr als jede neunte neue sozialversicherungspflichtige Beschäftigung ein Leiharbeitsverhältnis war.¹ Die Anzahl der von gewerbsmäßigen Verleihern beschäftigten Leiharbeiter ist bis April 2011 sogar auf 873.000 angestiegen.²

Hintergrund der Reform war zum einen, den missbräuchlichen Einsatz konzerninterner Verleihfirmen zu verhindern und zum anderen, die Umsetzung der Richtlinie 2008/104/EG vom 19.11.2008 („**Leiharbeitsrichtlinie**“) in deutsches Recht.³ Dazu wurden insbesondere die Regelungen zur Erlaubnispflicht bei der Arbeitnehmerüberlassung und zum so genannten Gleichbehandlungsgrundsatz geändert sowie für den Einsatz der Leiharbeiter beim entleihenden Unternehmen neue Rechte begründet. Um der Zeitarbeitsbranche ausreichend Zeit zur Anpassung der bestehenden Vereinbarungen zwischen Entleiher und Verleiher an die neuen Anforderungen zu geben, traten die Gesetzesänderungen – mit Ausnahme der so genannten „Drehtürklausel“ – erst zum 01.12.2011 in Kraft.

Da die Gesetzesänderung vom 20.07.2011 im Wesentlichen nur die Erweiterung der Ordnungswidrigkeiten um mehrere Tatbestände durch Einfügung der §§ 17 a, 17 b und 17 c AÜG betraf, in denen die Befugnisse der Behörden der Zollverwaltung, die Meldepflicht sowie das Erstellen und Bereithalten von Dokumenten geregelt sind, beschränken sich die nachfolgenden Ausführungen auf die Gesetzesänderung vom 28.04.2011.

2 Ausweitung der Erlaubnispflicht

Leiharbeiter werden an wechselnden Einsatzorten in fremden Betrieben tätig. Das AÜG trifft deshalb Regelungen, die der besonderen Schutzbedürftigkeit der zeitweise verliehenen Arbeitnehmer Rechnung tragen sollen. Demnach benötigt ein Arbeitgeber (Verleiher), der seine Arbeitnehmer Dritten (Entleiher) zur Arbeitsleistung überlassen will, generell gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung. Diese Erlaubnis muss vor Beginn der ersten Verleihtätigkeit vorliegen; für die Erlaubniserteilung sind die Regionaldirektionen der Bundesagentur für Arbeit zuständig. Die Erteilung der Erlaubnis setzt voraus, dass der Verleiher gewerberechtlich als zuverlässig gilt, er also insbesondere die Vorschriften des Sozialversicherungsrechts, des Lohnsteuerrechts, die Erfordernisse für die Beschäftigung von Ausländern, des Arbeitsschutzes und des Arbeitsrechts allgemein einhält (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG).

¹ vgl. Raif, Reform der Leiharbeit – Was ändert sich für Unternehmen, GWR 2011, 303

² vgl. Düwell, Überlassung zur Arbeitsleistung – Neues aus Rechtsprechung und Gesetzgebung, DB 2011, 1520

³ vgl. Zimmermann, Der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AÜG – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung, ArbRAktuell 2011, 62, und Raif, a. a. O.

2.1 Keine Gewinnerzielungsabsicht mehr notwendig

Nach bisheriger Gesetzeslage bedurften Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung überlassen wollten, nur dann der Erlaubnis, wenn sie dies „gewerbsmäßig“ tun.⁴ Gewerbsmäßig in diesem Sinne ist nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) jede nicht nur gelegentliche, sondern auf eine gewisse Dauer angelegte und auf die Erzielung unmittelbarer und mittelbarer wirtschaftlicher Vorteile gerichtete selbstständige Tätigkeit. Entscheidendes Kriterium ist dabei die Gewinnerzielungsabsicht; auf eine tatsächliche Gewinnerzielung kommt es nicht an. Eine solche Gewinnerzielungsabsicht fehlt, wenn die Überlassung lediglich gegen Erstattung der Personalkosten erfolgen soll und dem Verleiher dadurch auch mittelbar keine wirtschaftlichen Vorteile erwachsen.⁵

Aufgrund von Art. 1 Abs. 2 der Leiharbeitsrichtlinie soll es nunmehr aber nicht mehr darauf ankommen, ob der verleihende Arbeitgeber durch die Arbeitnehmerüberlassung Erwerbszwecke verfolgt. Vielmehr wird gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG n. F. die Formulierung „*gewerbsmäßig*“ durch „*im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit*“ ersetzt. Eine wirtschaftliche Tätigkeit ist generell bereits zu bejahen, wenn Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt angeboten werden, ohne dass damit die Erzielung von Gewinn bezweckt sein muss. Davon ist bei der Zurverfügungstellung von Personal regelmäßig auszugehen.⁶ Der Anwendungsbereich des AÜG wird damit deutlich erweitert.⁷ Für die Frage, ob die Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit stattfindet, ist es auch unerheblich, ob diese für einen Betrieb Haupt- oder Nebenzweck ist oder die Arbeitnehmer sowohl in eigener Betriebsstätte beschäftigt als auch bei sich bietender Gelegenheit Dritten zur Arbeitsleistung überlassen werden.⁸ Zukünftig muss davon ausgegangen werden, so der Kommunale Arbeitgeberverband (KAV) Bayern, dass *„jegliche Arbeitnehmerüberlassung durch einen privaten Arbeitgeber, auch soweit die tatsächlichen Personalkosten des Arbeitnehmers nicht oder nicht in voller Höhe vom Entleiher erstattet bzw. getragen werden, erlaubnispflichtig ist.“*⁹

⁴ Die Frage, ob ein bestimmter Verleiher gewerbsmäßig handelt oder nicht, kann damit entscheidend für die Frage sein, wer nun tatsächlich der „richtige“ Arbeitgeber des überlassenen Leiharbeitnehmers ist. Denn eine Arbeitnehmerüberlassung, die ohne Erlaubnis im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG erfolgt, führt dazu, dass zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis fingiert wird (§ 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG).

⁵ Vgl. beispielsweise BAG, Beschluss vom 20.04.2005 – 7 ABR 20/04, NZA 2005, 1006 ff., und zuletzt BAG, Urteil vom 09.02.2011 – 7 AZR 32/10, wonach im Falle der Arbeitnehmerüberlassung durch eine konzernzugehörige Personalführungsgesellschaft Gewinnerzielungsabsicht und damit gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, wenn zwischen dem Verleihunternehmen und der Konzernmutter ein Gewinnabführungsvertrag besteht. Von einer Gewinnerzielungsabsicht sei auch dann auszugehen, wenn ein konzernzugehöriges Unternehmen Arbeitnehmer einstellt, um sie an andere Konzerngesellschaften zu überlassen, die für diese Unternehmen mit geringeren Kosten verbunden sind, als wenn sie die Arbeitnehmer selbst einstellen würden.

Diese Rechtsprechungsänderung zwang insbesondere konzerninterne Personalservicegesellschaften, die aufgrund der bisherigen Rechtsprechung bislang ohne eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis tätig waren, schon vor Inkrafttreten der Gesetzesänderung zum 01.12.2011 zu reagieren und eine solche zu beantragen. Fehlt die Erlaubnis, ist der Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Arbeitnehmer unwirksam.

⁶ vgl. Geschäftsanweisung zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) der Bundesagentur für Arbeit (GA AÜG), Stand 12/2011, Anm. 1.1.3

⁷ vgl. Raif, a. a. O.: *„Die Beschränkung der Erlaubnispflicht auf Fälle von Gewinnerzielungsabsicht hatte zuvor immer wieder zu Umgehungen des AÜG geführt, obwohl diese nicht gewollt war. So unterliegt z. B. bislang eine Personalführungsgesellschaft im Konzern, deren einziger Zweck die Einstellung von Arbeitnehmern zum Verleih im Konzern ist, nicht dem AÜG, wenn sie auf Selbstkostenbasis betrieben wird und somit die Konzernunternehmen nur bei der Abwicklung von Arbeitsverträgen unterstützt.“*

⁸ vgl. GA AÜG, a. a. O.

⁹ vgl. KAV Bayern, Rundschreiben A 8/2011, S. 13

2.2 Erfassung gemeinnütziger Einrichtungen

Die Erlaubnispflicht erstreckt sich durch die Neuregelung des AÜG nunmehr neben konzerninternen Personalservicegesellschaften auch auf gemeinnützige oder karitative Einrichtungen.¹⁰ Auch die Arbeitnehmerüberlassung an gemeinnützige Einrichtungen, wie etwa gemeinnützige Werkstätten für behinderte Menschen (§§ 136 ff. SGB IX) und andere gemeinnützige Integrationsprojekte, die die Arbeitnehmerüberlassung nutzen, um behinderte Menschen in den allgemeinen Arbeitsmarkt zu integrieren, fällt damit zukünftig unter die Erlaubnispflicht.¹¹ Abzustellen ist dabei auf die Tätigkeit an sich unabhängig von dem verfolgten Zweck.¹² Diese Auffassung ist auch richtig, weil Art. 1 Abs. 3 Leiharbeitsrichtlinie für Ausnahmen nur geringen Raum lässt.¹³

2.3 Keine Erfassung hoheitlicher Tätigkeiten

Zwar fällt auch eine Arbeitnehmerüberlassung durch eine Körperschaft, Anstalt oder Stiftung des öffentlichen Rechts, z. B. im Rahmen einer Personalgestellung nach § 4 Abs. 3 TVöD grundsätzlich in den Anwendungsbereich des AÜG. Eine Erlaubnispflicht ist aber dann zu verneinen, wenn eine Körperschaft, Anstalt oder Stiftung des öffentlichen Rechts einen Arbeitnehmer an einen anderen Arbeitgeber zur Ausübung hoheitlicher Tätigkeiten überlässt.¹⁴ Die Wahrnehmung von Aufgaben der Daseinsvorsorge durch einen Leiharbeiter dürfte dagegen das Merkmal der wirtschaftlichen Tätigkeit erfüllen, unabhängig davon, ob diese bei einem öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisierten Arbeitnehmer ausgeübt wird.¹⁵

¹⁰ vgl. Raif unter Hinweis auf BT-Drs. 17/4804 S. 8

¹¹ vgl. KAV Bayern, Rundschreiben A 8/2011, S. 13, und Hamann, Die Reform des AÜG im Jahr 2011, RdA 2011, 321; anders noch Hamann, Kurswechsel bei der Arbeitnehmerüberlassung, NZA 2011, 70, 71: *„Die Erstreckung des AÜG auf wirtschaftliche Tätigkeiten schließt lediglich noch Unternehmen aus, die ausschließlich gemeinnützige, karitative, wissenschaftliche, künstlerische oder sonstige ideelle Zwecke verfolgen.“* und Zimmermann, a. a. O.: *„Im Übrigen werden nur noch solche Unternehmen nicht mehr vom AÜG erfasst, die ausschließlich gemeinnützige, karitative, künstlerische oder sonstige ideellen Zwecke verfolgen (Hamann, NZA 2011, 70, 71).“*

¹² Das wurde im Gesetzgebungsverfahren von den Wohlfahrtsverbänden, aber auch von der Bundesvereinigung Deutscher Arbeitgeberverbände kritisiert. Der Bundesrat hatte in seiner Stellungnahme vom 11.02.2011 einen Änderungsantrag eingebracht, mit dem eine Ausnahmeregelung für gemeinnützige Einrichtungen in das AÜG eingefügt werden sollte. Die Bundesregierung hat das in ihrer Gegenäußerung zu Recht abgelehnt. Denn die Leiharbeitsrichtlinie lässt dem nationalen Gesetzgeber hier keinerlei Spielraum. Der Rat der EU hatte im Rechtssetzungsverfahren eine unter anderem von Deutschland vorgeschlagene Ausnahmeregelung mit der Begründung abgelehnt, es wäre *„falsch, den Mitgliedstaaten zu gestatten, bestimmte Unternehmen von dem Grundsatz der Gleichbehandlung auszunehmen“*.

¹³ Eine solche Ausnahme sieht Hamann, RdA 2011, 321, 323, wenn der (Leih-)Arbeitsvertrag im Rahmen eines spezifischen öffentlichen oder von öffentlichen Stellen geförderten beruflichen Ausbildungs-, Eingliederungs- und Umschulungsprogramms geschlossen worden ist: *„An dem für eine wirtschaftliche Tätigkeit im unionsrechtlichen Sinn vorausgesetzten Marktbezug wird es fehlen, wenn kein Markt existiert, wenn also nur künstlich eine Nachfrage geschaffen wird. Das betrifft etwa Beschäftigungsprogramme der Bundesagentur für Arbeit. Als Nische für eine erlaubnisfreie Arbeitnehmerüberlassung bleiben außerdem Einrichtungen mit ausschließlich sozialem, kulturellem, künstlerischem, sportlichem oder sonstigem ideellen Engagement oder solche, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt tätig sind.“*

¹⁴ vgl. KAV Bayern, Rundschreiben A 8/2011, S. 13

¹⁵ vgl. KAV Bayern, Rundschreiben A 8/2011, S. 14

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass eine Erlaubnispflicht unabhängig von der tarifvertraglichen Einstufung der Arbeitnehmerüberlassung als Abordnung, Zuweisung bzw. Personalge-
stellung bestehen bleibt.¹⁶

3 Untersagung der dauerhaften Überlassung

Durch die Gesetzesänderung wird ein neuer § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG eingefügt, wonach die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher nur „vorübergehend“ erfolgt. Die Einführung dieses Zusatzes soll das deutsche Modell der Arbeitnehmerüberlassung an die europarechtlichen Vorgaben anpassen, weil auch Art. 3 Abs. 1 lit. e der Leiharbeitsrichtlinie die Überlassung von Arbeitnehmern als „vorübergehend“ definiert. Der Gesetzgeber beabsichtigt mit der Gesetzesänderung, so Zimmermann, „den dauerhaften Entleih und damit eine Substitution von Stammarbeitnehmern durch Leiharbeitnehmer zu vermeiden“¹⁷; eine Höchstüberlassungsdauer wurde durch die Gesetzesänderung nicht eingeführt. Unklar bleibt damit aber, was vorübergehend heißt, sodass die diesbezügliche arbeitsgerichtliche Rechtsprechung abzuwarten bleibt. Die Gesetzesbegründung verlangt nur, dass „die Überlassung an den jeweiligen Verleiher im Verhältnis zum Arbeitsvertragsverhältnis zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer vorübergehend ist.“

„Der Gesetzgeber wollte ausweislich der Gesetzesbegründung in Kenntnis auch der Praxis, etwa aus Anlass der Ausgründung kommunaler Einrichtungen und der Überlassung der bislang in dieser Einrichtung tätigen Arbeitnehmer an den neuen Eigentümer, ausdrücklich nur klarstellend tätig werden.“¹⁸ Weiterhin, so der KAV Bayern, liege eine vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung daher schon immer dann vor, wenn die Arbeitnehmerüberlassung nicht endgültig sei, sondern vom Entleiher beendet werden könne und der Verleiher dann wieder vollumfänglich das Arbeitgeberisiko trage. Die Frage, ob der Leiharbeitnehmer beim Entleiher mit zeitlich befristet oder unbefristet anfallenden Aufgaben beschäftigt sei, soll nicht entscheidend sein. Als Beispiele für vorübergehende Überlassung nennt der Referentenentwurf zur Neufassung des AÜG Urlaubs- und Krankheitsvertretungen oder die Durchführung eines besonderen Projekts oder Auftrags.

Noch ist unklar, ob die Rechtsprechung die weite Auslegung des Begriffs der „vorübergehenden Überlassung“ zur alten Fassung des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG beibehalten wird. Knüpft man an die bisherige Rechtsprechung des BAG an, ist der „vorübergehende“ Charakter durch eine „Gesamtschau der Umstände“ festzustellen. Eine Bewertung als „vorübergehend“ scheidet danach aus, wenn die Gesamtwürdigung ergibt, dass sich der Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses vom Verleiher zum Entleiher verlagert hat. Ein gewichtiges Indiz dafür ist die Betreuung mit Daueraufgaben.¹⁹ Folgt man dem, scheint eine „vorübergehende“ Überlassung auch bei einer Gesamtdauer von mehreren Jahren, gegebenenfalls auf der Grundlage einer befristeten Verlängerung, nicht unbedingt ausgeschlossen.²⁰ Maßgebend ist danach, ob der Arbeitnehmer nach den zugrunde liegenden Vereinbarungen in sein ursprüngliches Unternehmen zurückkehren soll oder ob er endgültig aus dem Unternehmen ausscheidet.

¹⁶ vgl. KAV Bayern, Rundschreiben A 8/2011, S. 14

¹⁷ vgl. Zimmermann, a. a. O.

¹⁸ vgl. KAV Bayern, Rundschreiben A 8/2011, S. 14

¹⁹ vgl. BAG, Urteil vom 21.03.1990 – 7 AZR 198/89 bzw. BAG, Urteil vom 05.05.1988 – 2 AZR 795/87

²⁰ vgl. BAG, Beschluss vom 10.03.2004 – 7 ABR 49/03

Wenn in der Vergangenheit bestimmte Tätigkeiten von einer Muttergesellschaft auf ihre Tochtergesellschaft übertragen wurden (z. B. Wäscherei oder Reinigung in Krankenhäusern), das für die Aufgabenerfüllung erforderliche Personal jedoch nicht auf die Tochtergesellschaft übertragen, sondern von der Muttergesellschaft dieser nur dauerhaft überlassen wurde, stellt sich die Frage, ob diese dauerhafte Überlassung des Personals von der Muttergesellschaft an die Tochtergesellschaft zukünftig noch möglich ist. Diese Frage wurde bislang kontrovers diskutiert. Während die Deutsche Krankenhausgesellschaft noch bei ihrer Fachausschusssitzung „Recht und Verträge“ am 01.09.2011 davon ausging, dass dies zukünftig nicht mehr möglich sein soll, wenn nicht das Konzernprivileg nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG²¹ greife,²² bestätigte die Bundesagentur für Arbeit in einem Schreiben vom November 2011 gegenüber der Deutschen Krankenhausgesellschaft²³, dass jede Arbeitnehmerüberlassung vorübergehend sei, da der Bestand des Arbeitsverhältnisses zwischen dem überlassenen Arbeitnehmer und dem Verleiher unabhängig vom Bestand des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags sei. Der Begriff „vorübergehend“ im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG n. F. sei so auszulegen, dass mit Ende der Arbeitnehmerüberlassung nicht automatisch das Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und überlassenem Arbeitnehmer ende, sodass die Arbeitnehmerüberlassung nur als vorübergehend anzusehen sei.²⁴

Für den Fall, dass die Arbeitnehmerüberlassung nicht nur vorübergehend, sondern dauerhaft erfolgt, sehen weder die Leiharbeitsrichtlinie noch das AÜG bestimmte Sanktionen vor; ein Verstoß stellt weder einen Grund für eine Versagung oder Widerruf der Erlaubnis dar noch ist er als Ordnungswidrigkeit sanktioniert.²⁵ Jedoch soll dem Betriebsrat des Entleihers bei einer auf Dauer angelegten Arbeitnehmerüberlassung ein Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) zustehen.²⁶

²¹ siehe dazu nachfolgend Abschnitt 4

²² vgl. Deutsche Krankenhausgesellschaft, Vorlage vom 16.08.2011 für die 68. Sitzung des Fachausschusses „Recht und Verträge“ am 01.09.2011 in Berlin, S. 2

²³ Schreiben der Bundesagentur für Arbeit vom November 2011, SP III 32 – 7160.1: *„Die Einfügung des Satzes 2 in § 1 Absatz 1 AÜG dient nach der Gesetzesbegründung der Klarstellung, dass das deutsche Modell der Arbeitnehmerüberlassung den europäischen Vorgaben entspricht (BT-Drs. 17/4804 Seite 8). Nach der EU-Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG ist es ein Wesensmerkmal der Arbeitnehmerüberlassung, dass die Arbeitnehmerüberlassung immer vorübergehend erfolgt. Das AÜG regelt ein auf vorübergehende Überlassung angelegtes Modell der Arbeitnehmerüberlassung. Dies war auch schon vor der Gesetzesänderung zum 1.12.2011 im nationalen Recht so.“*

²⁴ Vgl. auch KAV Bayern, Rundschreiben A 11/2011, S. 10 und insbesondere BKG-Mitteilungen 19/2011 vom 12.12.2011 unter Hinweis auf das Schreiben der Bundesagentur für Arbeit vom November 2011. Damit könne, so die BKG, die bisher geübte Praxis der unbefristeten Personalgestellung von Mitarbeitern, die bei einem Krankenhaus angestellt sind, an ausgegründete Servicegesellschaften auch nach Inkrafttreten des geänderten AÜG am 01.12.2011 nicht am Merkmal der nur vorübergehend zulässigen Arbeitnehmerüberlassung scheitern, bedürfe aber einer entsprechenden Erlaubnis.

²⁵ vgl. Raif, GWR 2011, a. a. O.; Zimmermann, a. a. O.

²⁶ vgl. Zimmermann, a. a. O.; Zimmermann, Konzernverleih wird komplizierter, Personalmagazin 2011, 24; Hamann, RdA 2011, 321, 327: *„Ein Zustimmungsverweigerungsrecht besteht nach der Nr. 1 des § 99 Abs. 2 BetrVG insbesondere, wenn der Einsatz als solcher gesetzwidrig ist, wenn also die Maßnahme nach dem Zweck der verletzen Norm ganz unterbleiben muss.“*

4 Konzernprivileg

Die Ausweitung des AÜG auf wirtschaftliche Tätigkeiten hat auch auf die „in Mode“ gekommenen konzerninternen Verleihunternehmen praktische Auswirkungen. Nach der bisherigen Gesetzesfassung fand das AÜG auf eine Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen im Sinne des § 18 AktG²⁷ keine Anwendung, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend bei einer anderen Konzerngesellschaft leistet. Stellte eine Konzerngesellschaft dazu Leiharbeiter anderen konzernangehörigen Unternehmen „zum Selbstkostenpreis“ zur Verfügung, hatte das BAG hierzu bislang einen recht großzügigen Kurs eingeschlagen. Für die Beurteilung der für die Gewerbsmäßigkeit entscheidenden Gewinnerzielungsabsicht stellte es allein auf das verleihende Konzernunternehmen ab. Wirtschaftliche Vorteile, die durch den Vorzugstarif unmittelbar bei entleihenden Konzernunternehmen oder mittelbar bei der Konzernmutter entstanden, blieben unberücksichtigt. Nach bisheriger Auffassung des BAG betrieben sie kein Gewerbe, da ihre Tätigkeit eben nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtet war. Mangels gewerbsmäßiger Betätigung benötigten sie damit auch keine Überlassungserlaubnis und waren von den Anzeigen und Auskünften nach § 7 AÜG sowie den in § 8 AÜG vorgesehenen statistischen Meldungen befreit. Diese Rechtsprechung hat das BAG bereits im Urteil vom 09.02.2011 aufgegeben²⁸ und insoweit die zum 01.12.2011 ohnehin in Kraft getretene Änderung der Rechtslage vorweggenommen. Die konzerninternen Verleihunternehmen üben selbst dann, wenn sie keinen eigenen Gewinn anstreben, eine wirtschaftliche Tätigkeit aus.²⁹

Da die Neufassung des AÜG jede Überlassung im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit einem Erlaubnisvorbehalt unterstellt, kann das Merkmal der „vorübergehenden“ Beschäftigung zukünftig kein Abgrenzungsmerkmal mehr sein. Das Kriterium der „vorübergehenden“ Überlassung an Konzernunternehmen wurde deshalb gestrichen. Die Ergänzung des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG n. F. stellt nunmehr klar, dass die Erlaubnispflicht zwischen Konzernunternehmen³⁰ zukünftig nur entfällt, wenn der Arbeitnehmer gerade nicht zum Zwecke dieser Überlassung eingestellt und beschäftigt wird.

Die Privilegierung des Konzernverleihs der Arbeitnehmerüberlassung durch konzernangehörige Verleihunternehmen findet keine Anwendung, wenn deren Zweck die Einstellung und Überlassung von Personal ist.³¹ Unklar ist aber, ob damit für das Konzernprivileg zukünftig erforderlich ist, dass der Arbeitnehmer überhaupt nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt

²⁷ § 18 Aktiengesetz (AktG) lautet: „(1) Sind ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen. Unternehmen, zwischen denen ein Beherrschungsvertrag (§ 291) besteht oder von denen das eine in das andere eingegliedert ist (§ 319), sind als unter einheitlicher Leitung zusammengefasst anzusehen. Von einem abhängigen Unternehmen wird vermutet, dass es mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet. [Unterordnungskonzern] (2) Sind rechtlich selbständige Unternehmen, ohne dass ein Unternehmen von dem anderen abhängig ist, unter einheitlicher Leitung zusammengefasst, so bilden sie auch einen Konzern, die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen. [Gleichordnungskonzern]“

²⁸ BAG, Urteil vom 09.02.2011 – 7 AZR 32/10, NZA 2011, 791 ff.

²⁹ vgl. Hamann, RdA 2011, 321, 324

³⁰ vgl. GA AÜG, Anm. 1.3.2 (1), (2) und (10), wonach nicht nur verbundene AGs, sondern auch verbundene GmbHs und die Träger öffentlich-rechtlicher Aufgaben von der Definition des Konzernunternehmens im Sinne von § 18 AktG erfasst sind. Vgl. auch KAV Bayern, Rundschreiben A 11/2011, S. 11: „Konkretere Aussagen zur Anwendung des Konzernrechtes bei der Beteiligung von kommunalen Gebietskörperschaften finden sich in der Geschäfts-anweisung nicht. Insbesondere die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine kommunale Gebietskörperschaft die geforderte Unternehmenseigenschaft aufweist, wird nicht beantwortet.“

³¹ vgl. GA AÜG, Anm. 1.3.2 (8); BKG-Mitteilungen 10/2011 vom 01.07.2011; Hamann, RdA 2011, 321, 332

und beschäftigt wird. Dies dürfte, so Raif, zu weit gehen. Es sollte für das Konzernprivileg vielmehr ausreichend sein, wenn ein Arbeitnehmer nicht ausschließlich zum Zwecke der Überlassung eingestellt wird, sondern zumindest auch zeitweise beim überlassenen Unternehmen selbst arbeitet.^{32, 33} Folgt man dieser Auslegung, besteht dann aber die Gefahr einer Umgehung, wenn z. B. das Arbeitsverhältnis eines Arbeitnehmers beendet und ein neues mit einer konzerninternen Verleihgesellschaft begründet wird, die einen Mischbetrieb unterhält und mit dem Arbeitnehmer vereinbart, dass dieser nicht ausschließlich zum Zweck der Überlassung eingestellt wird, sondern sowohl bei der konzerninternen Verleihgesellschaft selbst eingesetzt als auch als Leiharbeiter an konzerninterne oder externe Unternehmen zur Arbeitsleistung überlassen werden kann. In einer solchen Konstellation gilt das Konzernprivileg, sodass das AÜG keine Anwendung findet.³⁴

5 Gelegentliche Arbeitnehmerüberlassung

Neben dem Konzernprivileg hat die Gesetzesreform einen weiteren Ausnahmetatbestand geschaffen, der in der Praxis noch Bedeutung erlangen könnte. Gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 2 a AÜG n. F. soll das AÜG auch dann nicht anwendbar sein, wenn die Arbeitnehmerüberlassung nur „gelegentlich“ erfolgt und der Arbeitnehmer nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird. Voraussetzung für die Nichtanwendung des AÜG ist damit nicht zwingend eine Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen; vielmehr kann die Arbeitnehmerüberlassung auch zwischen nicht verbundenen Unternehmen erfolgen. Wegen des Ausnahmecharakters der Vorschrift müssen für ihre Anwendung strenge Anforderungen gestellt werden.³⁵ Eine lediglich gelegentliche Arbeitnehmerüberlassung setzt daher voraus, dass das überlassende Unternehmen den Arbeitnehmer nur ausnahmsweise und auch nicht immer wieder denselben Arbeitnehmer an denselben Entleiher zur Arbeitsleistung überlässt. Nach der Gesetzesbegründung sollen nur spontane Überlassungsfälle ausgeklammert werden, z. B. der Fremdeinsatz aufgrund eines kurzfristigen Spitzenbedarfs eines anderen Unternehmens.³⁶ Auch nach Auffassung des KAV Bayern soll eine nur gelegentliche Arbeitnehmerüberlassung „dann nicht mehr vorliegen, wenn die Überlassung von Arbeitnehmern zum ‚Geschäftsmodell‘ des Arbeitgebers gehört, also (einzelne) Arbeitnehmer immer wieder an denselben oder andere Arbeitgeber überlassen werden.“³⁷

³² vgl. Raif, a. a. O.: „Davon werden insbesondere Fälle wie derjenige erfasst, dass ein Arbeitnehmer aufgrund einer Konzernversetzungsklausel ebenso in anderen Konzernunternehmen eingesetzt werden kann.“

³³ vgl. auch Deutsche Krankenhausgesellschaft, Vorlage vom 16.08.2011 für die 68. Sitzung des Fachausschusses „Recht und Verträge“ am 01.09.2011 in Berlin, S. 3: „Typischer Fall ist somit der Ausgleich von Belastungsspitzen oder vorübergehendem Arbeitskräftebedarf bei einzelnen Konzernunternehmen.“

³⁴ Lembke, DB 2011, 414, 419

³⁵ vgl. Zimmermann, ArbRAktuell 2011, a. a. O.; Raif, a. a. O.

³⁶ vgl. Zimmermann, a. a. O.; Raif, a. a. O.

³⁷ vgl. KAV Bayern, Rundschreiben A 8/2011, S. 16

6 Gleichbehandlungsgrundsatz

Grundsätzlich gilt für Leiharbeitnehmer der Gleichbehandlungsgrundsatz. Das bedeutet, dass dem Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an den Entleiher die wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren sind, die im Betrieb dieses Entleihers gelten.³⁸ Dementsprechend sehen § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2 AÜG vor, dass Leiharbeitnehmer gegenüber dem Verleiher einen Anspruch auf dieselbe Bezahlung wie die mit ihnen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers haben („Equal-Pay“-Grundsatz). Bei einem Verstoß gegen diese Maßgabe kann der Leiharbeitnehmer vom Verleiher die Bezahlung des vergleichbaren Arbeitnehmers des Entleihers verlangen (§ 10 Abs. 4 AÜG). Die bisher geltende gesetzliche Ausnahme, wonach Arbeitslose, die erstmals als Leiharbeitnehmer eingestellt werden und denen der Verleiher für die Dauer von höchstens sechs Wochen ein Nettoarbeitsentgelt in Höhe des zuletzt bezogenen Arbeitslosengeldes gewährt, wurde ersatzlos gestrichen. Zukünftig kommt damit der „Equal-Pay“-Grundsatz auch für zuvor arbeitslose Leiharbeitnehmer schon ab Beginn der Überlassung voll zum Tragen. Die bisherige Regelung war nach Auffassung des Gesetzgebers mit der Leiharbeitsrichtlinie nicht vereinbar, weil nach deren Art. 1 Abs. 3 nur Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgrundsatz im Rahmen eines öffentlichen oder von öffentlichen Stellen geförderten beruflichen Ausbildungs-, Eingliederungs- und Umschulungsprogramms gelten dürfen.³⁹

6.1 Drehtürklausel

Neben der Erweiterung der Erlaubnispflicht ist die so genannte Drehtürklausel ein weiteres Kernstück der Reform. Damit soll unterbunden werden, dass Arbeitnehmer trotz unverändertem Beschäftigungsbedarfs ihr Arbeitsverhältnis verlieren und danach als Leiharbeitnehmer eines externen oder konzerngebundenen Verleihunternehmens auf den vormaligen Arbeitsplatz zurückkehren, um dort die gleiche Arbeit zu deutlich schlechteren Arbeitsbedingungen zu verrichten.⁴⁰ Das Gleichstellungsgebot gilt nach der Neuregelung in § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 4 AÜG zwingend für alle Fälle, in denen ein Leiharbeitnehmer in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung aus einem Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher oder einem anderen konzernangehörigen Arbeitgeber⁴¹ ausgeschieden ist.

Zwar ist auch nach der Gesetzesreform eine niedrigere Entlohnung von Leiharbeitern gegenüber der Stammbesellschaft des Entleihers zulässig, wenn dies gemäß § 9 Nr. 2, 2. Halbsatz AÜG ein Tarifvertrag selbst vorsieht oder es zulässt, dass in Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz derartige Regelungen in Betriebsvereinbarungen oder Arbeitsverträgen getrof-

³⁸ vgl. Raif, a. a. O.: „Wesentliches Anliegen der Leiharbeitsrichtlinie ist die Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern mit der Stammbesellschaft des Entleihers. Gemäß Art. 5 Abs. 1 haben die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeitnehmer während der Dauer ihrer Überlassung mindestens denjenigen zu entsprechen, welche für sie gelten würden, wenn sie von dem Entleiher direkt für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wären. Es soll verhindert werden, dass durch den Einsatz von Leiharbeitnehmern das Lohnniveau beim Entleiher gedrückt werden kann.“

³⁹ vgl. Hamann, RdA 2011, 327; Zimmermann, a. a. O.; Raif, a. a. O.

⁴⁰ vgl. Hamann, RdA 2011, 328

⁴¹ Vormaliger Arbeitgeber und nachfolgender Entleiher müssen nicht identisch sein, sondern nur demselben Konzern angehören. Das zwischengeschaltete Leiharbeitsunternehmen muss dagegen nicht dem Konzern angehören. Es spielt auch keine Rolle, auf welchem Arbeitsplatz der ausgeschiedene Arbeitnehmer als Leiharbeitnehmer bei dem vormaligen Arbeitgeber bzw. einem anderen konzernangehörigen Entleiher eingesetzt wird.

fen werden. Dieser Ausnahmetatbestand ist aber mit Vorsicht zu genießen, weil auch eine solche abweichende tarifliche Regelung nach § 9 Nr. 2, 4. Halbsatz AÜG⁴² dann nicht gilt, wenn der Leiharbeitnehmer innerhalb der letzten sechs Monate vor der Überlassung an den Entleiher aus einem Arbeitsverhältnis bei diesem oder bei einem konzernverbundenen Arbeitgeber ausgeschieden ist.

Durch die beschriebene Drehtürklausel soll unterbunden werden, dass, wie in der Vergangenheit zu beobachten, festangestellte Arbeitnehmer gekündigt, in Verleihunternehmen gedrängt und sodann zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen wieder eingesetzt werden. Im Falle eines Verstoßes ist eine Vereinbarung, *„die für den Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher schlechtere als die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts vorsehen“*, nach § 9 Nr. 2 AÜG unwirksam. Der Verleiher ist nach § 10 Abs. 4 Satz 4 AÜG verpflichtet, *„dem Leiharbeitnehmer die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren.“* Die frühere Vergütungsregelung aus der Zeit als festangestellter Arbeitnehmer gilt also weiter.

Der Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz ist auch eine Ordnungswidrigkeit nach § 16 Abs. 1 Nr. 7 a AÜG und kann mit einem Bußgeld bis zu 500.000 € belegt werden. Auch einmalige oder geringfügige Verstöße, die eine Nichtverlängerung oder den Widerruf der Überlassungserlaubnis als unverhältnismäßig erscheinen ließen, können nun sanktioniert werden.

Nach einer Auffassung in der Literatur⁴³ soll dennoch eine Hintertür für einen Missbrauch durch Verleiher und Entleiher bestehen: Die „Drehtürklausel“ kommt nämlich nur zur Anwendung, wenn das Arbeitsverhältnis zum Entleiher oder anderen Konzernunternehmen in den letzten sechs Monaten zuvor auch tatsächlich beendet worden ist. Sie soll aber nicht gelten, wenn dieses Arbeitsverhältnis noch fortbesteht, z. B. weil es lediglich für die Zeit der Überlassung ruhend gestellt worden ist.

6.2 Abweichungen durch Tarifvertrag

Abweichungen vom „Equal Pay“ können für Zeitarbeitsunternehmen durch einen Tarifvertrag dann wirksam vereinbart werden, wenn die jeweilige Gewerkschaft als Vertragspartner hierzu befugt ist. Viele Tarifverträge der Zeitarbeitsbranche wurden auf Arbeitnehmerseite von der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) vereinbart, die durch den Beschluss des BAG vom 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 für tarifunfähig erklärt wurde. Als Folge dieser Entscheidung ist die CGZP keine Spitzenorganisation im Sinne von § 2 Abs. 3 Tarifvertragsgesetz (TVG) mehr, die in eigenem Namen Tarifverträge abschließen kann.

Damit sollen alle mit der CGZP geschlossenen Tarifverträge, also auch die für die Zeitarbeitsbranche, von Anfang an unwirksam sein und die Leiharbeitnehmer müssen wegen des „Equal-Pay“-Grundsatzes genauso bezahlt werden wie die Stammbeslegschaft des Betriebs, in dem sie eingesetzt werden. Unklar ist gegenwärtig aber noch, ob die Leiharbeitgeber, die die unwirksamen CGZP-Tarifverträge angewendet haben oder noch anwenden, verpflichtet sind, auf Grundlage des „Equal-Pay“-Anspruchs ihren Beschäftigten die Löhne und Gehälter entspre-

⁴² § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 4 AÜG und § 9 Nr. 2, 4. Halbsatz AÜG treffen insoweit wortgleiche Regelungen.

⁴³ Raif, a. a. O.; Lembke, a. a. O.

chend nachzuzahlen. Jedoch soll die Entscheidung des BAG nach überwiegender Auffassung zunächst nur Auswirkungen für die Zukunft, nicht jedoch für die Vergangenheit haben.⁴⁴ Von dieser Rechtslage ausgehend hat das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg durch (nicht rechtskräftigen) Beschluss vom 21.06.2011⁴⁵ ein Verfahren, in dem ein ehemaliger Leiharbeiter gegen den Verleiher auf Zahlung des Lohns vergleichbarer Arbeitnehmer des Entleihers nach dem Lohn- und Gehaltsrahmentarifvertrag für das Schreinerhandwerk in Baden-Württemberg ab 01.01.2007 klagt, ausgesetzt und ausdrücklich betont, dass das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 14.12.2010 die Tarifunfähigkeit der CGZP nicht rückwirkend geklärt habe. Das BAG habe lediglich festgestellt, dass die CGZP gegenwartsbezogen tarifunfähig ist. Auf das Urteil vom 14.12.2010 könnten rückwirkende Entgeltansprüche somit nicht gestützt werden.⁴⁶

7 Informationspflicht über freie Arbeitsplätze

Art. 6 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie sieht vor, dass Leiharbeiter über die im entleihenden Unternehmen offenen Stellen unterrichtet werden, damit die Leiharbeiter die gleichen Chancen auf einen unbefristeten Arbeitsplatz beim Entleiher haben, wie die übrigen Arbeitnehmer des Unternehmens. Zur Umsetzung der Richtlinie und zur Verfolgung dieser Ziele hat der deutsche Gesetzgeber § 13 a AÜG eingefügt und dort die Verpflichtung des Entleihers festgeschrieben, im Betrieb beschäftigte Leiharbeiter über offene Arbeitsplätze im Unternehmen zu unterrichten. Zielsetzung der Vorschrift ist die Unterstützung der Übernahme von Leiharbeitern in die Stammbesetzung des Entleihers und die Begründung eines dauerhaften Arbeitsverhältnisses.⁴⁷

⁴⁴ Die Entscheidung des BAG gilt nach dem Wortlaut der Entscheidungsgründe ausdrücklich nicht für die Vergangenheit. Solange die fehlende Tariffähigkeit der Gewerkschaft nicht auch für die Vergangenheit in einem Beschlussverfahren nach § 2 a Abs. 1 Nr. 4 Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) durch ein Arbeitsgericht festgestellt worden ist, sind Arbeitnehmer und Arbeitgeber an den Tarifvertrag gebunden. Die Arbeitsgerichte müssen das Verfahren, wenn die Entscheidung eines Rechtsstreits davon abhängt, ob eine Vereinigung tariffähig ist, bis zur Erledigung des Beschlussverfahrens nach § 2 a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG aussetzen. Solange die fehlende Tariffähigkeit einer Vereinigung für den fraglichen Zeitraum nicht festgestellt wird, bleibt es bei der Bindung an den Tarifvertrag.

⁴⁵ Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg, Beschluss vom 21.06.2011 – 11 Ta 10/11:

„1. Die Aussetzung des Rechtsstreits nach § 97 Abs. 5 S. 1 ArbGG ist allerdings nur dann geboten, wenn die Frage der Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit zweifelhaft ist. Dies ist dann der Fall, wenn entweder die Tariffähigkeit der Gewerkschaft streitig ist oder aber, wenn gegen diese Bedenken bestehen, wobei allgemein bekannt gewordene Bedenken zu berücksichtigen und vom Arbeitsgericht aufzugreifen sind. Eine Aussetzung kommt trotz bestehender Zweifel jedoch dann nicht in Betracht, wenn über die Frage der Tariffähigkeit bzw. Tarifzuständigkeit bereits rechtskräftig entschieden und dieser Beschluss noch immer bindend ist.

2. Ist die Frage der Tariffähigkeit aber zwischen den Parteien des auszusetzenden Rechtsstreits streitig, kommt es für die Aussetzungsentscheidung nicht darauf an, ob das aussetzende Gericht wegen allgemein bekannt gewordener Bedenken auch selbst solche hegt. Die Aussetzung kann nur dann unterbleiben, wenn über die Frage der Tariffähigkeit bzw. Tarifzuständigkeit bereits rechtskräftig entschieden und dieser Beschluss noch immer bindend ist.

3. Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner Entscheidung vom 14.12.2010 - 1 ABR 19/10 zwar festgestellt, dass die CGZP nicht tariffähig ist, es hat diese Feststellung jedoch ausdrücklich gegenwartsbezogen getroffen.“

⁴⁶ vgl. dazu HEGA 05/11 - 03 zu den sozialversicherungsrechtlichen Folgen von BAG, Urteil vom 14.12.2010 zur Tarifunfähigkeit der CGZP

⁴⁷ vgl. Zimmermann, ArbRAktuell 2011, 264; Schindele, ArbRAktuell 2011, 577

Der Auskunftsanspruch ist unbeschränkt und bezieht sich auf sämtliche offenen Stellen im Unternehmen. Wichtig ist, dass der Auskunftsanspruch sich auf sämtliche offene Stellen im Einsatzunternehmen bezieht. Wenn dieses mehrere Betriebe hat, erstreckt sich der Anspruch auf alle Betriebe des Entleihers und ist nicht auf den Einsatzbetrieb beschränkt.⁴⁸ Somit muss der Entleiher die Leiharbeitnehmer über alle zu besetzenden Arbeitsplätze im Unternehmen informieren. Die Vorschrift erfasst befristete und unbefristete Stellen, Teilzeit- und Vollzeitstellen, neu geschaffene oder bereits vorhandene, aber neu zu besetzende Arbeitsplätze.⁴⁹ Es ist nicht von Bedeutung, ob der Leiharbeitnehmer für die offene Stelle geeignet ist oder nicht.

§ 13 a AÜG begründet für den Leiharbeitnehmer einen selbstständig einklagbaren Auskunftsanspruch, der vom Entleiher durch Bekanntgabe der offenen Stellen an geeigneter, dem Leiharbeitnehmer zugänglicher Stelle erfüllt werden kann. Dies kann beispielsweise durch die Mitteilung am schwarzen Brett, im Intranet oder in einer Betriebs- oder Mitarbeiterzeitung erfolgen,⁵⁰ während eine bloße Auslegung im Personalbüro nicht genügt.⁵¹ Dabei sind Absprachen mit dem Betriebs- oder Gesamtbetriebsrat, wie offene Stellen im Unternehmen bekannt zu geben sind, zu beachten. Da § 13 a AÜG zum erforderlichen Inhalt der Unterrichtung keine Aussage trifft, ist § 93 BetrVG heranzuziehen.⁵² Danach muss aus der Information hervorgehen, um welchen Arbeitsplatz es sich handelt und welche qualifikatorischen Anforderungen der Bewerber erfüllen muss. Außerdem müssen Informationen zur Vergütung und zum Zeitpunkt, ab dem die Stelle zu besetzen ist, mitgeteilt werden.⁵³

Verletzt das Einsatzunternehmen die Informationspflicht dadurch, dass es den Leiharbeitnehmer pflichtwidrig nicht, nicht hinreichend oder nicht rechtzeitig vor einer personellen Maßnahme informiert, können aus der Pflichtverletzung Schadensersatzansprüche des Leiharbeitnehmers gemäß § 280 Abs. 1 BGB entstehen; der Leiharbeitnehmer ist dann wirtschaftlich so zu stellen, wie er stünde, hätte der Entleiher die Informationspflicht ordnungsgemäß erfüllt. Ob dem Leiharbeitnehmer allerdings der Kausalitätsnachweis zwischen Verletzung der Unterrichtungspflicht und Nichtbegründung eines Arbeitsverhältnisses gelingt, ist äußerst fraglich. Ein Einstellungsanspruch des Leiharbeitnehmers entsteht dagegen aus der Pflichtverletzung nicht.⁵⁴ Neben diesen zivilrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten stellt ein Verstoß gegen die Vorschrift eine Ordnungswidrigkeit dar, die mit einer Geldbuße bis zu 2.500 € geahndet werden kann (§ 16 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 2 AÜG).

§ 13 a AÜG ist eine zwingende Schutznorm zu Gunsten der Leiharbeitnehmer. Der Informationsanspruch des Leiharbeitnehmers kann daher weder durch Individual- noch durch Kollektivvereinbarung wirksam ausgehöhlt oder abbedungen werden,⁵⁵ sodass auch Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträge, die gegen § 13 a AÜG verstoßen, wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB unwirksam sind.⁵⁶ Für den Fall der unterlassenen Information kann der Betriebsrat des entleihenden Betriebs im Verfahren nach § 99 BetrVG die

⁴⁸ vgl. Raif, a. a. O.

⁴⁹ vgl. KAV Bayern, Rundschreiben A 8/2011, S. 17

⁵⁰ vgl. Raif, a. a. O.

⁵¹ vgl. Zimmermann, a. a. O.

⁵² vgl. Zimmermann, a. a. O.; Schindele, a. a. O.

⁵³ vgl. Schindele, a. a. O.

⁵⁴ vgl. Zimmermann, a. a. O.; Hamann, RdA 2011, 321, 335

⁵⁵ vgl. Hamann, RdA 2011, 321, 336

⁵⁶ vgl. Lembke, DB 2011, 414, 418; Schindele, a. a. O.

Zustimmung zu einer Einstellung bzw. Versetzung nach § 99 Abs. 2 Nrn. 1 und 3 BetrVG verweigern.⁵⁷

8 Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen

Nach § 13 b AÜG sollen Leiharbeitnehmer beim Entleiher Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten unter den gleichen Bedingungen haben wie die unmittelbar vom Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer. Der Begriff der Gemeinschaftseinrichtungen und -dienste wird dabei nicht definiert; Rechtsprechung hierzu gibt es bisher noch nicht. Im Gesetz selbst sind beispielhaft Kinderbetreuungseinrichtungen, Gemeinschaftsverpflegung und Beförderungsmittel aufgeführt. Daneben können z. B. betriebliche Erholungsheime, Sportanlagen, Werkmietwohnungen, Parkplätze, Kantinen, Kindergärten/Kindertagesstätten sowie Fahrdienste zum Transport von Arbeitnehmern oder betriebseigene Tankstellen zum verbilligten Bezug von Benzin sowie Einrichtungen zum verbilligten Personalkauf, nicht aber Geldleistungen wie Leistungen der betrieblichen Altersversorgung, Essenszuschuss, Fahrtkostenzuschuss, Mietkostenzuschuss oder Gutscheine wie Essensgutscheine, Tankgutscheine usw. in Betracht kommen.⁵⁸ Ergänzend sei für die Praxis darauf hingewiesen, dass es die steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Folgen der Zugangsgewährung zu beachten gilt, weil diese einen geldwerten Vorteil darstellen können.

Der Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen und/oder -diensten ist dem Leiharbeitnehmer vom Entleiher unter den gleichen Bedingungen zu gewähren wie den vergleichbaren Arbeitnehmern im Einsatzbetrieb. Eine unterschiedliche Behandlung muss aus sachlichen Gründen gerechtfertigt sein; daran fehlt es beispielsweise bei einer Benutzungsregelung für einen Betriebskindergarten, die Arbeitnehmer ausschließt, die voraussichtlich nicht länger als ein Jahr im Betrieb tätig sein werden, weil hier vom Ausschluss vor allem Leiharbeitnehmer betroffen wären, da die Mehrzahl der Leiharbeitsverhältnisse regelmäßig eine kürzere Zeit dauern.⁵⁹ Ein sachlicher Grund könnte dann vorliegen, wenn ein für die individuelle Einsatzdauer unverhältnismäßig hoher Organisations- und Verwaltungsaufwand anfallen würde.

Der Zugangsanspruch ist für den Arbeitnehmer einklagbar. Erfüllt der Entleiher den Zugangsanspruch nicht, hat der Leiharbeitnehmer gegebenenfalls einen Schadensersatzanspruch, beispielsweise wenn Leiharbeitnehmern der Zugang zur Kantine verwehrt wird und sie deshalb außerhalb des Betriebs auf eine teurere Verpflegung zurückgreifen mussten.⁶⁰ Außerdem stellt der Verstoß eine Ordnungswidrigkeit dar, die nach § 16 Abs. 1 Nr. 10 AÜG mit einem Bußgeld von bis zu 2.500 € geahndet werden kann.

Wie für die Informationspflicht nach § 13 a AÜG gilt auch für das Zugangsrecht nach § 13 b AÜG, dass es weder durch Tarifvertrag noch durch Betriebsvereinbarung ausgeschlossen werden kann; abweichende Vereinbarungen sind nach § 9 Nr. 2 a AÜG unwirksam.

⁵⁷ vgl. Zimmermann, a. a. O.; Schindele, a. a. O.

⁵⁸ vgl. Zimmermann, a. a. O.; Schindele, a. a. O.; Raif, a. a. O.

⁵⁹ vgl. Hamann, RdA 2011, 70, 77; Schindele, a. a. O.

⁶⁰ vgl. Raif, a. a. O.

9 Fazit

Durch die Ausweitung der Erlaubnispflicht seit dem 01.12.2011 steht die Zeitarbeitsbranche an einem Wendepunkt, weil zukünftig auch reine konzerninterne Personalservicegesellschaften vom AÜG erfasst werden und einer Verleihererlaubnis unabhängig davon bedürfen, ob sie mit Gewinnerzielungsabsicht arbeiten oder nicht. Auch der konzerninterne Verleih zum Zwecke der Kostensenkung ist dann nicht mehr attraktiv, wenn eine Vorbeschäftigung vorliegt, weil in diesem Fall Drehtürklausel und „Equal Pay“ greifen. Es bleibt abzuwarten, ob die Neuregelungen des AÜG die avisierten Wirkungen erzielen können, insbesondere, ob sie zukünftig den Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung verhindern werden. Die Reform wirft auch einige neue Fragen auf, beispielsweise zu den genauen Voraussetzungen für die Anwendung des Konzernprivilegs oder das Ausmaß einer gelegentlichen Arbeitnehmerüberlassung. Auf der anderen Seite verspricht das neue Gesetz viele vernünftige und vor allem auch notwendige Regelungen, die den Schutz der Leiharbeiter verbessern, sodass zukünftig insbesondere der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht nur auf dem Papier bestehen sollte.⁶¹

⁶¹ vgl. Raif, a. a. O.