



Mögliche Rechtsformen für Institutionen des stationären Altersbereichs im Kanton Bern

November 2008

Verfasser:

Markus Meyer, Dr. iur., Rechtsanwalt
unter Mitarbeit von Nils Graf, lic. iur.

Bracher & Partner
Advokatur und Notariat
4901 Langenthal

Tel. 062 916 50 00
Fax 062 916 50 05
www.bracherpartner.ch
markus.meyer@bracherpartner.ch

INHALTSVERZEICHNIS

0.	Vorwort: Kommentar vbb abems	2
1.	Einleitung	3
2.	Die einzelnen Gesellschaftsformen	3
2.1.	Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. OR	3
2.2.	Genossenschaft nach Art. 828 ff. OR	5
2.3.	Verein nach Art. 60 ff. ZGB.....	7
2.4.	Stiftung nach Art. 80 ff. ZGB	10
2.5.	Tabellarische Zusammenstellung	12
2.6.	Weitere mögliche Rechtsformen.....	13
3.	Steuerliche Überlegungen	13
3.1.	Einleitung	13
3.2.	Besteuerung auf Bundesebene	14
4.	Submissionsvorschriften für öffentliche Einrichtungen.....	16
4.1.	Einleitung	16
4.2.	Die heutige Situation.....	16
4.3.	Der Vorentwurf des zukünftigen Bundesgesetzes für das öffentliche Beschaffungswesen.....	18
5.	Literaturverzeichnis.....	19
5.1.	Literatur.....	19
5.2.	Nationale Gesetze und Weisungen	19
5.3.	Kantonale Gesetze und Weisungen	19

0. Vorwort: Kommentar vbb|abems

Zusammen mit der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern (GEF) arbeiten wir daran, die Finanzierung der Investitionen in Gebäude und Einrichtungen umzustellen. Verantwortlich dafür sollen die Heime selber werden, der Kanton wird bei den sogenannten öffentlichen Heimen künftig keine direkten Investitionen mehr finanzieren. Damit die notwendigen Mittel dafür erwirtschaftet werden können, müssen die Kosten für die Investitionen in die Heimtarife eingerechnet werden. Dafür wird mit der GEF eine Obergrenze für die Investitionen vereinbart, die Kostenobergrenzen werden um diesen Betrag erhöht werden.

Die Heime erhalten dadurch mehr Freiheiten, müssen aber auch mehr Verantwortung übernehmen. Damit die Trägerschaften der Heime diese zusätzliche Verantwortung auch optimal wahrnehmen können, sollten sie sich frühzeitig damit beschäftigen, welche Rechtsform dafür optimal wäre.

Vorstand und Konsultativkommission unseres Verbandes haben deshalb beschlossen, unseren Mitgliedern dazu Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Das vorliegende Papier bezweckt, Ihnen in einer Auslegeordnung die Kernelemente der wichtigsten Rechtsformen darzulegen sowie deren Vor- und Nachteile aufzuzeigen.

In Kapitel 3 werden auch steuerliche Überlegungen behandelt. Die dort dargestellten offenen Fragen zur Steuerpflicht werden wir zusammen mit der GEF und der Steuerverwaltung des Kantons Bern angehen und uns für eine optimale Lösung für unsere Heime einsetzen. Schon jetzt möchten wir jedoch auf Folgendes hinweisen: Wer auch künftig steuerbefreit bleiben oder neu befreit werden will, sollte in den Statuten unbedingt die Gemeinnützigkeit aufnehmen (siehe dazu Kapitel 3, Ziffer 3.2.4.3.).

In Kapitel 4 werden Fragen zu den Submissionsvorschriften erläutert. Wir werden uns dafür einsetzen, dass die Heime nach der Umstellung auf das neue Finanzierungsmodell den Submissionsvorschriften nicht unterliegen werden.

Bei der Beurteilung, ob ein Betrieb den Submissionsvorschriften unterstehen wird, ist im neuen Gesetz offenbar von Bedeutung, ob Behörden des Kantons und der Gemeinden eine beherrschende Rolle in der Organisation eines Betriebes einnehmen. Diesem Aspekt kann bei Besetzung der Organe der Trägerschaft schon heute Rechnung getragen werden (siehe dazu Kapitel 4, Ziffer 4.3.1.).

Wir hoffen, Ihnen mit diesem Papier eine nützliche Unterlage zur Optimierung Ihrer Strukturen zur Verfügung stellen zu können.

Peter Keller, Geschäftsführer vbb|abems

1. Einleitung

Im Folgenden werden zuerst die Eigenschaften, Möglichkeiten und Gründungsvoraussetzungen der AG, der Stiftung, der Genossenschaft und des Vereins verglichen.

Nach einer kurzen Erläuterung der anderen, hier nicht im Detail behandelten juristischen Personen werden steuerliche Fragen behandelt, gefolgt von einem kurzen Abriss über das öffentliche Beschaffungswesen (Submission).

2. Die einzelnen Gesellschaftsformen

2.1. Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. OR

2.1.1. Ziel und Zweck

Eine Aktiengesellschaft kann jeden erlaubten wirtschaftlichen oder nicht wirtschaftlichen Zweck verfolgen.

2.1.2. Eigenkapital

Mindestkapital: CHF 100'000.00

Mindesteinlage (Liberierung): CHF 50'000.00

Bei der Errichtung der Gesellschaft muss die Einlage für mindestens 20 Prozent des Nennwertes jeder Aktie geleistet sein.

2.1.3. Haftung

Für sämtliche Verbindlichkeiten der AG haftet ausschliesslich das Gesellschaftsvermögen.

Der Verwaltungsrat und die Geschäftsführung haften für Schaden, den sie absichtlich oder fahrlässig verursachen. Sie sind gegenüber der Aktiengesellschaft, den Aktionären und den Gesellschaftsgläubigern verantwortlich.

2.1.4. Errichtung

Die Errichtung erfolgt durch eine öffentliche Urkunde, die festhält, dass sämtliche Aktien gezeichnet und die getätigten Einlagen den gesetzlichen und statutarischen Erfordernissen entsprechen.

2.1.5. Eintrag ins Handelsregister

Der Eintrag ins Handelsregister ist Voraussetzung für die Erlangung der Rechtspersönlichkeit. Die Gesellschaft ist ins Handelsregister des Ortes einzutragen, an dem sie sich befindet, Zweigniederlassungen am jeweiligen Orte.

2.1.6. Revisionspflicht

Ordentlich revisionspflichtig ist die Aktiengesellschaft, wenn zwei der nachstehenden Grössen in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren überschritten werden:

- Bilanzsumme von 10 Millionen Franken
- Umsatzerlös von 20 Millionen Franken
- 50 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt

Eine eingeschränkte Revision – d.h. weniger vertieft – ist Pflicht, wenn mehr als 10 Vollzeitstellen bestehen, die obigen Voraussetzungen aber nicht erfüllt sind. Bei noch kleineren Betrieben kann die Revisionspflicht mit Zustimmung sämtlicher Aktionäre ganz wegbedungen werden.

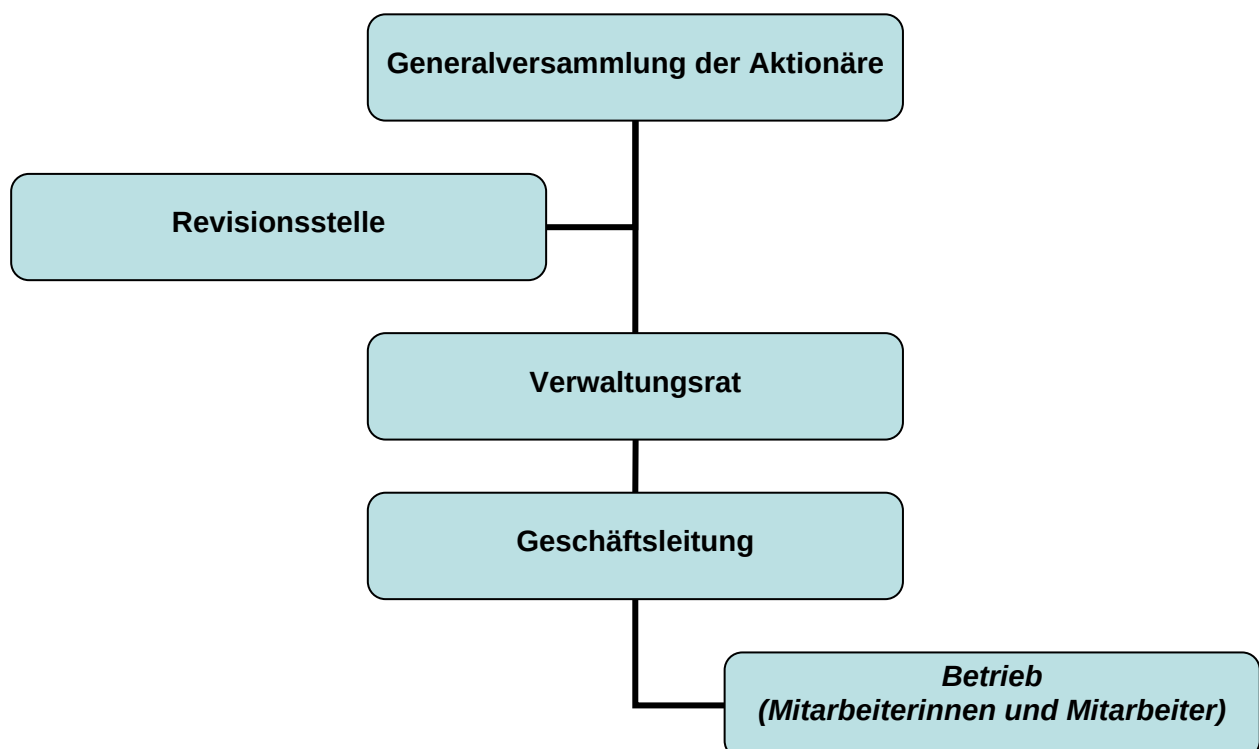
2.1.7. Organisation und Beschlussfassung

Oberstes Organ der Aktiengesellschaft ist die Generalversammlung der Aktionäre. Deren Stimmrechte stehen in der Regel im Verhältnis zu ihrem Aktienanteil.

Die Generalversammlung setzt die Statuten fest und bestimmt über Änderungen derselben. Sie ist auch zuständig für die Wahl des Verwaltungsrats, für die Genehmigung des Jahresberichts und der Konzernrechnung.

Der Verwaltungsrat ist zuständig für die Oberleitung der Gesellschaft, die strategische Führung, die Festlegung der Organisation und die Ernennung der Geschäftsführung.

Organigramm:



2.1.8. Wirtschaftlich-politischer Hintergrund

Die Aktiengesellschaft ist grundsätzlich eine gewinnorientierte Unternehmung, das typische Modell ist die "Maschinenfabrik Müller AG". Aber auch in der Heimlandschaft ist diese Form weit verbreitet. Beispiele sind etwa das Altersheim Wildermettpark AG in Bern oder die Alterssitz Neuhaus Aaretal AG in Münsingen. Gut 20 % der bernischen Heime sind als Aktiengesellschaft organisiert.

2.1.9. Eignung für Alters- und Pflegeheime

2.1.9.1. *Vorteile*

- Grosse Selbständigkeit und Flexibilität in der Führung der Geschäfte;
- Es können mehrere Partner beteiligt werden;
- Die Übertragung von Aktien ist ohne weiteres möglich;
- Die Aktionäre können anonym bleiben;
- Bei Banken ist die AG ein bevorzugtes Rechtskleid; was sich bei der Vergebung von Krediten und Hypotheken vorteilhaft auswirken kann.

2.1.9.2. *Nachteile*

- Eine AG arbeitet gewinnorientiert, was nicht unbedingt im vorrangigen Zielbereich von Alters- und Pflegeheimen liegt;
- Möglicherweise ist die Akzeptanz bei Behörden und Öffentlichkeit kleiner als bei anderen Rechtsformen, es fehlt der Geist der Gemeinnützigkeit;

2.2. **Genossenschaft nach Art. 828 ff. OR**

2.2.1. Ziel und Zweck

Der Zweck einer Genossenschaft ist die Förderung oder Sicherung bestimmter wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder in gemeinsamer Selbsthilfe. Das Leitbild des Gesetzgebers ist dem einer Aktiengesellschaft grundlegend entgegengesetzt. So ist die AG konsequent kapitalbezogen, während die Genossenschaft personenbezogen ausgestaltet ist. Zählt bei einer AG vor allem die Kapitaleinlage, wird bei der Genossenschaft die Mitwirkung der Gesellschafter ins Zentrum gestellt. Deshalb wird diese Rechtsform oft für den Erwerb von Liegenschaften, für die Errichtung von Alterswohnungen oder den Bau von günstigem Wohnraum (Wohnbaugenossenschaft) benutzt.

2.2.2. Genossenschaftskapital

Die Höhe des Genossenschaftskapitals ist gesetzlich nicht vorgeschrieben.

Vorschriften über die Schaffung eines Genossenschaftskapitals durch Genossenschaftsanteile (Anteilsscheine) bedürfen der Aufnahme in die Statuten.

2.2.3. Haftung

Für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft haftet das Genossenschaftsvermögen ausschliesslich, sofern die Statuten nichts Anderes bestimmen.

Alle mit der Verwaltung und Geschäftsführung befassten Personen sind der Genossenschaft, den Genossenschafte r n und den Gläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie ihnen durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung der ihnen obliegenden Pflichten verursachen.

2.2.4. Errichtung

Eine Genossenschaft wird durch die Genehmigung der Statuten an der konstituierenden Versammlung gegründet. Die Rechtspersönlichkeit wird anschliessend durch den Eintrag ins Handelsregister erlangt. Als Besonderheit ist die Minimalzahl von sieben Mitgliedern als Gründungsbedingung zu nennen.

2.2.5. Eintrag ins Handelsregister

Der Eintrag im Handelsregister ist Voraussetzung für die Erlangung der Rechtspersönlichkeit. Die Gesellschaft ist ins Handelsregister des Ortes einzutragen, an dem sie sich befindet, Zweigniederlassungen am jeweiligen Orte.

2.2.6. Revisionspflicht

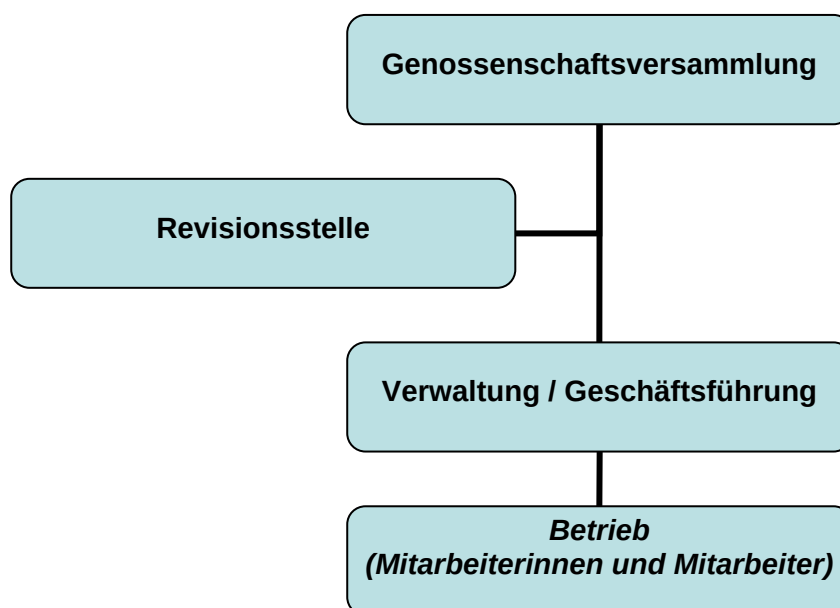
Für die Revisionspflicht gelten dieselben Vorschriften wie für die Aktiengesellschaft (Ziff. 2.1.6).

2.2.7. Organisation und Beschlussfassung

Oberstes Organ der Genossenschaft ist die Generalversammlung der Genossenschafte r. Jeder Genossenschafte r hat eine Stimme, unabhängig von seiner Kapitaleinlage.

Die Generalversammlung hat unter anderem folgende Befugnisse: Festsetzung und Änderung der Statuten, die Wahl der Verwaltung, die Abnahme der Betriebsrechnung und der Bilanz sowie die Beschlussfassung über Gegenstände, die der GV durch Gesetz oder Statuten vorbehalten sind.

Organigramm:



2.2.8. Wirtschaftlich-politischer Hintergrund

Eine Genossenschaft ist grundsätzlich eine Wirtschaftsunternehmung auf der Basis von Selbsthilfe. Sie strebt vorrangig keinen Gewinn an, sondern sucht für ihre Mitglieder die bestmögliche Erfüllung des Genossenschaftszwecks.

Die Genossenschaftsform ist in der Schweiz weit verbreitet, zurzeit sind etwa 15'000 Genossenschaften in den Handelsregistern eingetragen. Der traditionell wichtigste Sektor ist sicher die Landwirtschaft und – vom Volumen her – die Baugenossenschaften. Volkswirtschaftlich bedeutsam sind aber auch die Konsumgenossenschaften (Migros, Coop) sowie der Banken- und Versicherungssektor (Raiffeisenbanken, Mobiliarversicherung). Im Bereich Pflege und Betreuung spielt die Genossenschaft eine kleine Rolle, lediglich 10 von 309 – d.h. 3 % – der Anbieter sind in dieser Form organisiert. Als Beispiel sei das Wohn- und Pflegeheim in Utzigen genannt.

2.2.9. Eignung für Alters- und Pflegeheime

2.2.9.1. *Vorteile*

- Flache Organisationsstruktur;
- Flexible Gestaltungsmöglichkeiten des Zweckes und Zieles bei der Festlegung der Statuten;
- Die Aufnahme neuer Genossenschafter ist möglich;
- Bei Banken und Versicherungen ist die Genossenschaft eine kreditwürdige Rechtsform;
- Eine Erhöhung des Genossenschaftskapitals ist ohne Schwierigkeiten realisierbar;
- Gleichberechtigte Partnerschaft zwischen den Mitgliedern, jedes hat eine Stimme.

2.2.9.2. *Nachteile*

- Das Prinzip "1 Stimme, ein Genossenschafter" birgt Konfliktpotential bei ungleichen Kapitalbeteiligungen;
- Auch nach der Revision des Genossenschaftsrechtes auf Anfang 2008 sind sieben Mitglieder das Minimum für Gründung und Weiterbestehen. Wenn die Zahl darunter sinkt, besteht ein Mangel in der Organisation. Wird der rechtmässige Zustand nicht wiederhergestellt wird, kann dies zur Auflösung der Genossenschaft führen. In der Praxis bietet dies allerdings kaum Probleme. Genossenschaften können faktisch auch mit nur einem Mitglied geführt werden.

2.3. **Verein nach Art. 60 ff. ZGB**

2.3.1. Ziel und Zweck

Die Vereinsform dient normalerweise einem nichtwirtschaftlichen, ideellen Zweck. Wie die Genossenschaft ist auch der Verein eine Personenverbindung, er ist auf die besonderen Interessen des Mitglieds und nicht auf dessen Kapitalbeteiligung zugeschnitten.

2.3.2. Eigenkapital

Das Eigenkapital ist nicht gesetzlich vorgeschrieben. Es sollte jedoch dem Zweck des Vereins angemessen sein.

2.3.3. Haftung

Für die Verbindlichkeiten haftet ausschliesslich das Vereinsvermögen, sofern die Statuten nichts anderes bestimmen. Für ihr Verschulden sind die handelnden Personen der Vereinsorgane persönlich verantwortlich.

2.3.4. Errichtung

Zur Errichtung eines Vereins müssen die Statuten schriftlich festgelegt und von der Gründungsversammlung bestätigt werden.

2.3.5. Eintrag ins Handelsregister

Ein Verein ist zur Eintragung ins Handelsregister verpflichtet, wenn er für seinen Zweck ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt (z. Bsp. das Führen eines Klubrestaurants durch einen Fussballverein) oder revisionspflichtig ist.

2.3.6. Revisionspflicht

Ein Verein ist revisionspflichtig, wenn zwei der nachstehenden Grössen in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren überschritten werden:

- Bilanzsumme von 10 Millionen Franken
- Umsatzerlös von 20 Millionen Franken
- 50 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt

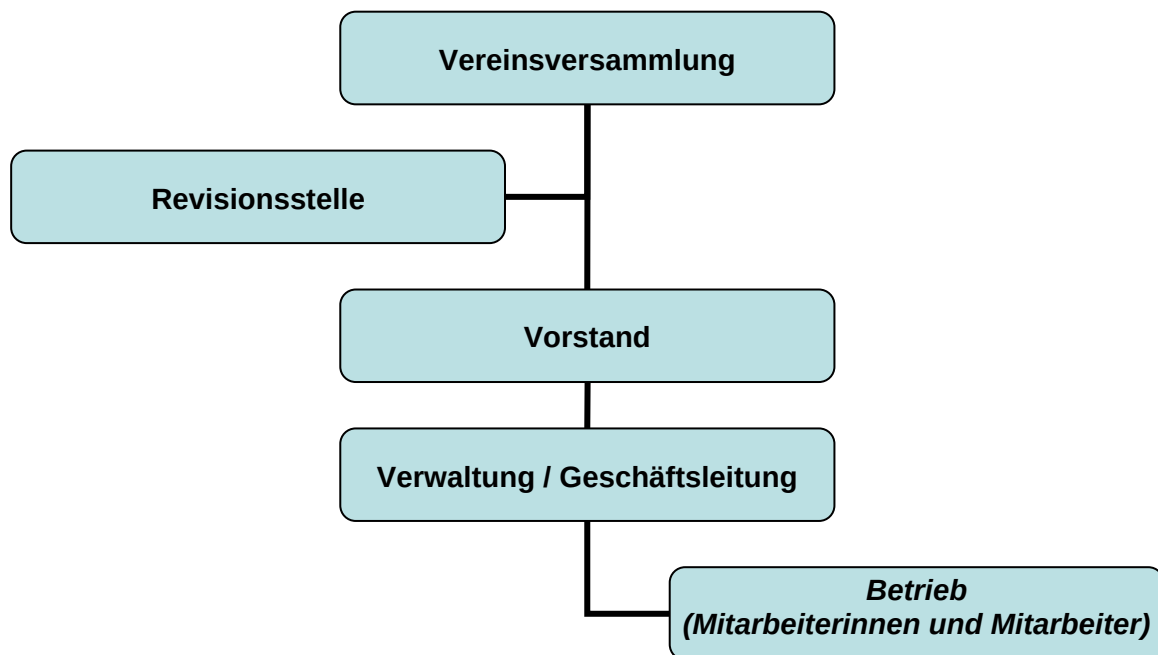
2.3.7. Organisation und Beschlussfassung

Oberstes Organ des Vereins ist die Vereinsversammlung der Mitglieder. Grundsätzlich ist das Stimmgleichheits- oder Kopfstimmprinzip vorgesehen. Dieses ist jedoch dispositiver Natur; aus sachlichen, nicht willkürlichen Gründen - die ihre Rechtfertigung im zu verfolgenden Vereinszweck finden müssen - kann davon abgewichen werden.

Die Versammlung beschliesst über Aufnahme und den Ausschluss von Mitgliedern, wählt den Vorstand und entscheidet in allen Angelegenheiten, die nicht andern Organen des Vereins übertragen sind.

Der Vorstand vertritt den Verein gegen aussen und besorgt dessen Angelegenheiten.

Organigramm:



2.3.8. Wirtschaftlich-politischer Hintergrund

Die Vereinsform ist vom Gesetz ausdrücklich als Vereinigung für nichtwirtschaftliche Zwecke vorgesehen. In der klassischen Vereinslandschaft wird dies sicher bei der überwiegenden Zahl der Vereine eingehalten, ist jedoch keine Voraussetzung für die Gründung eines Vereins. Ein kaufmännisches Gewerbe kann geführt werden, wenn es Mittel zur Verfolgung der idealen Ziele bleibt. Gewöhnlich kennt man den Verein als Rechtsform für einen Fussballclub, eine Musikgesellschaft oder einen Jassverein; kommerzielle Beispiele sind der "Touring Club Schweiz (TCS)", oder die "FIFA" mit Sitz in Zürich, welche unter dem Vereinsrecht fungieren. Im Kanton Bern ist etwa jedes fünfte Alters- und Pflegeheim als Verein geführt, z.B. das Betagtenheim Mattenhof in Bern oder das Alterswohnheim Lindenhof in Langenthal.

2.3.9. Eignung für Alters- und Pflegeheime

2.3.9.1. *Vorteile*

- Einfache, formlose Gründung möglich;
- Bei der Festlegung der Statuten besteht grosser Gestaltungsspielraum;
- Der Kreis der Mitglieder kann begrenzt werden;
- Es kann aus sachlichen Gründen vom Kopfstimmprinzip abgewichen werden.

2.3.9.2. *Nachteile*

- Auf dem Kapitalmarkt ist der Verein eine wenig geschätzte Rechtsform, da kein Grundkapital gegeben ist, sondern dieses nur aus dem Vereinsvermögen besteht;
- Im Vergleich zu AG und Genossenschaft hat die Vereinsversammlung gegenüber dem Vorstand mehr Gewicht. Bei Uneinigkeit kann dies zu Schwierigkeiten führen;
- Die Trennung zwischen operativer und strategischer Verantwortung ist weniger deutlich gegeben.

2.4. Stiftung nach Art. 80 ff. ZGB

2.4.1. Ziel und Zweck

Eine Stiftung ist die Widmung eines Vermögens zu einem besonderen Zweck. Dies kann die Betreuung von Behinderten sein, der Betrieb eines Spitals oder auch das Führen eines Lokomotivmuseums.

2.4.2. Eigenkapital

Die Höhe des Stiftungskapitals ist in das Belieben des Stifters gestellt, muss jedoch dem Zweck angemessen sein.

2.4.3. Haftung

Die Haftung beschränkt sich auf das Stiftungsvermögen. Für ihr Verschulden sind die handelnden Personen der Stiftungsorgane persönlich verantwortlich.

2.4.4. Errichtung

Eine Stiftung wird durch eine öffentliche Urkunde oder durch eine letztwillige Verfügung errichtet.

2.4.5. Eintrag ins Handelsregister

Der Eintrag ins Handelsregister ist Voraussetzung für die Erlangung der Rechtspersönlichkeit.

2.4.6. Revisionspflicht

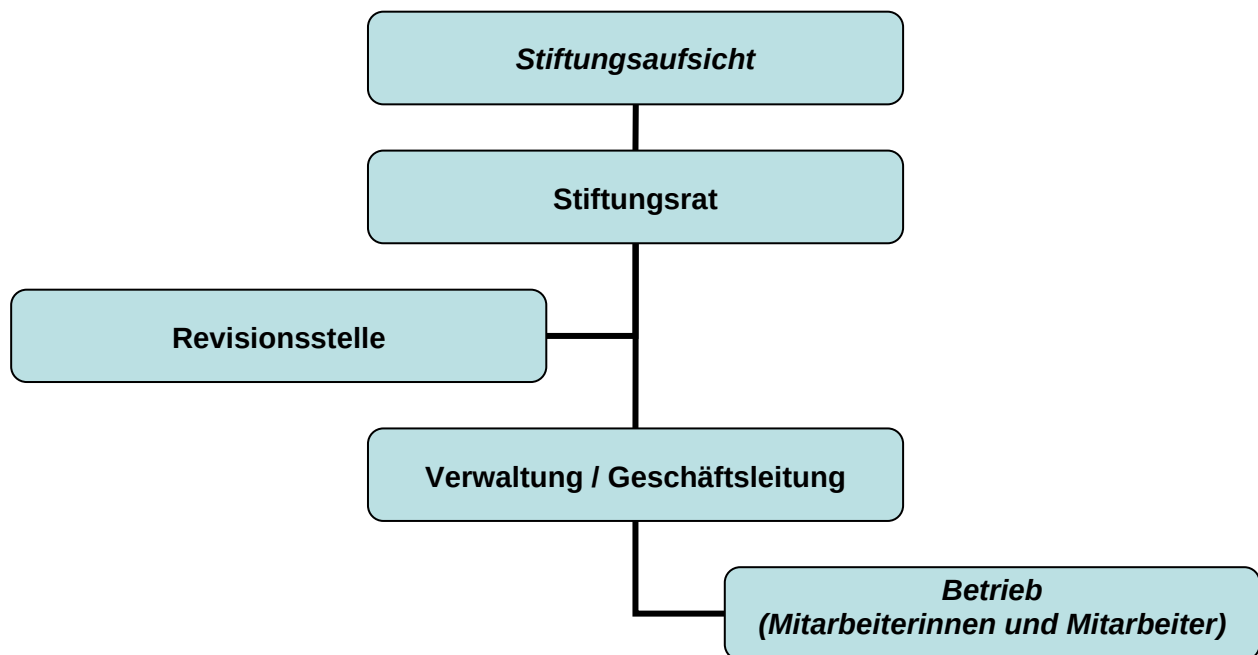
Die Stiftung ist immer revisionspflichtig, ausser sie wird von der Aufsichtsbehörde davon befreit.

2.4.7. Organisation und Beschlussfassung

Die Organe der Stiftung und die Art der Verwaltung werden durch die Stiftungsurkunde festgelegt. Üblich ist ein Stiftungsrat als oberstes Organ, welcher eine Verwaltung einsetzt.

Als Besonderheit bei der Stiftung ist festzuhalten, dass sie stets unter Aufsicht des Gemeinwesens (Bund, Kanton, Gemeinde) steht, dem sie nach ihrer Bestimmung angehört.

Organigramm:



2.4.8. Wirtschaftlich-politischer Hintergrund

Die Stiftung ist ein Vermögen mit Rechtspersönlichkeit. Der Anwendungsbereich dieser Rechtsform ist äusserst breit. Es reicht von der "Stiftung Schweizer Sporthilfe" bis zur "Stiftung BEGES, Berner Gesundheit". Es gibt gemeinnützige Stiftungen, die sich einem karitativen oder ideellen Zweck widmen, Familienstiftungen, deren hauptsächlicher Zweck die Verwaltung des Vermögens und der Liegenschaften der Familie ist, oder veritable Unternehmen wie das Berner Inselspital. Im Bereich Betreuung und Pflege sind die Rechtskleider von Stiftung, Aktiengesellschaft und Verein etwa gleich häufig vertreten, der Anteil liegt ebenfalls bei 20 %. Beispiele sind das Pflegeheim Belvoir in Bern oder das Alterspflegeheim Brunnenhof in Hindelbank.

2.4.9. Eignung für Alters- und Pflegeheime

2.4.9.1. *Vorteile*

- Flache Hierarchie;
- Der Stiftungsrat kann sich selber konstituieren und kann beim Ausscheiden von Mitgliedern die Nachfolge selbständig regeln;
- Wenn die Stiftung mit genügend Kapital ausgestattet ist, ist eine hohe Kreditwürdigkeit bei Kapitalgebern gegeben.

2.4.9.2. *Nachteile*

- Relativ geringe demokratische Legitimation;
- Kontrolle durch die staatliche Stiftungsaufsicht;
- Der Stiftungszweck ist vom Stifter fixiert und kann nur mit staatlicher Mitwirkung wieder abgeändert werden;
- Eine Selbstauflösung ist nicht vorgesehen, es besteht lediglich die Aufhebung von Gesetzes wegen, wenn der Stiftungszweck nicht mehr erfüllbar ist.

2.5. Tabellarische Zusammenstellung

	Aktiengesellschaft	Genossenschaft	Stiftung	Verein
Ziel und Zweck	Jeder rechtlich erlaubte wirtschaftliche oder nicht wirtschaftliche Zweck	Förderung bestimmter wirtschaftlicher Interessen in gemeinsamer Selbsthilfe	Primär Verfolgung ideeller Zwecke	Personenvereinigung für die Verfolgung nichtwirtschaftlicher Zwecke
Eigenkapital	CHF 100'000.00	keines zwingend	keines zwingend	keines zwingend
Haftung	Gesellschaftsvermögen	Genossenschaftsvermögen	Stiftungsvermögen	Vereinsvermögen
Errichtung	Durch öffentliche Urkunde	Konstituierende Versammlung	Durch öffentliche Urkunde	Durch Festlegung der Statuten und Gründungsversammlung
Eintrag ins Handelsregister	zwingend	zwingend	zwingend	nicht zwingend
Wirtschaftlich-politischer Hintergrund	Marktwirtschaftlich situierte Unternehmung mit Gewinnstreben	Wirtschaftsunternehmung auf der Basis von Selbsthilfe	Unternehmung mit vorwiegend ideeller Zielsetzung	Vorwiegend für die Erreichung von nichtwirtschaftlichen Zwecken bestimmt
Anteil auf der Pflegeheimliste des Kt. BE	21 %	3 %	20 %	19 %

Anmerkung: Ca. 15 % der Berner Pflege- und Betreuungszentren befinden sich in Privatbesitz; einige sind als GmbH oder Kollektivgesellschaft eingetragen oder haben eine Gemeinde oder einen Gemeindeverband als Trägerschaft. Dies erklärt die Differenz zu 100 % in der Zeile "Anteil auf der Pflegeheimliste des Kt. BE" (Quellen: Pflegeheimliste des Kt Bern, Stand Januar 2008; Dokument Alters-, Pflege- und Krankenhäuser, Stand Juli 2008, erstellt von der GEF).

2.6. Weitere mögliche Rechtsformen

2.6.1 Gemeindeverbände

Eine weitere Rechtsform für Alters- und Pflegeheime sind die Gemeindeverbände. 25 von 309 Anbietern – d.h. 8 % – auf der Pflegeheimliste des Kt. BE sind in dieser Form organisiert. Diese sind definiert als öffentlich-rechtliche Zusammenschlüsse mehrerer Gemeinden, um eine bestimmte Aufgabe gemeinsam zu erfüllen. Ihre Rechtsgrundlage findet sich im Gemeindegesetz des Kantons Bern. Bei Gemeindeverbänden kommt immer öffentliches Recht zur Anwendung, und die Submissionsvorschriften müssen stets beachtet werden. Auch die Haftung bestimmt sich nach öffentlichem Recht.

2.6.2. Weitere Gesellschaftsformen

2.6.2.1. *Einfache Gesellschaft, Kollektiv- und Kommanditgesellschaft*

Als Rechtsform für Heime sind diese Gesellschaften nicht sehr geeignet, da ihnen die Form der juristischen Rechtspersönlichkeit abgeht. Dadurch sind die jeweiligen Gesellschafter persönlich haftbar.

2.6.2.2. *Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)*

Die GmbH ist als personenbezogene Kapitalgesellschaft eher auf Klein- und Mittelbetriebe wirtschaftlicher Art zugeschnitten. Als Trägerschaft für öffentliche Pflege- und Betreuungseinrichtungen ist sie möglich, aber wenig geeignet.

2.6.2.3 *Öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft oder Genossenschaft*

Aktiengesellschaften sind neben der privatrechtlichen Form auch in öffentlich-rechtlicher Form möglich. Eine AG nach öffentlichem Recht wird durch ein entsprechendes kantonales Gesetz gegründet, als Beispiel sind diverse Kantonalbanken zu nennen. Diese Form wird für Alterszentren nicht angewendet. Die zweite Möglichkeit ist, dass die öffentliche Hand, z. Bsp. eine Gemeinde, sich an einer privatrechtlichen AG beteiligt. Bei diesem Modell wird grundsätzlich das Obligationenrecht als privates Recht angewendet, den Körperschaften des öffentlichen Rechts steht jedoch eine angemessene Vertretung im Verwaltungsrat zu.

Auch Genossenschaften können in öffentlich-rechtlicher Form oder mit Beteiligung der öffentlichen Hand errichtet werden. Es gelten dieselben Vorschriften wie bei der AG.

3. Steuerliche Überlegungen

3.1. Einleitung

Die Festlegung der Steuern ist in zahlreichen Gesetzen und Verordnungen geregelt. Auf Bundesebene sind die wichtigsten Erlasse das Gesetz über die direkte Bundessteuer und das Steuerharmonisierungsgesetz. Auf kantonaler Ebene stehen das Steuergesetz des Kantons Bern und die Verordnung über die Steuerbefreiung juristischer Personen im Vordergrund.

3.2. Besteuerung auf Bundesebene

3.2.1. Gewinnsteuer

Der Bund erhebt eine reine Gewinnsteuer, als deren Bemessungsgrundlage der Reingewinn dient.

3.2.2. Steuersatz

Aktiengesellschaften und Genossenschaften:	8.5 %
Vereine und Stiftungen:	4.25 %

3.2.3. Besteuerung im Kanton Bern

3.2.3.1. *Gewinnsteuer*

Wie der Bund erhebt auch der Kanton eine Gewinnsteuer.

Steuersatz:

Aktiengesellschaften und Genossenschaften: (abhängig von der Höhe des erzielten Gewinns)	1.55 - 4.6 %
Vereine und Stiftungen: (Bis CHF 5'000.00 steuerfrei)	2 %

3.2.3.2. *Kapitalsteuer*

Zusätzlich erhebt der Kanton eine Kapitalsteuer. Bemessungsgrundlage der Kapitalsteuer ist das Eigenkapital.

Bei Aktiengesellschaften und Genossenschaften besteht dieses aus dem einbezahlten Grundkapital (Aktienkapital, Partizipationsscheinkapital, Stammkapital) und den offenen und als Gewinn versteuerten stillen Reserven.

Bei Vereinen und Stiftungen gilt das Reinvermögen als Eigenkapital, die einfache Steuer beträgt 0.3 Promille des Eigenkapitals; es wird erst ab einem Reinvermögen von CHF 75'000.00 besteuert.

3.2.4. Ausnahmen von der Steuerpflicht

3.2.4.1. *Einleitung*

Sowohl der Bund als auch der Kanton Bern kennen die Möglichkeit einer Befreiung von der Steuerpflicht für juristische Personen. Voraussetzung ist auf beiden Ebenen die Verfolgung eines gemeinnützigen oder öffentlichen Zweckes. Allfälliger Gewinn und das Kapital müssen ausschliesslich diesen Zwecken gewidmet sein.

3.2.4.2. *Öffentlicher Zweck*

Die bernische Verordnung über die Steuerbefreiung juristischer Personen definiert den öffentlichen Zweck in Art. 11 Abs. 2:

"Ein öffentlicher Zweck ist gegeben, wenn die juristische Person eine öffentliche Aufgabe wahrnimmt. Die Steuerbefreiung kann nur gewährt werden, wenn der Übertragung der öffentlichen Aufgabe ein öffentlich-rechtlicher Akt zugrunde liegt."

3.2.4.3. Gemeinnützigkeit

Die Definition aus derselben Verordnung findet sich in Art. 10 Abs. 2:

"Gemeinnützigkeit ist gegeben, wenn die Leistungen juristischer Personen der Allgemeinheit zukommen und uneigennützig, d.h. unter völliger Ausschaltung der persönlichen Interessen der Beteiligten, das Wohl dritter Personen fördern."

Alters- und Pflegeheime nehmen gemäss allgemeiner Auffassung von Bund und Kanton eine öffentliche Aufgabe wahr. Deshalb wäre die Steuerbefreiung wegen Gemeinnützigkeit erst zu prüfen, wenn die öffentliche Aufgabe eines Heimes bestritten würde.

3.2.4.4. Zusätzliche Bedingungen

Die Statuten müssen sowohl im Falle des öffentlichen Zweckes als auch bei der Berufung auf Gemeinnützigkeit sicherstellen, dass im Fall einer Auflösung der Gewinn und das Kapital zwingend einer anderen wegen öffentlichem Zweck oder Gemeinnützigkeit steuerbefreiten juristischen Person mit Sitz in der Schweiz zukommt.

In der Praxis wurde zur Anerkennung der Gemeinnützigkeit oder des öffentlichen Zwecks meist auf das Vorhandensein eines Leistungsauftrags oder einer Leistungsvereinbarung mit der öffentlichen Hand abgestellt.

3.2.4.5. Zukünftige Praxis im Kanton Bern

Die bernische Verordnung über die Steuerbefreiung juristischer Personen ist immer noch mit gleichem Wortlaut in Kraft, ebenso die dazugehörige Weisung der bernischen Steuerverwaltung. Es wird zurzeit immer noch auf die Leistungsvereinbarung verwiesen.

Die Finanzierung der Alters- und Pflegeheime wurde auf den 1. Januar 2008 geändert. Anstelle von Leistungsvereinbarungen ist neu die Personen- oder Subjektsfinanzierung getreten.

Damit fällt der bisherige Hauptgrund für die Anerkennung eines öffentlichen Zwecks weg. Die Steuerverwaltung sowie das ALBA der GEF suchen eine neue Lösung. Diese liegt gegenwärtig noch nicht vor, ist aber auf Ende November in Aussicht gestellt.

Mögliche Lösungen könnten sein: Die Anerkennung auf der Heimliste; das Vorliegen einer Betriebsbewilligung; die Anerkennung der Altersbetreuung als öffentliche Aufgabe, weil diese explizit im Gesetz definiert ist; die Mitwirkung des Gemeinwesens bei der Gründung einer Institution; die Aufsicht oder die Vertretung des Gemeinwesens in den Organen.

Bis die neue Regelung klar ist, geht die Steuerverwaltung vom Status Quo aus. Wer bis anhin steuerbefreit war, wird laut Steuerverwaltung auch für das Jahr 2008 steuerbefreit sein. Bei Neugründungen von Alters- und Pflegezentren besteht zurzeit jedoch eine gewisse Rechtsunsicherheit.

3.2.4.6. Zukünftige Praxis des Bundes

Es kann davon ausgegangen werden, dass der Bund wie bis anhin die Beurteilung des Kantons übernimmt. Wer im Kanton steuerbefreit ist, dem wird auch die direkte Bundessteuer erlassen.

4. Submissionsvorschriften für öffentliche Einrichtungen

4.1. Einleitung

Wie das Steuerrecht ist auch das öffentliche Beschaffungswesen auf Bundes- und auf Kantonebene geregelt.

Zurzeit befindet sich das gesamte Regelwerk auf Bundesebene in Revision, da die World Trade Organisation (WTO) das Submissionswesen weltweit vereinheitlichen wird. Der jetzige Planungsstand sieht eine Einführung im Jahr 2010 vor, dies kann aber je nach Widerstand einzelner Länder bedeutend später werden.

Aufgrund der damit notwendigen Anpassung des Bundesgesetzes über das Beschaffungswesen hat der Bundesrat dessen Gesamtrevision in Angriff genommen. Diese strebt eine Vereinheitlichung des Beschaffungswesens von Bund, Kantonen und Gemeinden an und wird einschneidende Änderungen der jetzigen Praxis bewirken.

Zunächst wird deshalb der Ist-Zustand dargelegt, gefolgt von einer kurzen Betrachtung der verschiedenen Verfahrensarten und der zugehörigen Schwellenwerte. Weiter folgt ein Blick auf den Vorentwurf des zukünftigen Bundesgesetzes für das öffentliche Beschaffungswesen.

4.2. Die heutige Situation

4.2.1. Das öffentliche Beschaffungswesen auf Bundesebene

Das Bundesgesetz definiert die unterstellten Auftraggeber sehr eng, es gilt vorwiegend für die Bundesverwaltung und die eidgenössischen technischen Hochschulen.

Für die Mitglieder des Bernischen Heimverbandes findet das Gesetz keine Anwendung.

4.2.2. Der Geltungsbereich des ÖBG

Der Geltungsbereich des bernischen Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG) und jener der dazugehörigen Verordnung (ÖBV) ist weit gefasst, diverse Mitglieder des Heimverbandes werden sich danach zu richten haben.

Dem Gesetz unterstehen:

4.2.2.1. *Der Kanton, die Gemeinden und die öffentlich-rechtlichen Körperschaften, an denen sie beteiligt sind*

Dazu zählen alle Alters- und Pflegeheime unabhängig von der Rechtsform, solange die öffentliche Hand an der Trägerschaft mitbeteiligt ist. Manche Alterszentren haben die öffentliche Submission bereits in ihren Satzungen festgelegt (z. Bsp. Alters- und Pflegeheim Muri-Gümligen).

4.2.2.2. *Private Vergabestellen für Objekte und Leistungen, die mit mehr als 50 Prozent der Gesamtkosten von Bund, Kanton oder Gemeinden subventioniert werden*

Hier ist als erstes festzuhalten, dass "Subventionen" im eigentlichen Sinn nicht mehr vergeben werden, es wird unterschieden zwischen Investitions- und Betriebsbeiträgen.

4.2.2.2.1. *Investitionsbeiträge*

Investitionsbeiträge werden einmalig gewährt für Neu- oder Umbauten sowie Renovationen und Unterhaltsarbeiten. Betragen sie mehr als 50 % der Bau-summe, ist das Submissionsgesetz zwingend anwendbar.

4.2.2.2. Betriebsbeiträge

Machen die Betriebsbeiträge eines Alters- und Pflegeheims mehr als die Hälfte des Umsatzes aus, muss zwingend eine Submission durchgeführt werden.

Neu werden ab dem 1. Januar 2008 die Betriebsbeiträge durch die Personen- oder Subjektfinanzierung ersetzt. Deshalb ist diese Regelung gemäss GEF nicht mehr anwendbar.

4.2.3. Verfahrensarten

Das Ausschreibungsverfahren ist auf verschiedene Arten möglich. Das massgebende Verfahren bestimmt sich nach der Höhe des Auftragswerts:

4.2.3.1. Offenes Verfahren

Im offenen Verfahren können alle Anbieter auf Grund einer öffentlichen Ausschreibung ein Angebot einreichen.

4.2.3.2. Selektives Verfahren

Im selektiven Verfahren können alle Anbieter auf Grund einer öffentlichen Ausschreibung einen Antrag auf Teilnahme einreichen. Der Auftraggeber bestimmt hierauf anhand von Eignungskriterien die Anbieter, die ein Angebot einreichen dürfen.

4.2.3.3. Einladungsverfahren

Die Auftraggeber bestimmen die Anbieter, die sie ohne Ausschreibung direkt zur Angebotsabgabe einladen wollen. Es müssen mindestens drei Offerten eingeholt werden.

4.2.3.4. Freihändiges Verfahren

Die Auftraggeber vergeben den Auftrag direkt ohne Ausschreibung und Zuschlagsverfügung. Das Verfahren kommt in der Regel zur Anwendung, wenn die kantonalen oder kommunalen Schwellenwerte nicht erreicht werden.

4.2.4. Schwellenwerte

	Bauhauptgewerbe	Baunebengewerbe, Liefer- und Dienstleistungsaufträge
Kantonale Schwellenwerte:		
Offenes und selektives Verfahren	CHF 500'000.00	CHF 250'000.00
Einladungsverfahren	CHF 100'000.00	CHF 100'000.00
Kommunale Schwellenwerte:		
Offenes und selektives Verfahren	CHF 200'000.00	CHF 200'000.00
Einladungsverfahren	CHF 100'000.00	CHF 100'000.00

Anmerkungen:

Die Beträge verstehen sich ohne Mehrwertsteuer.

Bei Aufträgen von Heimen, an deren Trägerschaft Gemeinden oder Gemeindeverbände beteiligt sind, ist zu beachten, dass diese die Schwellenwerte in eigener Kompetenz herabsetzen, nicht aber heraufsetzen können.

4.2.5. Konsequenzen für Alters- und Pflegeheime

Ob das ÖBG angewendet werden muss ist unabhängig von der jeweiligen Rechtsform des Heimes zu analysieren, entscheidend ist vielmehr die Beteiligung der öffentlichen Hand in der Trägerschaft der jeweiligen Institution.

Die Argumentation der GEF, dass Ergänzungsleistungen direkt an die Bewohner ausgerichtet werden und nicht an die Heime, erscheint schlüssig. Offenbar existiert noch keine Gerichtspraxis zu dieser Auslegung des ÖBG bzw. zur geänderten Rechtslage.

Es ist deshalb auch möglich, dass sich die Gerichte für eine weite Auslegung des Geltungsbereichs des ÖBG entscheiden werden.

Die geplante Einrechnung von Investitionen und Unterhaltskosten in die Tarife wird erneute Veränderungen bewirken. Über die zukünftige Rechtslage und deren Auswirkungen auf Alters- und Pflegeheime ist aber vor der Umsetzung dieses Projekts noch keine abschliessende Aussage möglich.

4.3. **Der Vorentwurf des zukünftigen Bundesgesetzes für das öffentliche Beschaffungswesen**

4.3.1. Neue Definition der Auftraggeber oder Beschaffungsstellen

Während das jetzige Gesetz wie vorne gezeigt nur wenige Einheiten der Bundesverwaltung betrifft, wird das neue Gesetz diesen Kreis erheblich ausweiten:

Art. 4 VE

1 Als Beschaffungsstellen gelten:

- a) sämtliche Behörden und Verwaltungseinheiten des Bundes, der Kantone und der Gemeinden;
- b) jede Organisation, die direkt oder indirekt unter dem beherrschenden Einfluss einer Beschaffungsstelle nach Buchstabe a steht.

2 Ein beherrschender Einfluss durch eine Beschaffungsstelle wird insbesondere vermutet, wenn diese:

- a) die Organisation oder deren Beschaffung mehrheitlich finanziert;
- b) die Kontrolle über die Geschäftstätigkeit der Organisation ausübt;
- c) mehr als die Hälfte der Mitglieder der Führungs- und Kontrollorgane der Organisation bestimmt;
- d) der Organisation besondere oder ausschliessliche Rechte erteilt, welche die Grundlage der ausgeübten Tätigkeiten darstellen.

4.3.2. Auswirkungen des zukünftigen Gesetzes auf Alters- und Pflegeheime

Auch der Kanton Bern wird seine Gesetzgebung anpassen, es ist aber noch unklar, wann der Kanton dies an die Hand nimmt. Erst dann wird man die Auswirkungen auf die Alters- und Pflegeheime des Heimverbandes wirklich abschätzen können.

Aufgrund des vorliegenden Entwurfes und der dazugehörigen Botschaft kann aber davon ausgegangen werden, dass die Möglichkeit, nicht als Auftraggeber im Sinne der Submissionsgesetze zu gelten, erheblich eingeschränkt werden wird.

5. Literaturverzeichnis

5.1. Literatur

- Pedrazzini M. / Oberholzer N.: Grundriss des Personenrechts, (1993, Bern)
- Meier-Hayoz A. / Forstmoser P.: Schweizerisches Gesellschaftsrecht (1998, Bern)
- Häfelin U. / Müller G.: Allgemeines Verwaltungsrecht (2002, Bern)
- Schwenzer, I.: Schweizerisches Obligationenrecht, AT (1998, Bern)
- Guhl T.: Das Schweizerische Obligationenrecht (2000, St.Gallen / Basel)
- Brückner, CH.: Das Personenrecht des ZGB (2000, Zürich)
- Leuch Ch., Kästli P.: Praxiskommentar zum Berner Steuergesetz (2006, Bern / Muri)
- Basler Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht (2003, Basel / Bern)
- Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (2002, Basel / Bern)

5.2. Nationale Gesetze und Weisungen

- Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB; SR 210)
- Schweizerisches Obligationenrecht (OR; SR 200)
- Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen zur AHV (ELG; SR 831.30)
- Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG; SR 642.11)
- Kreisschreiben Nr. 12 der Eidgenössischen Steuerverwaltung über die Steuerbefreiung juristischer Personen
- Praxishinweise der Eidgenössischen Steuerkommission zuhanden der kantonalen Steuerverwaltungen bezüglich der Steuerbefreiung juristischer Personen
- Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG; 642.14)
- Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.1)
- Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB; SR 172.056.11)

5.3. Kantonale Gesetze und Weisungen

- Verordnung über die Betreuung und Pflege von Personen in Heimen und privaten Haushalten (HEV, BSG 862.51)
- Einführungsverordnung zum Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (EV ELG; BSG 841.311)
- Steuergesetz (StG; BSG 661.11)
- Verordnung über die Steuerbefreiung juristischer Personen (SBV; BSG 661.261)
- Weisung der Steuerverwaltung des Kantons Bern: Voraussetzungen einer Steuerbefreiung von juristischen Personen
- Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG; BSG 731.2)
- Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV; BSG 731.21)