

EDITORIAL

Der richtige Umgang mit Mängeln

ist gar nicht so einfach, wie es scheint. Wie sich aus mehreren Urteilen ergibt, muss dem Unternehmer Gelegenheit zur Untersuchung der gerügten Mängel eingeräumt werden, bevor sekundäre Gewährleistungsansprüche (Kostenvorschuss, Schadensersatz, Minde-



Rechtsanwalt
Dr. Ulrich
Dieckert

rung) geltend gemacht werden können (s. S. 2). Andererseits umfasst die Mangelbeseitigungspflicht nicht nur Arbeiten, die unmittelbar den Fehler am Werk betreffen, sondern auch Arbeiten, die im Zusammenhang mit der Beseitigung dieses Fehlers anfallen, selbst wenn dazu in die Gewerke anderer Unternehmer eingegriffen werden muss (s. S. 3). Nach dem neuen Werkvertragsrecht des BGB soll der Unternehmer diese Kosten künftig auch dem Baustofflieferanten weiterbelasten können, wenn dieser mangelhaftes Material geliefert hat (s. S. 8). Auch die weiteren Beiträge dieses Newsletters empfehlen wir Ihrer Aufmerksamkeit, insbesondere den Aufsatz über Bilderfassungssysteme am Bau (s. S. 4 und 5).

AUS DEM INHALT:

Entscheidungen zur Mängelhaftung	Seite 2, 3
Bilderfassungssysteme am Bau	Seite 4, 5
Seminarangebot	Seite 8

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

BAG-Entscheidungen zur Beitragspflicht gegenüber SOKA Bau

1. Die Allgemeinverbindlichkeitserklärungen zum Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe für die Jahre 2008, 2010 und 2014 sind mangels vorliegender gesetzlicher Voraussetzungen nach § 5 TVG a. F. unwirksam.
2. Dies hat zur Folge, dass im maßgeblichen Zeitraum nur für tarifgebundene Arbeitgeber eine Beitragspflicht zu den Sozialkassen des Baugewerbes bestand. Andere Arbeitgeber der Baubranche sind nicht verpflichtet, für diesen Zeitraum Beiträge zu leisten.

BAG, Beschlüsse vom 21.09.2016
- 10 ABR 48/15 -,
- 10 ABR 33/15 -

Vor dem Bundesarbeitsgericht wurde darüber gestritten, ob Bauunternehmen, die nicht Mitglied der Tarifvertragsparteien des Baugewerbes sind, Beiträge an die Sozialkassen des Baugewerbes (SOKA-Bau) zahlen müssen. Diese Verpflichtung ergab sich bisher aus Allgemeinverbindlichkeitserklärungen (AVE) des zuständigen Arbeitsministeriums. Die nicht tarifgebundenen Baubetriebe vertraten im Prozess die Auffassung, die gesetzlichen Voraussetzungen für die AVE hätten nicht vorgelegen. Insbesondere hätten die tarifgebundenen Arbeitgeber der Baubranche nicht 50 % der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer beschäftigt (sogenannte 50 %-Quote). Auch habe kein öffentliches Interesse für die AVE vorgelegen. Das BAG hatte über die Anträge zu entscheiden, weil diese vom Landesarbeitsgericht zurückgewiesen worden waren.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Im Streit standen die Allgemeinverbindlichkeitserklärungen vom 15.05.2008, vom 20.06.2010 und vom 17.03.2014. Nach der

Pressemitteilung hat das BAG entschieden, dass diese AVE nicht rechtswirksam ergangen sind. Denn es gäbe keine tragfähige Grundlage für die Annahme des Bundesarbeitsministeriums, dass zum Zeitpunkt des Erlasses der Erklärungen in der Baubranche mindestens 50 % der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer bei tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigt waren. Das BAG stellte hierzu klar, dass bei der Feststellung dieser 50 %-Quote die in den jeweiligen AVE-Einschränkungen ausgenommenen Betriebe bzw. Arbeitgeber mit zu berücksichtigen sind. Das BAG machte in seinen Entscheidungen klar, dass die Feststellung der Unwirksamkeit für und gegen jedermann gilt. Sie habe zur Folge, dass im maßgeblichen Zeitraum nur für tarifgebundene Arbeitgeber eine Beitragspflicht zu den Sozialkassen des Baugewerbes bestand. Andere Arbeitgeber der Baubranche waren nicht verpflichtet, für diesen Zeitraum Beiträge zu leisten.

Rückzahlungsansprüche nicht tarifgebundener Unternehmen sind zu prüfen

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Die BAG-Entscheidungen gelten für die Zeiträume Oktober 2007 bis Dezember 2011 und Januar 2014 bis Dezember 2014. Es sind jedoch noch weitere Verfahren anhängig, welche die dazwischenliegenden Jahre betreffen. Hieraus ergibt sich die

Frage, ob nichttarifgebundene Betriebe die in der Vergangenheit gezahlten Beiträge zurückverlangen können. In der Pressemitteilung zum Urteil (welches noch nicht veröffentlicht ist) hat das BAG die Geltendmachung in Form von Restitutionsklagen für nicht möglich erklärt, also in den Fällen, in denen Betriebe rechtskräftig zur Zahlung verurteilt wurden. In allen anderen Fällen dürften Rückzahlungsansprüche grundsätzlich möglich sein, wobei von der Kasse erhaltene Leistungen gegenzurechnen wären. Insofern ist jeder Einzelfall gesondert zu prüfen.

IMPRESSUM

Herausgeber, V.i.S.d.P.:

RA Dr. Ulrich Dieckert
DIECKERT
RECHT UND STEUERN GbR

Gertraudenstraße 20
10178 Berlin
Telefon: 030 278707
Telefax: 030 278706
E-Mail: berlin@dieckert.de

Redaktion/Beiträge:

Dr. Ulrich Dieckert, RA
Bernd Kimmich, RA
Hendrik Bach, RA
Markus Fiedler, RA
Stephan Becker, RA
Dr. Benedikt Overbuschmann, RA
Konstantin Trakis, RA
Christian Zeiske, RA
Juliane Hoffmann, RA
Dr. Annette Funk, StB

Kooperationspartner:

Stephan Sumpf, StB
Gertraudenstraße 20
10178 Berlin
www.sts-steuerkanzlei.de

Andreas Roschkowski, WP, StB
Kollastraße 116
22453 Hamburg
www.wskr.de

Matthias Witt, WP, StB
Alte Rabenstraße 32
20148 Hamburg
www.wpwitt.de

www.dieckert.de
www.bauleiterschulung.de
www.dieckert-baurecht.de

WICHTIGE ENTSCHEIDUNGEN

Unternehmer muss Mängel untersuchen dürfen!

Der Werkunternehmer ist nicht verpflichtet, sich auf ein Mangelbeseitigungsverlangen des Auftraggebers einzulassen, bevor dieser ihm nicht Gelegenheit zu einer Untersuchung des Bauteils bzw. der Anlage gegeben hat.

OLG München, Urteil vom 10.08.2016
- 20 U 1332/16 -

Der Auftraggeber muss die Untersuchungsmöglichkeit nicht von sich aus anbieten, es reicht, dass eine solche besteht und auf Verlangen des Unternehmers eingeräumt wird, bevor sekundäre Gewährleistungsansprüche (Kostenvorschuss, Schadenersatz, Minderung) geltend gemacht werden können.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 08.09.2016
- 5 U 99/15 -

Erbittet ein Werkunternehmer erstmalig ein Jahr nach der Rüge eines Mangels eine Terminvereinbarung für eine Besichtigung, muss er darlegen, was der genaue Zweck der Besichtigung/Untersuchung sein soll.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 03.02.2015
- 22 U 34/14 -

Alle drei Entscheidungen beschäftigen sich mit der Frage, ob der Besteller (Auftraggeber) dem Werkunternehmer (Auftragnehmer) innerhalb der gesetzten Frist zur Mangelbeseitigung Gelegenheit für eine Untersuchung des Bauteils bzw. der Anlage geben muss.

Die beiden jüngsten Entscheidungen zeigen, dass jeder Auftraggeber gehalten ist, dem Auftragnehmer nach einer Mangelrüge Gelegenheit zur Untersuchung des Sachverhaltes zu geben. Zunächst hat dies Auswirkungen auf die Frage der Angemessenheit der zur Mangelbeseitigung gesetzten Frist. Geht man davon aus, dass der Auftragnehmer die Mängelrüge erst einmal technisch prüfen muss und anschließend einen Termin vereinbaren muss und hieran anschließend die Ergebnisse der Besichti-

gung noch ausgewertet werden müssen, sind Fristen von einer Woche zur Beseitigung von Mängeln hoch problematisch. Angemessen kann eine solche kurze Frist nur dann sein, wenn dem Unternehmer der gerügte Mangel bereits bekannt ist, etwa weil bei einem laufenden Bauvorhaben schon vor der schriftlichen Mangelrüge vor Ort Gespräche hierüber stattgefunden haben und der Unternehmer den Sachverhalt kennt.

Ist die Baustelle bereits beendet und sind die Leistungen abgenommen, sollte eine Frist zur Mangelbeseitigung immer so bemessen sein, dass der Auftragnehmer tatsächlich eine Chance hat, den Mangel zu untersuchen, eine technische Lösung zu erarbeiten und diese anschließend umzusetzen.

Der Vollständigkeit halber weisen wir aber auch auf eine Entscheidung des OLG Düsseldorf aus dem Jahr 2015 hin. In dem dort entschiedenen Fall ging es um eine Lüftungsanlage, die nie ordnungsgemäß funktionierte. Die Mängelrügen waren bereits ein Jahr alt, als der Auftragnehmer Klage auf volle Bezahlung seiner Schlussrechnung erhob, ohne in dem Klageverfahren ein Zurückbehaltungsrecht für die noch vorhandenen Mängel anzusetzen. Nachdem der

Auftraggeber die Mängel hatte beseitigen lassen, berief sich der Auftragnehmer darauf, ihm sei keine Gelegenheit zur Untersuchung der gerügten Mängel gegeben worden. Dies ließ das OLG Düsseldorf aber nicht gelten.

Fristen zur Mangelbeseitigung müssen auch Untersuchung ermöglichen

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Fristen zur Mangelbeseitigung müssen angemessen sein. Es besteht nach der neueren Rechtsprechung grundsätzlich auch die Möglichkeit, überhaupt keine Frist konkret zu nennen, sondern als Auftraggeber den Auftragnehmer allgemein aufzufordern, die gerügten Mängel „unverzüglich“ oder „kurzfristig“ zu beheben. Anschließend muss dann aber selbstverständlich eine angemessene Frist abgewartet werden. Hierfür gelten die gleichen Überlegungen wie für die Fristsetzung. ■

WICHTIGE ENTSCHEIDUNGEN

Vor- und Nacharbeiten zur Mangelbeseitigung

Die Mängelbeseitigungspflicht umfasst nicht nur Arbeiten, die unmittelbar den Fehler am Werk betreffen, sondern auch Arbeiten, die im Zusammenhang mit der Beseitigung dieses Fehlers anfallen, selbst wenn dazu in die Gewerke anderer Unternehmer eingegriffen werden muss oder Arbeiten erforderlich sind, die vom Bauunternehmer selbst nicht erbracht werden können.

OLG Jena, Urteil vom 01.09.2015
- 5 U 341/14 -

Bei einem Bauvorhaben kommt es noch während der Bauzeit zu Wasserschäden, die auf Leckagen der unter dem Estrich verlegten Rohrleitungen beruhen. Nach entsprechender Mangelrüge öffnet der Heizungsbauer den Estrich und repariert die undichten Rohrverbindungen. Anschließend beauftragt der Auftraggeber den Estrichleger, den Estrich in den geöffneten Bereichen wieder herzustellen. Ihm fallen hierfür Kosten von rund 14.000 € an, die er vom Heizungsbauer ersetzt verlangt.

DIE ENTSCHEIDUNG DES RICHTERS

Der Auftraggeber verliert den Prozess in diesem Punkt. In der erst jetzt veröffentlichten Entscheidung des OLG Jena vertreten die Richter den Standpunkt, der Auftraggeber hätte wegen der Wiederherstellung des Estrichs zunächst dem Heizungsbauer eine Frist setzen müssen und nach fruchtlosem Fristablauf wegen § 4 Abs. 7 Satz 3 VOB/B eine Kündigung erklären müssen. Zur Begründung führt das Gericht aus, die Verpflichtung zur Mangelbeseitigung umfasse nicht nur die Arbeiten, die unmittelbar notwendig sind, um den Mangel zu beheben, sondern auch sämtliche Vor- und Nacharbeiten an anderen Gewerken. Das solle selbst dann gelten, wenn - wie im vorliegenden Fall - der Heizungsbauer gar keine Estricharbeiten ausführen könne.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Die Rechtsauffassung des OLG Jena ist nicht unumstritten. Andere Oberlandesgerichte haben in vergleichbaren Fällen entschieden, dass es sich bei der Beschädigung angrenzender Bauteile aufgrund von Mängeln um Mangelfolgeschäden handelt, wegen derer keine vorherige Fristsetzung erforderlich ist.

Das ist mit Sicherheit dann richtig, wenn die Schäden an benachbarten Gewerken schon vor der Mangelbeseitigung entstanden waren. Soweit es sich um Vorbereitungsarbeiten zur Mangelbeseitigung handelt (Öffnen von Bauteilen), gehören diese Vorbereitungsarbeiten eindeutig zur Mangelbeseitigungspflicht, sodass der Auftraggeber nur nach vorheriger Fristsetzung oder Absprache

über die Kostentragung selbst Bauteilöffnungen veranlassen sollte. Was die erforderlichen Nacharbeiten (Wiederherstellung des Ursprungszustandes von Drittgewerken) angeht, ist es ebenfalls der sicherste Weg, dem Auftragnehmer, der den Mangel beseitigt hat, hierzu eine Frist zu

setzen oder alternativ eine Kostentragungsvereinbarung herbeizuführen.

Die Praxis zeigt allerdings, dass vorherige Vereinbarungen über diese Thematik häufig schwer zu erzielen sind, weil es sich um erhebliche Kosten handelt und der Auftragnehmer es häufig nicht einsieht, dass er diese Kosten in voller Höhe übernehmen muss. Sicherheitshalber sollte daher - wenn keine Vereinbarung zustandekommt - immer dem zur Mangelbeseitigung verpflichteten Unternehmer auch eine Frist zur Wiederherstellung des Ursprungszustandes gesetzt werden, bevor eine Ersatzvornahme durchgeführt wird. Diese Frist kann auch gleichzeitig mit der Frist zur Mangelbeseitigung gesetzt werden.

Außerdem sollte in jedem Bauvertrag stehen, dass Ersatzvornahmen nach entsprechender Fristsetzung auch ohne Teilkündigung des Vertrages möglich sind. Die Regelung in § 4 Abs. 7 Satz 3 VOB/B ist nämlich für den Auftraggeber eine echte „Falle“. Eine vergessene Kündigung kann zum Verlust des Schadenersatzanspruchs führen



Formfehler
können
teuer
werden

AKTUELLES

Mietminderung wegen Baustellenlärm

Die Vermeidung von Baustellenlärm gewinnt eine immer höhere Bedeutung. Wurden früher Geräuschbelästigungen durch Baustellen noch meist klaglos von den Mietern der benachbarten Gebäude hingenommen, hat es sich in den vergangenen 20 Jahren eingebürgert, dass Mieter die Miete mindern, wenn sie sich durch Geräusche einer benachbarten Baustelle belästigt bzw. gestört fühlen.

Nachdem die Rechtsprechung zunächst den Begriff des „Umgebungs mangels“ erfunden hat, sodass Mietminderungsansprüche grundsätzlich möglich waren, scheiterten diese aber häufig an zwei Umständen.

Zum einen verneinte die Rechtsprechung bisher ein Minderungsrecht, wenn für den Mieter bereits bei Vertragsabschluss absehbar war, dass in der Umgebung irgendwann gebaut werden würde. Bejaht wurde dies beispielsweise bei klassischen Baulücken. Zweitens musste der Mieter sehr detailliert vortragen, an welchen Tagen welche Geräusche in welcher Lautstärke vorgekommen waren, was letztlich nur durch das Führen eines „Lärmtagebuches“ möglich war bzw. ist.

Zwei neuere Gerichtsentscheidungen stellen nun auch dies in Frage.

Das LG Berlin hat entschieden, es reiche nicht aus, dass der Mieter eine Baulücke nebenan bemerkt hat, sondern wenn der Mieter sich (nur normal fahrlässig) keine Gedanken über die spätere Bebauung gemacht habe, sei die Mietminderung grundsätzlich möglich.

Das LG München hat entschieden, dass ein Mieter kein Lärmtagebuch führen muss, sondern es ausreiche, dass der Mieter angibt, welche Art von Lärm zu welchen Tageszeiten über welche Zeitdauer aufgetreten waren.

Da sich diese beiden Entscheidungen auch bei den Mietervereinen herumsprechen werden, ist demnach in größerem Umfang als früher mit Mietminderungen zu rechnen, die die benachbarten Grundstückseigentümer dann versuchen, an den Eigentümer des Baugrundstücks weiterzugeben.

AUFSATZ

Baustellenüberwachung und Baustellen- dokumentation durch Bilderfassungssysteme

Auf größeren Baustellen gehört der Einsatz von Bilderfassungssystemen mittlerweile zur Tagesordnung. Dies beginnt mit der klassischen Videoüberwachung, die vorwiegend als Perimeterschutz (d. h. an der Umfriedung des Baufeldes) sowie zu Zwecken der Zutrittskontrolle eingesetzt wird. Diese Systeme sind zumeist ereignisgesteuert und dienen entweder zur Kontrolle in Echtzeit (sogenanntes Monitoring) durch aufgeschaltete Wachdienste und/oder zur Aufzeichnung von Vorkommnissen zu Zwecken der Beweissicherung. Die Technik besteht häufig aus stationären Systemen, die an geeigneten Stellen am Bauzaun montiert werden. Neuerdings bietet der Markt jedoch auch mobile Standsysteme an, welche mit autarken Energiesystemen ausgestattet sind und so an jedem beliebigen Ort der Baustelle kurzfristig aufgestellt bzw. wieder abgebaut werden können.

Videotechnik wird aber auch für die Baustellendokumentation eingesetzt. Aus Weitwinkelpositionen wird das Baugeschehen im Wege von getakteten Einzelaufnahmen verfolgt, was eine spätere Darstellung in Zeitrafferfilmen ermöglicht. Auch werden die installierten Kameras nicht selten als Webcams genutzt, um das interessierte Publikum über das Internet am Entstehen eines Bauwerkes teilhaben zu lassen. Während dies eher zu Marketingzwecken geschieht, können Aufnahmen von der Baustelle auch dazu dienen, den Baufortschritt zum Zwecke der Bauzeitenplanung und der Abrechnung zu dokumentieren. Kameras auf Baustellen stellen mittlerweile ein wichtiges Mittel des sogenannten „BIM“, dem Building Information Modelling, dar. Die von dem Kameras erhobenen Daten fließen in den zur Baustelle geführten Datenpool hinein und sind eine wichtige Erkenntnisquelle für den Bauherrn, seine Planer und Projektsteuerer sowie für die Gewerke auf dem Bau.

Schließlich wird Videotechnik zur Erfassung schwer einsehbarer Bauzustände in vielfältiger Weise eingesetzt. So ermöglichen kabellose Kamerasysteme an Kranauslegern eine bessere Steuerung durch den Kranführer bei unübersichtlichem Einsatzorten. Des Weiteren werden sogenannte Body-Cams entwickelt, die eine mobile Datenerfassung bis in jeden Winkel der Baustelle

hinein ermöglichen. Schließlich werden Videodrohnen eingesetzt, um beispielsweise Schäden oder andere Bauzustände an Stellen zu dokumentieren, die ansonsten nur durch aufwendige Gerüste oder Kräne zu erreichen wären.

RECHTSFRAGEN

So sinnvoll der Einsatz von Bilderfassungssystemen auf Baustellen auch ist, so bewegt sich dieser keinesfalls im rechtsfreien Raum, sondern unterliegt - wie andere Videoanwendungen auch - den zum Schutze von Persönlichkeitsrechten geschaffenen Gesetzen. Denn bei der Erhebung von Bilddaten auf einer Baustelle lässt sich in der Regel nicht vermeiden, dass Personen wie z. B. Bauarbeiter, Bauherren- bzw. Baufirmenvertreter, Lieferanten oder sonstige Besucher ins Bild geraten. Werden Kameras zum Zwecke der Detektion, Identifizierung und gegebenenfalls Rechtsverfolgung von unerwünschten Personen bzw. Delinquenten eingesetzt, dann stehen diese sogar im Fokus der Bilddatenerhebung. Lassen die Bilder bzw. Filme eine Identifizierung bestimmter Personen zu, dann sind die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen berührt, die nach Artikel 1 und 2 des Grundgesetzes einem besonderen Schutz unterliegen.

DATENSCHUTZ

Das Erheben, Speichern, Verändern oder Übermitteln personenbezogener Daten oder ihre Nutzung ist nach der Generalklausel in § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG „als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke“ zulässig, soweit es zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle erforderlich ist und kein Grund zur Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt. Werden zur Datenerfassung „optisch elektronische Einrichtungen“ eingesetzt, so ist die Spezialregelung in § 6 b BDSG einschlägig, wonach eine solche Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen zulässig ist, soweit sie zur Wahrnehmung des Hausrechtes oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen für konkret festgelegte Zwecke erforderlich ist. Auch hier dürfen keine Anhaltspunkte bestehen, dass schutzwürdige Interessen der Be-

troffenen überwiegen. Schließlich ist die Datenerhebung zulässig, wenn die Betroffenen eingewilligt haben.

ÜBERWIEGENDES INTERESSE DES BETREIBERS

Lassen sich die auf den erhobenen Bildern mit-erfassten Personen identifizieren, dann muss der Einsatz der Bilderfassungssysteme den Zulässigkeitsvoraussetzungen der o. a. Vorschriften entsprechen. Danach muss die Bilderfassung den berechtigten Interessen des Betreibers dienen, zur Zweckerreichung erforderlich sein und nicht unverhältnismäßig in die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Personen eingreifen.

Über die Zweckmäßigkeit derartiger Systeme muss nicht lange diskutiert werden; wie bereits einführend erwähnt, stellen die erhobenen Bilddaten für den Bauherrn bzw. den auf dem Bau tätigen Ingenieuren und Baufirmen eine wichtige Erkenntnisquelle über den Baufortschritt dar. Des Weiteren wird im Falle von Überwachungskameras das Hausrecht wahrgenommen und das Eigentum und die Sicherheit der Beschäftigten geschützt bzw. es werden Beweismittel für die spätere Verfolgung von Delikten erhoben. Derartige Systeme sind jedenfalls dann erforderlich, wenn es keine mildereren Mittel gibt, die den gleichen Zweck erfüllen, aber weniger in die Rechte der Betroffenen eingreifen. Deshalb sollte stets geprüft werden, ob eine Überwachung wirklich „flächendeckend“ erfolgen muss, wenn auch eine Überwachung von Schwerpunkten bzw. in bestimmten Zeiträumen ausreicht. Auch sollten die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen von vornherein durch Verpixelung von eher privaten Bereichen (sog. „private zones“) gewahrt werden.

Selbst wenn die Bilddatenerhebung aber zweckmäßig und erforderlich ist, wäre sie unzulässig, wenn damit in unzumutbarer Weise in die Persönlichkeitsrechte der abgebildeten Personen eingegriffen würde. Dies ist nach einheitlicher Auffassung dann der Fall, wenn die Privatsphäre bzw. Intimsphäre betroffen ist.

Fortsetzung auf Seite 5

AUFSATZ

Fortsetzung von Seite 4

Aufnahmen in Sanitärbereichen oder Umkleidekabinen sind daher tabu, gleiches gilt für Bereiche wie Raucherecken oder Imbissstände, in denen Kommunikation bzw. soziale Interaktion stattfindet. In der sogenannten Sozial- oder Geschäftssphäre, in der die Menschen ihren alltäglichen Verrichtungen nachgehen, sind Grundrechtskollisionen hingegen unvermeidbar. Dies dürfte jedenfalls für gelegentliche Besucher der Baustelle (wie z. B. Lieferanten, Bauherrenvertreter etc.) gelten. Was die dort beschäftigten Arbeitnehmer angeht, werden weiter unten noch Ausführungen zum Beschäftigtenschutz gemacht.

KENNTLICHMACHUNG

Soweit die Bilderfassung im öffentlich zugänglichen Bereich zu Beobachtungszwecken erfolgt, sind der Umstand der Beobachtung und die verantwortliche Stelle gemäß § 6 b Abs. 2 BDSG durch geeignete Maßnahmen erkennbar zu machen. Diese Anforderung wird in der Regel durch das Aufstellen bzw. Anbringen von Videoinfozeichen gemäß DIN 33450 erfüllt. Dabei sind diese Hinweise so anzubringen, dass man als Betroffener noch die Wahl hat, sich in den beobachteten Bereich zu begeben oder sich davon fernzuhalten. Auch wenn die Kenntlichmachung nur bei der Beobachtung öffentlich zugänglicher Räume gesetzlich vorgegeben ist, kann Baustellenbetreibern nur empfohlen werden, derartige Schilder auch in nicht öffentlich zugänglichen Bereichen aufzustellen. Dies sorgt für Transparenz bei den Betroffenen und hat gleichzeitig einen abschreckenden Effekt für all diejenigen, die „Böses im Schilde führen“.

WEITERE VORGABEN FÜR DEN UMGANG MIT BILDDATEN

Der Betreiber von Bilddatenerfassungssystemen auf Baustellen dafür zu sorgen, dass die dem Datenschutzrecht unterliegenden Bilddateien nicht in unbefugte Hände geraten. Entsprechend den Vorgaben in § 9 BDSG hat er daher geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zu ergreifen, diese Daten vor dem Missbrauch durch Dritte zu schützen. So sollten die Bilddaten über ein von der sonstigen Unternehmens-EDV getrenntes Netz geleitet und in einem Server verwaltet werden, der sowohl physisch als auch elektronisch durch entsprechende

Passwörter gesichert ist. Der jeweilige Zugriff und die Bearbeitung der Daten sollten protokolliert werden, externe Dienstleister (wie z. B. Wachdienste) sollten auf das Datengeheimnis verpflichtet werden. Die erhobenen Bilddaten sind zu löschen, wenn sie z. B. als Beweismittel nicht mehr erforderlich sind.

Des Weiteren ist anzuraten, dass das für die Baustelle entwickelte Sicherheitskonzept vor dessen Implementierung durch den betrieblichen Datenschutzbeauftragten (falls vorhanden) auf seine datenschutzrechtliche Zulässigkeit überprüft wird. Diese gemäß § 4 d Abs. 5 BDSG erforderliche „Vorabkontrolle“ sollte hinreichend protokolliert werden, um die Erfüllung der Pflicht gegenüber den Datenschutzbehörden nachweisen zu können.

BESCHÄFTIGUNGSSCHUTZ

Wie bereits erwähnt, genießen die auf der Baustelle beschäftigten Personen einen höheren Schutz vor Bilderfassungssystemen, weil sie dieser praktisch während ihrer gesamten Arbeitszeit ausgesetzt sind.

Zunächst gilt auch hier der Grundsatz aus § 4 Abs. 1 BDSG, wonach die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten zulässig ist, soweit der Betroffene eingewilligt hat. Haben sich daher die auf der Baustelle tätigen Arbeitnehmer mit Maßnahmen der Bilddatenerfassung einverstanden erklärt (und zwar schriftlich gemäß § 4 a BDSG), dann kann der Betreiber sich hierauf als Rechtfertigungsgrund berufen. Dies setzt allerdings voraus, dass die Betroffenen zuvor hinreichend auf den vorgesehenen Zweck und Umfang der Datenerhebung sowie auf die Folgen einer Verweigerung der Einwilligung hingewiesen wurden.

Soweit dem Arbeitgeber die Einholung von Einwilligungen nicht gelingt oder diese aus anderen Gründen nicht praktikabel ist, steht ihm bei Beschäftigungsverhältnissen zusätzlich die Vorschrift des § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG zur Verfügung. Danach dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn dies u. a. für dessen Durchführung erforderlich ist. Nach diesem eher dürftigen Wortlaut ist die Bilddatenerfassung zumindest dann zulässig, wenn sie der Zutrittskontrolle, der Sicherheit der Beschäftigten sowie der Steuerung von Betriebsabläufen

dient. Aber auch hier muss stets geprüft werden, ob die Maßnahmen in ihrem Umfang zweckmäßig, erforderlich und vor allen Dingen verhältnismäßig sind. Diesbezüglich hat das Bundesarbeitsgericht in mehreren Grundsatzentscheidungen angemerkt, dass Arbeitnehmer keinem ständigen Überwachungs- und Anpassungsdruck ausgesetzt sein dürfen und dass eine Videoüberwachung nicht zu einer anders unabhängigen Leistungs- und Verhaltenskontrolle eingesetzt wird.

BETRIEBSVEREINBARUNGEN

Gemäß § 32 Abs. 2 BDSG bleiben die Beteiligungsrechte der Interessenvertretungen der Beschäftigten durch die datenschutzrechtlichen Regelungen unberührt.

Denn der Betriebsrat kann nach dem Betriebsverfassungsgesetz seine Beteiligung einfordern, wenn technische Einrichtungen eingeführt und angewendet werden, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Beschäftigten zu überwachen (vgl. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG). Werden daher Videoüberwachungsanlagen auch zur Kontrolle von Arbeitnehmern auf Baustellen eingesetzt, können deren Vertreter den Abschluss einer Betriebsvereinbarung verlangen, in der Inhalt und Umfang der Maßnahmen näher definiert sind. Gelingt der Abschluss einer solchen Vereinbarung, dann stellt diese eine „andere Rechtsvorschrift“ i. S. v. § 4 Abs. 1 BDSG dar, sodass damit die Maßnahmen auch datenschutzrechtlich legitimiert sind.

Um Streit mit den Arbeitnehmern von vornherein zu vermeiden (auch bei Betrieben, die nicht dem Betriebsverfassungsgesetz unterliegen), sollte der Betreiber von Bilderfassungssystemen auf Baustellen seine Beschäftigten bereits im Vorfeld über den Einsatz, die Funktionsweise und den Umfang der Maßnahmen hinreichend informieren. Mit solchen vertrauensbildenden Maßnahmen lassen sich potentielle Konflikte von vornherein entschärfen. Wenn möglich, sollte des Weiteren das schriftliche Einverständnis der Beschäftigten eingeholt werden. Verfügt das Unternehmen über einen Betriebsrat, so sollte frühzeitig der Abschluss einer Betriebsvereinbarung angestrebt werden, die idealerweise für sämtliche Baumaßnahmen des Unternehmens gelten sollte.

Dr. Ulrich Dieckert, Rechtsanwalt ■

AKTUELLES

Neuer
Kooperationspartner



Stephan Sumpf
Steuerberater

Zur Verstärkung unseres Steuerbereiches arbeiten wir seit September 2016 mit der Kanzlei von Steuerberater Stephan Sumpf unter einem Dach in unseren neuen Büroräumen zusammen. Herr Sumpf ist seit 2008 als selbstständiger Steuerberater tätig und bietet in seiner Kanzlei alle Dienstleistungen eines Steuerbüros an, wie die Erstellung von Jahresabschlüssen, die Anfertigung von Steuererklärungen, die Erstellung von Einnahme/Überschussrechnungen und die Führung der Finanz- und Lohnbuchhaltung.

Besondere Stärken hat die Kanzlei in der Existenzgründungsberatung, insbesondere für junge Unternehmen aus dem Bereich Design Thinking und Neue Medien. Herr Sumpf leistet in diesem Zusammenhang auch betriebswirtschaftliche Beratung, insbesondere bei der Erstellung von Businessplänen.

Aufgrund der Kooperation hat unser Steuerbereich neue Kapazitäten sowohl in qualitativer als auch quantitativer Hinsicht gewonnen. Frau Dr. Funk und Herr Sumpf freuen sich daher auf Ihre Anfragen.

AKTUELLES VOM BFH

Schönheitsreparaturen: anschaffungsnahe Herstellungskosten?

Entgegen der Finanzverwaltung hat das Finanzgericht Düsseldorf am 21.1.2016 (11 K 4274/13 E, RS 1216387) entschieden, dass Aufwendungen eines Vermieters zur Beseitigung von Schäden, die vom Mieter nach Erwerb einer Eigentumswohnung verursacht wurden, keine anschaffungsnahe Herstellungskosten, sondern sofort abzugsfähige Erhaltungsaufwendungen sind. Die Revision ist beim Bundesfinanzhof (BFH) aktuell noch anhängig.

Der Fall ist deshalb interessant, weil sich der BFH mit drei Urteilen vom 14. Juni 2016 IX R 25/14, IX R 15/15 und IX R 22/15 ebenfalls mit der Steuerlichen Behandlung von Instandsetzungs- und Modernisierungsmaßnahmen kurze Zeit nach Erwerb befasst hat. Grundsätzlich sind reine Schönheitsreparaturen sofort abzugsfähiger Aufwand, nicht jedoch, wenn sie in zeitlicher Nähe zum Erwerb neben sonstigen Sanierungsmaßnahmen anfallen.

DIE ENTSCHEIDUNGEN DES BFH

Nach Auffassung des BFH handelt es sich bei diesen Aufwendungen um anschaffungsnahe Herstellungskosten, die nicht sofort abzugsfähig sind.

In allen drei Entscheidungen wurden die von den Klägern erworbenen Immobilien kurz nach deren Erwerb umfassend renoviert und instandgesetzt, um sie dann zu vermieten. Die Umbaumaßnahmen betrafen z. B. den Austausch von Fenstern, die Erneuerung der Sanitärbereiche, energetische Verbesserungen und auch klassische Schönheitsreparaturen. Die Kläger begeherten den sofortigen Abzug der Aufwendungen.

Dabei überstiegen die gesamten Kosten jeweils 15 % der Anschaffungskosten des Gebäudes. Das Finanzamt verwehrte den Abzug unter Hinweis auf die gesetzliche Regelung, wonach gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1 EStG zu den Herstellungskosten eines Gebäudes auch Aufwendungen für Instandsetzungs- und Modernisierungsmaßnahmen gehören, die innerhalb

von drei Jahren nach der Anschaffung des Gebäudes durchgeführt werden, wenn die Aufwendungen ohne USt 15 % der Anschaffungskosten des Gebäudes übersteigen. Die Aufwendungen können dann nur im Wege der Afa über die Nutzungsdauer des Gebäudes verteilt steuerlich geltend gemacht werden.

Im finanzgerichtlichen Verfahren trugen die Kläger vor, zumindest die jährlich üblicherweise anfallenden Erhaltungsarbeiten, wie Kosten für regelmäßige Wartungsarbeiten an Heizungs- und Aufzugsanlagen, für die Beseitigung von Rohrverstopfungen und -verhaltungen sowie Zählerablesungen, als sofort abzugsfähig anzuerkennen seien.

Sie stellten darauf ab, dass Schönheitsreparaturen von anderen Verbesserungsmaßnahmen zu trennen seien, was zu deren sofortigen steuerlichen Abzug führen würde.

Der BFH teilte diese Auffassung nicht. Danach gehören auch reine Schönheitsreparaturen wie auch die Maßnahmen, die das

Gebäude erst vermietbar machen oder es über seinen ursprünglichen Zustand hinaus verbessern, zu Instandsetzung- und Modernisierungsmaßnahmen des § 6 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1 EStG. Diese typisierende Regelung sei aus Gründen der Rechtsvereinfachung- und -sicherheit geschaffen worden.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Folge für die Praxis ist, dass nunmehr sämtliche Kosten für bauliche Maßnahmen, die kurze Zeit nach Erwerb des Gebäudes aber üblicherweise nicht jährlich anfallen, zusammenzurechnen sind. Eine isolierte Betrachtung der Kosten ist nicht zulässig. Werden die vorgenannten 15 % überschritten, bleibt es zunächst beim Abzug über die Afa. Wegen des oben genannten Verfahrens ist es absehbar, dass sich der BFH erneut mit diesen Fragen befassen wird. Bauherren und Immobilienbesitzer sollten diese Rechtsprechung bei den Investitionsentscheidungen beachten.

Dr. Annette Funk, Steuerberaterin ■

Anschaffungsnahe Aufwendungen nicht sofort abzugsfähig

WICHTIGE ENTSCHEIDUNGEN

Präqualifikation kann nicht in einem Nachprüfungsverfahren aberkannt werden

1. Zum Nachweis ihrer Eignung ist die Fachkunde, Leistungsfähigkeit sowie Gesetzestreue und Zuverlässigkeit der Bieter zu prüfen. Dieser Nachweis kann mit der vom Auftraggeber direkt abrufbaren Eintragung in die allgemein zugängliche Liste des Vereins für Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. (Präqualifikationsverzeichnis) erfolgen.

2. Eine von der zuständigen Stelle ausgestellte Präqualifikation kann nicht mit einem Nachprüfungsverfahren aberkannt werden.

3. Die Feststellung, ob ein Bieter die erforderliche Fachkunde und Leistungsfähigkeit besitzt, um den Auftrag zufriedenstellend ausführen zu können, ist das Ergebnis einer fachlich tatsächlichen Prognose, welche der öffentliche Auftraggeber im Rahmen eines gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraumes trifft. Grundlage der Prognose müssen gesicherte Erkenntnisse sein.

VK Nordbayern, Beschluss vom 13.04.2016
- 21. VK-3194-05/16 -

Für einen Neubau wurde als gesonderte Leistung die vorgehängte hinterlüftete Fassade mit Faserzementplatten im offenen Verfahren ausgeschrieben. In der Bekanntmachung wurde präqualifizierten Unternehmen gestattet, den Nachweis ihrer Eignung durch den Eintrag in die Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen zu führen. Nicht präqualifizierte Unternehmen hatten zum Nachweis der Eignung mit dem Angebot das ausgefüllte Formblatt 124 „Eigenerklärung zur Eignung“ vorzulegen. Die beabsichtigte Beauftragung des an erster Stelle liegenden Bieters wurde von einem konkurrierenden Bieter wegen dessen angeblich fehlender Eignung gerügt. Das bevorzugte Unternehmen sei als Abbruch- und Entsorgungsbetrieb tätig und könne nicht die fachliche Eignung zur Ausführung der ausge-

schriebenen Fassadenarbeiten aufweisen. Insbesondere habe dieses Unternehmen keine Nachweise erbracht, welche seine wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit bescheinigen. Der Eintrag im Präqualifikationsverzeichnis könne hier nicht ausreichen. Dem trat die Vergabestelle mit dem Hinweis entgegen, sie habe es bei der von ihr anzustellenden Prognoseentscheidung nicht dabei belassen, sich auf die Präqualifikation des bevorzugten Bieters zu beschränken. Vielmehr sei der Bieter aufgefordert worden, drei Referenzen vorzulegen. Diese Nachforderung sei inhaltsgleich mit den Anforderungen nach Referenzblatt 124 gewesen. Sie habe weitergehend die in den vorgelegten Referenzen benannten Auftraggeber kontaktiert und sich die Richtigkeit der Angaben bestätigen lassen. Damit seien alle Anforderungen an eine sachlich fungierte Entscheidung erfüllt worden.

DIE ENTSCHEIDUNG DER VERGABEKAMMER

Die angerufene Vergabekammer weist den Nachprüfungsantrag des konkurrierenden Bieters ab. Gründe für einen formalen Ausschluss des Angebotes lägen nicht vor. In der vom Bieter vorgelegten Präqualifizierungsurkunde werde diesem bescheinigt, für den Bereich konstruktiver Fassadenarbeiten präqualifiziert zu sein. Damit sei die Forderung nach Ziffer III 2.1 der Bekanntmachung erfüllt, wonach präqualifizierte Unternehmen den Nachweis der Eignung durch einen Eintrag in das Präqualifikationsverzeichnis führen können. Eine solche von der zuständigen Stelle ausgestellte Präqualifikation könne nicht mit einem Nachprüfungsverfahren aberkannt werden. Der Bieter sei nach den Vorgaben der Bekanntmachung nicht verpflichtet gewesen, weitere Einzelnachweise vorzulegen. Insofern hätte es der Nachforderung von Referenzen gar nicht bedurft. Aber

auch die vom Bieter vorgelegten Referenzen würden für eine sichere Beurteilung der Eignung ausreichen, weil sie der zu vergebenden Leistung vergleichbar seien.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

An dieser Entscheidung ist bemerkenswert, dass der bevorzugte Bieter nach Auffassung der Vergabekammer gar keine weiteren Nachweise mehr hätte vorlegen müssen. Diese Pflicht sei nur von denjenigen Bietern zu erfüllen gewesen, die mangels

Spezielle Eignungsnachweise sind bei Ausschreibung gesondert einzufordern

Präqualifizierung das ausgefüllte Formblatt 124 „Eigenerklärung zur Eignung“ hätten vorlegen müssen. Denn in diesem Formblatt war vorgesehen, dass die Eigenerklärungen durch Bescheinigungen zuständiger Stelle zu bestätigen seien, wenn das Angebot in die engere Wahl gelangt. Offensichtlich betrachtet die Vergabekammer die Vorlage der Präqualifizierungsurkunde als eine solche Bescheinigung, die weitere Nachweise überflüssig macht. Das mag richtig sein, wenn die im Rahmen der Präqualifizierung überprüften Vorgaben denjenigen entsprechen, die auch in einer konkreten Ausschreibung an die Bieter gestellt werden. Enthält die Ausschreibung jedoch weitere - spezielle - Vorgaben, die nicht im Rahmen einer Präqualifizierung geprüft werden, dann wird auch der präqualifizierte Bieter verpflichtet sein, diese speziellen Vorgaben durch entsprechende Nachweise zu erfüllen. Vergabestellen tun allerdings gut daran, dies in der Bekanntmachung und der Aufforderung zur Angebotsabgabe hinreichend klarzustellen, damit keine Streitigkeiten entstehen wie im vorliegenden Fall. ■

Bei Präqualifikation ist die Vorlage weiterer Nachweise nicht erforderlich

AKTUELLES

Reform des Bauvertragsrechts noch in diesem Jahr?

Wie in vorangegangenen Newslettern berichtet, soll das BGB um neue Regelungen zum Bauvertragsrecht ergänzt werden. Nach der ersten Lesung im Bundestag im Sommer dieses Jahres wurde der Gesetzentwurf noch intensiv in den Ausschüssen diskutiert. Nach jetzigem Stand der Dinge soll die zweite und dritte Lesung des Gesetzes Mitte November stattfinden, sodass das Gesetzgebungsverfahren bis zum Ende des Jahres abschlossen wäre. Nach bisheriger Planung sollen die Neuregelungen dann zum 01.07.2017 in Kraft treten.

Auch wenn die Geltung der VOB/B weiterhin vorrangig vereinbart werden kann, werden die Neuregelungen im BGB deutliche Auswirkungen für die Baupraxis haben. Dies betrifft z. B. Regressansprüche gegenüber Baustoffherstellern, die im Falle von Mängeln künftig auch die Kosten für den Aus- und Einbau mangelfreier Materialien zu tragen haben. Wir werden die Neuregelungen des BGB ab Januar 2017 in Seminaren und Inhouseschulungen vorstellen, damit Sie sich darauf vorbereiten können.

ANKÜNDIGUNG

Unternehmensgespräch
„Recht und Steuern“
in unserer Kanzlei

Datum: Donnerstag, 15.12.2016
von 14:00 Uhr bis 17:00 Uhr

Referenten:
Dr. Annette Funk, Steuerberaterin
Stefan Sumpf, Steuerberater
Dr. Ulrich Dieckert, Rechtsanwalt

Einladung erfolgt gesondert

WWW.BAULEITERSCHULUNG.DE

Schulungen im 4. Quartal 2016

Auch im 4. Quartal 2016 führen wir wieder unsere bewährten Schulungen zum Baurecht durch. Wie Sie der nachstehenden Übersicht entnehmen können, sprechen wir dabei sowohl Bauleiter als auch Poliere an. Wenn Sie diese Seminare für Ihr Unternehmen als Inhouse-Schulungen buchen wollen, nehmen Sie bitte mit unserer zuständigen Frau Goltz unter jana.goltz@dieckert.de Kontakt auf. Diese nimmt auch Anmeldungen zu den u. a. Sammel-schulungen entgegen.

Für alle Seminare gelten folgende Sonderkonditionen:

Mehrfachanmeldungen: Bei Anmeldungen von mehr als drei Teilnehmern zu einem Seminar gewähren wir einen Nachlass von 20 % auf den Gesamtbetrag der Rechnung.

Frühbucherrabatt: Bei Anmeldungen, die vier Wochen vor der jeweiligen Veranstaltung bei uns eingehen, gewähren wir einen Frühbucherrabatt in Höhe von 15 % auf den Gesamtbetrag der Rechnung. Eine Kombination der Ermäßigungen ist **nicht** möglich.

DAS NEUE VERGABERECHT

Vergaberechtsreform 2016
Umsetzung in der Praxis

Datum: 07.12.2016 **Dauer:** 1 Tag
Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert
Seminarunterlagen: Leitfaden Bauvergabe 2016, Sammlung aktueller Gerichtsentscheidungen, Gesetzes- und Verordnungstexte in aktueller Fassung vor (GWB, VgV, VOB/A etc.)
Konditionen: € 290,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

BAULEITERSCHULUNG:
DIE VOB IN DER PRAXIS (HAMBURG)

Die komplette VOB/B an zwei Tagen - unser meistgebuchtes Seminar

Datum: 14.12./15.12.2016 **Dauer:** 2 Tage
Referent: RA Bernd Kimmich
Seminarunterlagen: Handbuch „VOB für Bauleiter“
Konditionen: € 540,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

VOB/B FÜR POLIERE

Basiswissen bei der Dokumentation des Bauablaufes (Nachträge, Behinderungen, Stundenlohnarbeiten, Abnahme und Mängel, Aufmaß und Abrechnung)

Datum: 14.12.2016 **Dauer:** 1 Tag
Referent: RA Markus Fiedler
Seminarunterlagen: Handbuch „VOB für Bauleiter“
Konditionen: € 290,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

TERMINE

Veranstaltungen, auf denen Berufsträger unserer Kanzlei im nächsten Quartal als Referenten auftreten

Betreiberhaftung im Brandschutz

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert
Termin/Ort: 02.11.2016, Frankfurt
Veranstalter: Effexx GmbH

Rechtsfragen beim Einsatz von ZK-Systemen

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert
Termin/Ort: 09.11.2016, Berlin
Veranstalter: SIMEDIA Akademie
www.simedia.de

VORSCHAU

Bauleiterschulung
Die VOB in der Praxis (Berlin)

Die komplette VOB/B an zwei Tagen - unser meistgebuchtes Seminar

Datum: 26.01./27.01.2016 **Dauer:** 2 Tage
Referent: RA Bernd Kimmich,
Seminarunterlagen: Handbuch „VOB für Bauleiter“
Konditionen: € 540,00 zzgl. USt pro Teilnehmer