

## EDITORIAL

## Gut begleitet im Jahr 2012

Auch wenn das Jahr mild begonnen hat, kündigen die wirtschaftlichen Aussichten für 2012 eher ein raues Geschäftsklima an. Gut, wenn man in solchen Zeiten Bauverbände hat, die sich für die Interessen ihrer Mitglieder einsetzen. Lesen Sie hierzu mehr in unserem Interview mit dem Hauptgeschäftsführer der Fachgemeinschaft Bau Berlin-Brandenburg, Herrn Reinhold Dellmann auf Seite 8 dieses Newsletters.



Rechtsanwalt  
Dr. Ulrich  
Dieckert

Eine gute Begleitung ist häufig auch bei großen bzw. komplexen Bauvorhaben erforderlich; unsere Kanzlei bietet für derartige Projekte eine baubegleitende Rechtsberatung an, die wir auf Seite 5 bzw. auf der Website [www.baurecht-wrd.de](http://www.baurecht-wrd.de) näher vorstellen. Des Weiteren dürfen wir auf unser Seminarprogramm für das 1. Quartal 2012 verweisen (Seite 7). Dort bieten wir erstmals auch eine Schulung zum Bauarbeitsrecht an (14.03.2012), die von unserem Arbeitsrechtsexperten RA Stephan Becker durchgeführt wird. Schließlich darf ich auch die weiteren Beiträge Ihrer Aufmerksamkeit empfehlen.

## AUS DEM INHALT:

Baubegleitende Rechtsberatung	Seiten 3
Interview mit Reinhold Dellmann Hauptgeschäftsführer FG Bau	Seite 8

## DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

## Mindestanforderungen für die Eignung von Nachunternehmern

**Ein Nachunternehmer hat für die von ihm zu übernehmenden Teile der Leistungen fachlicher, persönlicher und wirtschaftlicher Hinsicht den selben Eignungsanforderungen zu genügen, wie der Auftragnehmer für jenen Leistungsteil. Erfüllt der NU die gestellten Mindestanforderungen nicht, schlägt dies als Eignungsmangel auf den Bieter durch.**

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1611.2011  
– Verg 60/11

Bei einem öffentlichen Großbauvorhaben in Berlin gibt die Vergabestelle für den Auftrag „Baugruben und Rohbauarbeiten“ (Auftragswert ca. 30 Mio. €) als Eignungsmerkmal eine mindestens dreijährige Geschäftstätigkeit des Bieters vor. Bei der Prüfung der Angebote stellt sich heraus, dass der erstplatzierte Bieter einen Nachunternehmer für Bewehrungsarbeiten benannt hat, der keine dreijährige Geschäftstätigkeit nachweisen kann. Wegen des daraufhin verfügten Ausschlusses wendet sich der Bieter an die Vergabekammer, die eine erneute Angebotswertung anordnet. Hierauf erhebt der öffentliche Auftraggeber sofortige Beschwerde beim OLG, welches die Entscheidung der Vergabekammer aufhebt.

## DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Das OLG Düsseldorf hält den Ausschluss des Bieters wegen mangelnder Eignung (§ 16 Abs. 2 Nr. 1 VOB/A) für gerechtfertigt. Wenn der vom Bieter benannte Nachunternehmer die in der Ausschreibung vorgegebenen Mindestanforderungen nicht erfüllt, so schlägt dessen Eignungsmangel auf den Bieter durch, was dessen Ausschluss zwingend zur Folge hat. Nach dem OLG ist die Vorgabe einer mindestens dreijährigen Geschäftstätigkeit auch nicht als unangemessen oder mit dem Auftragsgegenstand nicht

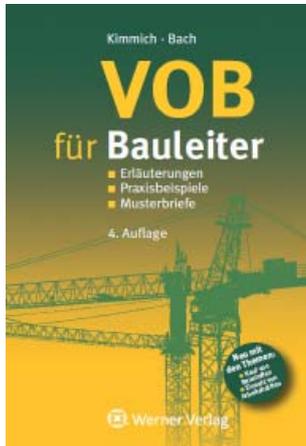
zusammenhängend zu beanstanden, da es sich hier um ein Großbauvorhaben handelt. Dies gelte ungeachtet der Höhe der Auftragssumme auch in Bezug auf die Betonstahl-Verlegearbeiten, weil diese bei der gebotenen funktionalen Betrachtung keine lediglich untergeordnete oder wenige wichtige Bauleistung darstellen. Sie betreffen die Tragfähigkeit des Bauwerks und sind im Baubetrieb in enger Verzahnung mit vorgehenden (z. B. Schalungsarbeiten) und darauf aufbauenden Bauleistungen (z. B. Betonierarbeiten) auszuführen.

## HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Bieter sind gut beraten, wenn sie künftig sorgfältig darauf achten, ob die von ihnen benannten Nachunternehmer auch die von der Vergabestelle vorgegebenen Mindestanforderungen erfüllen. Dies betrifft insbesondere das Merkmal der Fachkunde und Erfahrung, wenn die Arbeiten nicht vom Bieter selbst ausgeführt werden. Ob der Nachunternehmer auch alle anderen in der Ausschreibung benannten Eignungsanforderungen erfüllen muss, bleibt in der Entscheidung des Gerichts leider offen, was eine erhebliche Rechtsunsicherheit zur Folge hat. So kann beispielsweise nicht ernsthaft verlangt werden, dass ein benannter Nachunternehmer auch die gleichen Umsatzzahlen oder die gleiche Personalstärke aufweist, wie sie vom Bieter eines Großbauvorhabens verlangt werden. Die Vergabestellen sollten daher bereits in ihren Vergabeunterlagen unmissverständlich deutlich machen, welche der genannten Mindestanforderungen auch von Nachunternehmern zu erfüllen sind und welche nicht. ■

### Nachunternehmer muss die gleiche Fachkunde und Erfahrung aufweisen

## Praxiswissen für Bauleiter



Unter den Handbüchern zur VOB/B hat sich „VOB für Bauleiter“ mittlerweile zu einem Klassiker entwickelt. Mit der 4. Auflage wurde das Werk erheblich überarbeitet und ergänzt, um den Praxisbedürfnissen der Leser noch mehr entgegenzukommen.

So sind nicht nur die Neuerungen in Rechtsprechung und Gesetzgebung der letzten drei Jahre berücksichtigt. Vielmehr wurden zentrale Kapitel (z. B. Nachträge, Behinderungen, Kündigungen etc.) umstrukturiert, um dem Bauleiter die Handhabung der einschlägigen VOB-Bestimmungen zu erleichtern. Des Weiteren wurde die Gliederung neu geordnet und soweit sinnvoll an die Reihenfolge der VOB/B-Vorschriften angepasst.

Das Buch behandelt nach wie vor die für den Praktiker relevanten Fragen der VOB/B. Anhand von Beispielen aus der aktuellen Rechtsprechung wird erläutert, welche Probleme in der Praxis auftreten und wie sich ein Bauleiter im rechtlichen Umfeld des Bauens verhalten sollte.

Das Werk ist ab Februar 2012 im Handel zum Preis von 46,00 € erhältlich. Es dient darüberhinaus als Seminarunterlage für unsere Bauleiterschulung. ■

### DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

# Schlussrechnung: 2-monatige Prüffrist unwirksam

**Wird die VOB/B in einem Vertragsmuster nicht als Ganzes vereinbart, ist die zweimonatige Prüfungsfrist des § 16 Nr. 3 VOB/B AGB-widrig und damit unwirksam.**

OLG Naumburg, Urteil vom 12.01.2012

In dem vom OLG Naumburg entschiedenen Rechtsstreit ging es unter anderem um die Frage, ob der klagende Unternehmer Verzugszinsen ab dem 31. Tag nach Zugang der Rechnung beim Auftraggeber verlangen kann oder ob der Zahlungsverzug frühestens zwei Monate nach Eingang der Schlussrechnung eintritt.

Gemäß § 641 BGB wird die Vergütung des Werkunternehmers bei der Abnahme des Werkes fällig. Außerdem tritt die Fälligkeit ein, wenn der Auftraggeber die Abnahme trotz einer Aufforderung hierzu unberechtigt verweigert oder wenn der Auftraggeber seinerseits die Leistungen bereits bezahlt bekommen hat oder diese abgenommen wurden. Das ist etwa dann der Fall, wenn der Generalunternehmer vom Bauherrn die Abnahme erhalten hat. Dann wird auch die Vergütung des Nachunternehmers fällig.

Es gibt also nach dem BGB den Grundsatz der sofortigen Fälligkeit der Werklohnforderung. Gemäß § 286 BGB tritt Zahlungsverzug entweder mit einer Mahnung nach Eintritt der Fälligkeit ein, spätestens aber 30 Tage nach Fälligkeit (den Zugang einer Rechnung vorausgesetzt).

§ 16 Abs. 3 VOB/B weicht hiervon erheblich ab, indem eine generelle Prüfungsfrist von zwei Monaten für alle Schlussrechnungen geregelt ist. Es liegt auf der Hand, dass man für die Prüfung einer Schlussrechnung über eine Pauschalsumme von € 5.000 keine zwei Monate braucht. Andererseits können bei großen Aufträgen auf Einheitspreisbasis, wo umfangreiche Aufmaße zu prüfen sind, mitunter auch zwei Monate für die Prüfung der Schlussrechnung zu wenig sein. Indem § 16 Abs. 3 VOB/B unterschiedslos für sämtliche Bauaufträge die Prü-

fungsfrist von zwei Monaten statuiert, wird von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abgewichen und dies zum Nachteil des Auftragnehmers. Aus diesem Grunde ist die zweimonatige Prüfungsfrist nur dann wirksam vereinbart, wenn die VOB/B ansonsten komplett unverändert in den Bauvertrag einbezogen wird. Das ist aber in der Praxis so gut wie nie der Fall.

Das OLG München hatte bereits im Jahr 1995 entschieden, dass die zweimonatige Prüfungsfrist unwirksam ist, wenn die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart wird. Interessanterweise ist das OLG München auch der Ansicht, dass bereits eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist auf fünf Jahre dazu führt, dass die

VOB/B nicht mehr als Ganzes vereinbart ist.

Nachdem sich das OLG München bereits mit seiner Entscheidung zur zweimonatigen Prüfungsfrist als „Vorreiter“ erwiesen hat, wird sich möglicherweise auch der Standpunkt des OLG München zur Frage der

fünfjährigen Gewährleistung durchsetzen.

Welche Konsequenzen ergeben sich hieraus für die Praxis?

Man kann natürlich in den Bauverträgen alles beim Alten lassen und darauf hoffen, dass sich nur wenige Auftragnehmer hierauf berufen werden.

Wer als Auftraggeber hingegen eine wirksame Regelung anstrebt sollte in seinen Bauverträgen die Zahlungsfrist für die Schlussrechnung differenziert regeln. Denkbar wäre eine Regelfrist von einem Monat und eine Unterscheidung zwischen Pauschalverträgen und Einheitspreisverträgen sowie eine Differenzierung nach dem Umfang des Auftrages. Ebenfalls denkbar wäre, dass für Nachtragsforderungen eine gesonderte Prüfungsfrist vereinbart wird.

Es bleibt kaufmännisch zu entscheiden, ob der Vorteil der höheren Rechtssicherheit größer ist, als die Nachteile, die sich aus im Durchschnitt kürzeren Zahlungsfristen ergeben. ■

### Zahlungsfrist für die Schlussrechnung ein Monat?

# Baubegleitende Rechtsberatung

[www.baurecht-wrd.de](http://www.baurecht-wrd.de)

Jedes Bauprojekt ist sowohl für den Auftraggeber als auch für Auftragnehmer mit Risiken verbunden. Unsere Erfahrung zeigt, dass ab einer gewissen Projektgröße eine baubegleitende Rechtsberatung sinnvoll ist. Ob Auftraggeber, Generalunternehmer oder Einzelgewerke: Sowohl bei der Gestaltung der Vertragsbeziehungen als auch während der Bauzeit ist die anwaltliche Beratung ein geeignetes Mittel, um rechtliche Probleme frühzeitig zu erkennen und systematische Lösungen für deren Behandlung zu erarbeiten. Diese müssen im Baualltag dann konsequent umgesetzt werden. Dazu kann die baubegleitende Rechtsberatung eine wertvolle Unterstützung bieten.

Aus diesem Grund sind wir bereits seit vielen Jahren bei größeren Bauvorhaben projektbegleitend tätig. Wir betreuen sowohl Bauherren als auch Auftragnehmer vom Vertragsabschluss bis zur Abnahme bzw. Abrechnung der Leistungen. Hierzu schließen wir projektbezogene Beratungsverträge und vereinbaren kalkulierbare Pauschalen, deren Höhe sich am voraussichtlichen Zeitaufwand orientiert.

Im Mittelpunkt der baurechtlichen Beratung stehen folgende Themen:

## **ERSTELLUNG TRANSPARENTER UND RECHTSSICHERER BAUVERTRÄGE UND PLANERVERTRÄGE BZW. ANPASSUNG VORHANDENER VERTRÄGE AUF DAS KONKRETE PROJEKT**

Wir erstellen Generalunternehmerverträge, Nachunternehmerverträge sowie Verträge mit Architekten und Fachplanern und beraten bei der Auftragvergabe. Dazu kann auch die Teilnahme an Vergabeverhandlungen gehören. Wenn gewünscht, führen wir projektbezogene Schulungen für die Bau- und Projektleiter durch, in denen die wesentlichen Vertragsregelungen erläutert werden.

## **NACHTRAGSMANAGEMENT**

Wir unterstützen den Auftragnehmer bei der Aufdeckung von Nachtragspotential, der inhaltlichen Begründung und der Durchsetzung seiner Nachtragsforderungen und sorgen dafür, dass die formellen Anforderungen der VOB/B beachtet werden.

Auftraggeber beraten wir bei der Prüfung von Nachtragsansprüchen zu deren rechtlicher Begründetheit und der Höhe der geltend gemachten Vergütung. Dabei arbeiten wir eng mit den Planern, Bauleitern und ggf. Gutachtern des Auftraggebers zusammen.

## **BEHINDERUNGSMANAGEMENT**

Bei Störungen im Bauablauf geben wir unserem Mandanten Hinweise zur VOB-gerechten Dokumentation der Behinderungsumstände und ihrer Auswirkungen. Wir unterstützen bei der Durchsetzung bzw. Abwehr von Mehrkostenansprüchen und ziehen im Einzelfall nach Absprache kompetente baubetriebswirtschaftliche Berater zur Seite.

## **MÄNGELMANAGEMENT**

Wir beraten bei der Formulierung oder Abwehr von Mängelrügen und unterstützen die Vertragspartner bei der Konfliktlösung. Hierzu bieten sich oft Schiedsvereinbarungen mit Gutachtern an, die technische Streitfragen schneller und kostengünstiger klären als ein aufwendiges Beweisverfahren bei Gericht.

## **TEAM**

In Anbetracht der Anforderungen, die eine baubegleitende Rechtsberatung stellt, werden in unserer Sozietät nur solche Kollegen tätig, die seit mehr als zehn Jahren nahezu ausschließlich im Baurecht tätig sind. Hierbei handelt es sich um die Rechtsanwälte Dr. Dieckert, Bernd Kimmich, Hendrik Bach und Markus Fiedler.

Wenn Sie sich für weitere Einzelheiten der baubegleitenden Rechtsberatung interessieren, können Sie sich auf unserer Website [www.baurecht-wrd.de](http://www.baurecht-wrd.de) informieren. Dort finden Sie auch eine Auswahl von uns betreuter Bauprojekte.

Sollten Sie eine baubegleitende Beratung bei einem konkreten Projekt benötigen, sprechen Sie die genannten Kollegen in unserem Hause direkt an. ■

## **AKTUELLES**

### **Fristlose Kündigung unberechtigt**

Das Landesarbeitsgericht Mainz hatte folgenden Fall zu entscheiden:

Der Chef einer Firma hatte einen Mitarbeiter wegen eines angeblichen Fehlers scharf kritisiert und ihm mit einer Kündigung gedroht, obgleich der Mitarbeiter den Fehler nicht begangen und alles richtig gemacht hatte.

Daraufhin bezeichnete der Mitarbeiter seinen eigenen Chef als „Wichser“ und „Arschloch“. Das ließ der Chef nicht auf sich sitzen und sprach unmittelbar darauf eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus. Das LAG erklärt, es stelle nicht zwingend einen wichtigen Kündigungsgrund dar, wenn ein Angestellter seinen Vorgesetzten in dieser Weise beleidige. Aufgrund der Tatsache, dass der Vorgesetzte den Angestellten provoziert, unberechtigt kritisiert und ihm unberechtigterweise mit einer Kündigung gedroht hatte, sei das Verhalten des Angestellten nicht von einem Gewicht, das die sofortige fristlose Kündigung ohne vorherige Abmahnung rechtfertige. In einer solchen Ausnahmesituation seien die Äußerungen des Klägers verständlich und hätten deutlich weniger Gewicht, als wenn zuvor keine solchen Ereignisse stattgefunden hätten. Es habe sich um eine angespannte Lage gehandelt, bei der der Angestellte ausfallend geworden sei.

Angesichts dieser Umstände sei eine Abmahnung ausreichend, um das Fehlverhalten des Arbeitnehmers zu verfolgen. Eine außerordentliche Kündigung sei hingegen im konkreten Fall unverhältnismäßig gewesen.

Da eine unberechtigte fristlose Kündigung die Firma teuer zu stehen kommen kann, muss vor einer solchen Entscheidung immer überlegt werden, ob die Kündigung vor Gericht Bestand haben wird. ■

TERMINE

Veranstaltungen, auf denen Berufsträger unserer Kanzlei als Referenten auftreten:

**Gestörter Bauablauf aus betrieblicher und baurechtlicher Sicht**

**Referent:** RA Bernd Kimmich  
Dipl.-Wirtsch.-Ing. Frank A. Bötzes  
**Termin/Ort:** 07.02.2012, Hannover  
**Anmeldung:**  
www.ibr-online.de/ibrseminare

**Immer Ärger mit der Bauzeit, Aufgaben und Pflichten des bauüberwachenden Architekten bei Verzug des Auftragnehmers**

**Referent:** RA Bernd Kimmich  
**Termin/Ort:**  
02.02.2012 Köln  
09.02.2012 Stuttgart  
14.02.2012 Fürth  
23.02.2012 Hannover  
28.02.2012 München  
01.03.2012 Darmstadt  
06.03.2012 Hamburg  
**Anmeldung:** Wienerberger Mauerwerktag,  
Tel. 0511 6107051

**Rechtsgrundlagen der Videoüberwachung**

**Referent:** RA Dr. Ulrich Dieckert  
**Termin/Ort:** 15.02.2012, Fulda  
**Anmeldung:** BHE-Akademie GmbH  
Tel. 06386 9214-0

**Workshop Videoüberwachung**

**Referent:** RA Dr. Ulrich Dieckert  
**Termin/Ort:** 16.02.2012, Hildesheim  
**Anmeldung:** Kühn Sicherheitstechnik GmbH  
Tel. 05121 930930

**Baunsolvenzrecht**

**Referent:** RA Dr. Ulrich Dieckert  
**Termin/Ort:** 22.03.2012, Freiburg  
**Anmeldung:** Bauwirtschaft Südbaden,  
Tel. 0761 7030243

# Alkohol am Arbeitsplatz - wann ist eine Kündigung möglich?

In vielen Betrieben wird der Arbeitgeber früher oder später mit Alkoholproblemen eines Mitarbeiters konfrontiert. Darauf sollte der Arbeitgeber vorbereitet sein! Unsere Tipps sollen Ihnen helfen, richtig zu reagieren.

## BETRIEBLICHES ALKOHOLVERBOT

Am besten ist es, Alkoholprobleme im Betrieb dadurch zu vermeiden, dass ein betriebliches Alkoholverbot ausgesprochen wird. Hier gehen die betriebliche Sicherheit und das Interesse des Arbeitgebers an ungeminderten Arbeitsleistungen den Interessen des Arbeitnehmers (Persönlichkeitsrecht) grundsätzlich vor! So jedenfalls das LAG Köln mit Urteil vom 08.11.2010 - 2 Sa 612/10.

Wenn im Betrieb ein Betriebsrat gebildet ist, muss dessen Zustimmung einholt werden (§ 87 I Nr. 1 BetrVG). Andernfalls müsste jeder Mitarbeiter eine entsprechende Erklärung unterzeichnen, wonach er bestätigt, dass er auf das betriebliche Alkoholverbot hingewiesen wurde und sich (in Zukunft) daran halten wird.

Aber Vorsicht: Ein Alkoholverbot, auch wenn es mit dem Betriebsrat vereinbart worden ist, berechtigt Sie noch nicht dazu, auch Alkoholtests durchzuführen. Jede Alkoholkontrolle bedarf vielmehr prinzipiell einer gesonderten Einwilligung Ihres Mitarbeiters. Lassen Sie daher Ihre Mitarbeiter eine zusätzliche Erklärung unterzeichnen, dass sie den Hinweis auf das betriebliche Alkoholverbot zur Kenntnis genommen haben und sich mit dem Alkoholverbot einverstanden erklären.

Achten Sie darauf, dass das Alkoholverbot auch befolgt wird. Lassen Sie den Alkoholkonsum im Betrieb keinesfalls zur Gewohnheit werden, sonst nehmen Sie sich die Möglichkeit, spätere Verstöße zu sanktionieren (Stichwort: „betriebliche Übung“).

## UNTERSCHIEDUNG ALKOHOLMISSBRAUCH UND -ABHÄNGIGKEIT

Der Alkoholkonsum eines Mitarbeiters kann Sie zur Kündigung eines Arbeitsverhältnisses berechtigen. Sie müssen aber genau un-

terscheiden: Kann Ihr Mitarbeiter seinen Alkoholkonsum noch kontrollieren, können Sie im Falle des Alkoholmissbrauchs nach vorheriger Abmahnung eine verhaltensbedingte Kündigung aussprechen. Liegt dagegen bereits eine Alkoholabhängigkeit vor, die Krankheitswert hat, müssen Sie die Vertragsbeziehung personenbedingt (krankheitsbedingt) kündigen.

Stützen Sie die Kündigung nicht auf die richtigen Argumente, könnte die Kündigung unwirksam sein, sodass der Mitarbeiter weiterbeschäftigt wäre. Lassen Sie sich daher vor Ausspruch einer Kündigung von uns beraten!

## ALKOHOLMISSBRAUCH: ERST ABMAHNEN, DANN KÜNDIGEN

Alkoholkonsum während der Arbeitszeit berechtigt Sie als Arbeitgeber nach vorheriger Abmahnung zu einer verhaltensbedingten Kündigung, wenn Ihr Mitarbeiter durch sein „Trinken“ gegen ein betriebliches Alkoholverbot verstößt. Existiert ein solches betriebliches Alkoholverbot nicht, können Sie die Kündigung nur

aussprechen, wenn der Alkoholmissbrauch zu Schlecht- oder Fehlleistungen des Arbeitnehmers führt. Sie müssen im Streitfall also nachweisen, dass Ihr Mitarbeiter alkoholbedingt nicht mehr in der Lage gewesen ist, seinen arbeitsvertraglichen Verpflichtungen zu genügen. Für den Nachweis der Alkoholisierung genügt dabei, wenn Sie Indizien (z. B. Alkoholfahne, schwankender Gang etc.) anführen können, die durch Zeugenaussagen belegbar sind.

Im Falle einer solchen „verhaltensbedingten Kündigung“ bedarf es regelmäßig einer oder mehrerer vorheriger erfolgloser Abmahnungen. Anders ist es, wenn der außerdienstliche Alkoholkonsum konkrete Auswirkungen auf die Arbeitsleistung hat. Denn Ihr Mitarbeiter hat die Pflicht, seine Arbeitsfähigkeit auch nicht durch privaten Alkoholgenuß zu beeinträchtigen.

**Wichtiger Hinweis:** Außerhalb der Arbeitszeit berechtigt Sie auch der übertriebene Alkoholkonsum Ihres Mitarbeiters nicht dazu, ihm verhaltensbedingt zu kündigen. In die Privatsphäre Ihres Mitarbeiters dürfen Sie als ⇨

## Alkoholverbot aussprechen und durchsetzen

⇒ FORTSETZUNG VON SEITE 4

Arbeitgeber grundsätzlich nicht eingreifen. Kommt er jedoch alkoholisiert zur Arbeit und bewegt er sich als Berufskraftfahrer oder z.B. Kranfahrer in einem besonders gefahrträchtigen Bereich, kann er verhaltensbedingt gekündigt werden (im Zweifel nach vorheriger Abmahnung).

### BEI ALKOHOLABHÄNGIGKEIT KRANKHEITSBEDINGT KÜNDIGEN

Wenn Ihr Mitarbeiter infolge physischer und psychischer Abhängigkeit seinen gewohnheits- und übermäßigen Alkoholgenuss nicht aufgeben kann, liegt ein krankhafter Alkoholismus vor. Eine Kündigung wegen vertragswidrigen Verhaltens scheidet dann zwangsläufig aus, weil Ihr Mitarbeiter seinen Alkoholkonsum nicht steuern kann und ihn deswegen keine Schuld trifft.

In diesem Fall können Sie nur eine Kündigung aus krankheitsbedingten Gründen aussprechen.

Dabei müssen Sie sich stets vor Augen führen, dass eine solche krankheitsbedingte Kündigung keine Bestrafung für vergangene Fehlzeiten oder Schlechtleistungen ist. Entscheidend ist allein, ob auch in Zukunft mit ähnlichen alkoholbedingten Fehlzeiten oder auffälligen Verhaltensweisen gerechnet werden muss. Dafür freilich können Vorfälle in der Vergangenheit ein Indiz sein.

Folgende drei Voraussetzungen müssen für eine Kündigung wegen Alkoholabhängigkeit vorliegen:

#### 1. negative Zukunftsprognose

Sie ist regelmäßig gerechtfertigt, wenn Sie Ihrem Mitarbeiter vor Ausspruch der Kündigung die Möglichkeit einer Entziehungskur gegeben haben und er sich weigert, eine solche durchzuführen (BAG, Urteil vom 17.06.1999, AZ: 2 AZR 639/98). Das Gleiche gilt, wenn Ihr Mitarbeiter nach zunächst erfolgreicher Durchführung einer Entziehungskur rückfällig wird (BAG, Urteil vom 16.09.1999, AZ: 2 AZR 123/99).

**Wichtiger Hinweis:** Kommt Ihr Mitarbeiter nach Ausspruch der Kündigung zur besseren Einsicht und will sich doch noch einer Entziehungskur unterziehen, nützt ihm das nichts mehr. Denn maßgeblich ist allein der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung!

#### 2. betriebliche Beeinträchtigung

Bei einer krankheitsbedingten Kündigung müssen Sie nachweisen können, dass die Fehlzeiten oder Schlechtleistungen Ihres alkoholabhängigen Mitarbeiters auch künftig zu betrieblichen Beeinträchtigungen führen werden. Das können sowohl wirtschaftliche Belastungen (z. B. außergewöhnlich hohe Entgeltfortzahlungskosten) als auch betriebliche Ablaufstörungen (z. B. ständige Überlastung der Kollegen durch Überstunden) sein.

#### 3. Interessenabwägung

Sie müssen eine Interessenabwägung vornehmen. Dabei müssen Sie Ihr Interesse an der Vertragsbeendigung gegen das Interesse Ihres Mitarbeiters an der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses abwägen. Besondere Bedeutung haben dabei auf Seiten Ihres Arbeitnehmers dessen Lebensalter und Beschäftigungsdauer.

### SO GEHEN SIE BEI ALKOHOLABHÄNGIGKEIT VOR

Häufig können Sie nicht einschätzen, ob der Alkoholkonsum Ihres Mitarbeiters schon Krankheitswert hat oder lediglich ein Fall des Missbrauchs vorliegt. Um Näheres zu erfahren, können folgende Schritte helfen:

- Führen Sie mit Ihrem Mitarbeiter ein Personalgespräch, in dem Sie ihn auf etwaige Fehlleistungen oder Fehlzeiten ansprechen, und zwar unter Hinzuziehung eines Zeugen.
- Bieten Sie Ihrem Mitarbeiter unter Zeugen eine Entziehungskur an, wenn Sie eine Alkoholabhängigkeit nicht ausschließen können.
- Regen Sie an, dass Ihr Mitarbeiter seinen Arzt von der Schweigepflicht entbindet, um Klarheit über seinen Alkoholkonsum zu erhalten. Hierzu ist Ihr Mitarbeiter allerdings nicht verpflichtet.

Sind Sie nicht sicher, ob der Alkoholismus Ihres Mitarbeiters schon Krankheitswert hat, sollten Sie ihn wegen seiner Pflichtverletzungen abmahnen. Beruft er sich dann auf eine Alkoholabhängigkeit, wissen Sie, dass Sie nur krankheitsbedingt kündigen können.

In jedem Fall sollten Sie vor Ausspruch einer Kündigung oder Abmahnung rechtliche Beratung in Anspruch nehmen. ■

## Fehlverhalten oder Krankheit?

### RUBRIKENTITEL

## Das WRD-Team



RA Stephan Becker

Wir hatten Herrn Rechtsanwalt Stephan Becker bereits vor zwei Jahren vorgestellt und auf seine bauarbeitsrechtliche Kompetenz verwiesen. Herr Becker hat zwischenzeitlich die Prüfungen zum Fachanwalt für Arbeitsrecht bestanden und steht kurz vor dem Erwerb des entsprechenden Titels. Aufgrund seiner Spezialkenntnisse ist Herr Becker in unserem Hause für alle arbeitsrechtlichen Fragen zuständig, z. B. für die Erstellung von Anstellungsverträgen, die Vertretung in gerichtlichen Streitigkeiten (z. B. Kündigungsschutzprozess) und die Abwehr von Ansprüchen aus dem Arbeitnehmerentendegesetz und Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Herr Becker unterstützt unsere Mandanten jedoch nicht nur in Fragen des Bauarbeitsrechts, sondern sorgt auch für deren verkehrsrechtliche und professionelle strafrechtliche Vertretung. Darüber hinaus engagiert sich Herr Becker im Schulungswesen unserer Kanzlei. Auf die nachfolgend dargestellte Spezialschulung dürfen wir verweisen. ■

### SPEZIALSEMINAR

#### Gestaltungsmöglichkeiten und Haftungsrisiken beim Einsatz von Arbeitskräften

Seminar am 14.03.2012  
(13:00 Uhr - 17:00 Uhr)

**Referenten:** RA Stephan Becker,  
RA Dr. Ulrich Dieckert

**Anmeldung unter:**

[www.bauleiterschulung.de](http://www.bauleiterschulung.de)

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

RA Dr. Ulrich Dieckert  
WITT ROSCHKOWSKI DIECKERT  
Steuerberater, Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer

**WRD Berlin**

Leipziger Platz 15  
10117 Berlin  
Telefon: 030 278707  
Telefax: 030 278706  
E-Mail: berlin@wrd.de

**Redaktion/Beiträge:**

RA Dr. Ulrich Dieckert  
RA Bernd Kimmich  
RA Hendrik Bach  
RA Markus Fiedler  
RA Konstantin Trakis  
RA Stephan Becker  
StBin Dr. Annette Funk

**Standorte WRD:**
**WRD Hamburg**

Alte Rabenstraße 32  
20148 Hamburg  
Telefon: 040 180401-0  
Telefax: 040 180401-150  
E-Mail: hamburg@wrd.de

**WRD Schwerin**

Dr. Hans-Wolf-Straße 15  
19056 Schwerin  
Telefon: 0385 59003-0  
Telefax: 0385 59003-33  
E-Mail: schwerin@wrd.de

**WRD Dresden**

Königstraße 4  
01097 Dresden  
Telefon: 0351 21117-60  
Telefax: 0351 21117-77  
E-Mail: dresden@wrd.de

**WRD Frankfurt a. M.**

Friedrich-Ebert-Anlage 56  
60325 Frankfurt am Main  
Telefon: 069 75699-0  
Telefax: 069 75699-105  
E-Mail: frankfurt@wrd.de

[www.wrd.de](http://www.wrd.de)

[www.bauleiterschulung.de](http://www.bauleiterschulung.de)

# Entschädigung bei ungewöhnlichen Witterungsverhältnissen?

Jeder Unternehmer weiß, dass „Schlechtwetter“ zu erheblichen Verzögerungen im Bauablauf führen kann. In der Regel verursachen diese Verzögerungen Mehrkosten beim Unternehmer durch die verlängerte Vorhaltung von Baustelleneinrichtung und die längere Kapazitätsbindung von Bauleitern, Polieren etc.

§ 6 Abs. 2 Nr. 2 sagt aus, dass Witterungseinflüsse während der Ausführungszeit, mit denen bei Abgabe des Angebotes normalerweise gerechnet werden musste, nicht als Behinderung gelten. Die VOB/B regelt an dieser Stelle nur die Frage, ob dem Auftragnehmer eine Verlängerung der vertraglich vereinbarten Ausführungsfrist zusteht. Die finanziellen Auswirkungen ungewöhnlicher Witterungsverhältnisse, mit denen bei Abgabe des Angebotes bzw. bei Vertragsabschluss normalerweise gerechnet werden musste, werden hier nicht behandelt. Ein Anspruch auf Entschädigung bei ungewöhnlichen Witterungsverhältnissen könnte sich allerdings aus § 642 BGB ergeben. Aus dieser Vorschrift ergibt sich, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer das Baugrundstück so zur Verfügung stellen muss, dass der Auftragnehmer die von ihm geschuldete Leistung auch erbringen kann. Ein Baugrundstück, bei dem aufgrund Dauerfrosts der Boden gefroren ist, kann vom Tiefbauunternehmer jedoch nicht „bearbeitet werden“. Ebenso kann ein Dachdecker nicht bei Dauerregen eine Dachabdichtung verlegen.

Die Frage, ob über die Vorschrift des § 642 BGB eine Entschädigung bei behindernden Witterungsverhältnissen verlangt werden kann, ist juristisch nicht abschließend geklärt. Es gibt hierzu unterschiedliche Auffassungen und bislang wenig Rechtsprechung. Die Ursache hierfür liegt darin, dass erst in den letzten Jahren unter Juristen diskutiert wurde, dass möglicherweise solche Entschädigungsansprüche entstehen. In der Vergangenheit haben von ungewöhnlichen Witterungsverhältnissen betroffene Auftragnehmer nur Ansprüche auf Bauzeitverlängerung aber keine Entschädigungsansprüche geltend gemacht, sodass gerichtliche Entschei-

dungen hierzu sehr selten sind.

Der BGH hat in seinem Urteil zum „Schürmann-Bau“ (IBR 2006, 84) in den ausführlichen Entscheidungsgründen darauf hingewiesen, dass der von einem Hochwasser an der Weiterarbeit gehinderte Unternehmer einen Anspruch aus § 642 BGB haben kann. Die Überflutung der Baustelle habe offensichtlich dazu geführt, dass die leistungsbereite Klägerin weitere Leistungen nicht erbringen konnte, weil der Bauherr die ihm obliegende Mitwirkungshandlung, das Baugrundstück aufnahmebereit zur Verfügung zu halten, nicht vorgenommen hat. Das LG Cottbus hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 2010 eine Unternehmung eine Entschädigung gemäß § 642 BGB zugesprochen, weil aufgrund ungewöhnlich niedriger Außentemperaturen im März Ameisennester nicht in den ursprünglich vorgesehenen vertraglich festgelegten Zeitraum umgesetzt werden konnten. Das hatte zur Folge, dass die zeitlich nachfolgenden Bauarbeiten sich verschoben.

## Entschädigung bei Annameverzug

Ob sich dies allerdings in der Rechtsprechung durchsetzen wird, bleibt abzuwarten. Ein erheblicher Teil der Baujuristen vertritt die Ansicht, dass der Auftraggeber zwar das Baugrundstück selbst zur Verfügung stellen müsse, nicht jedoch das „passende Wetter“. Allerdings spricht die eingangs erwähnte Entscheidung des BGH zum „Schürmann-Bau“ ausdrücklich davon, dass der Auftraggeber das Baugrundstück „aufnahmebereit“ für die Leistungen des Auftragnehmers zur Verfügung stellen muss. Zumindest bei Witterungseinflüssen, die sich direkt auf das Grundstück auswirken, wie etwa Frost und Niederschläge, führt ja gerade das schlechte Wetter dazu, dass sich das Grundstück eben nicht dazu eignet, die vorgesehenen Arbeiten zu erbringen. Anders kann sich dies verhalten, wenn lediglich eigene Leistungen des Auftragnehmers betroffen sind, etwa weil bestimmte Bauprodukte unterhalb bestimmter Temperaturen nicht verarbeitet werden können bzw. dürfen.

⇒ FORTSETZUNG AUF SEITE 7

[WWW.BAULEITERSCHULUNG.DE](http://WWW.BAULEITERSCHULUNG.DE)

# WRD-Schulungen im 1. Halbjahr 2012

Auch für das 1. Quartal 2012 haben wir für Sie ein interessantes Schulungsangebot für Sie zusammengestellt. Nutzen Sie die Winterzeit, um sich und Ihre Mitarbeiter im Baurecht fortzubilden.

Viele dieser Seminare können Sie auch als Inhouse-Schulung bei uns buchen. Dies bietet sich bei mehr als acht Teilnehmern an, gerne auch gemeinschaftlich mit anderen Baubetrieben. Organisatorische Einzelheiten und Konditionen stimmen Sie bitte direkt mit den Referenten ab. Für die Anmeldung zu den Seminaren nutzen Sie bitte das beigefügte Anmelderückfax oder nutzen Sie unsere Internetseite [www.bauleiterschulung.de](http://www.bauleiterschulung.de). Für inhaltliche Rückfragen stehen Ihnen die jeweiligen Referenten in unserem Berliner Büro gerne zur Verfügung.

## VOB/B FÜR POLIERE

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

**Datum:** 13.02.2012 **Dauer:** 1 Tag

**Adressatenkreis:** Poliere und Vorarbeiter

**Referent:** Markus Fiedler

**Seminarunterlagen:** Buch „VOB für Bauleiter“

**Konditionen:** € 260,00 zzgl. USt

## VERGÜTUNG UND NACHTRÄGE AM BAU

**Nachtragsbestimmungen, Preisanpassungsvorschriften und Risikoverteilung beim Einheits-, Detail- und Globalpauschalvertrag/prüfbar Abrechnung von Nachträgen**

**Datum:** 21.02.2012 **Dauer:** 1 Tag

**Adressatenkreis:** Bau- und Projektleiter, Poliere, bauleitende Architekten

**Referenten:** RA Hendrik Bach

**Seminarunterlagen:** Handbuch „VOB für Bauleiter“

**Konditionen:** € 260,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

## KOMPAKTSCHULUNG VERGABERECHT

**Typische Fragen und Probleme bei Ausschreibung und Vergabe öffentlicher Bauaufträge**

**Datum:** 28.02.2012 **Dauer:** 1 Tag

**Adressatenkreis:** Planungsbüros, Vergabestellen, Vertriebsmitarbeiter, Geschäftsführer

**Referent:** RA Dr. Ulrich Dieckert

**Seminarunterlagen:** Entscheidungssammlung Musterschreiben, Gesetzes- und Verordnungstexte

**Konditionen:** € 260,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

## SICHERHEIT BEIM VOB/B-SCHRIFTVERKEHR

**„Wer schreibt, der bleibt“, Hilfe und Anleitung bei der rechtssicheren Formulierung von Schreiben**

**Datum:** 02.03.2012 **Dauer:** 1 Tag

**Adressatenkreis:** Bauleiter, Projektleiter, kaufmännisches Personal, Geschäftsführung

**Referent:** RA Markus Fiedler

**Seminarunterlagen:** Skript, Musterschreiben

**Konditionen:** € 260,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

## VOB/B FÜR KAUFLEUTE

**Rechtssicherheit bei der kaufmännischen Abwicklung von Bauvorhaben (Nachträge, Abrechnung und Zahlung, Sicherheiten)**

**Datum:** 08.03.2012 **Dauer:** 1 Tag

**Adressatenkreis:** Geschäftsführer, Baukaufleute

**Referent:** Markus Fiedler

**Seminarunterlagen:** Buch „VOB für Bauleiter“

**Konditionen:** € 260,00 zzgl. USt

## GESTALTUNGSMÖGLICHKEITEN UND HAFTUNGSRISIKEN BEIM EINSATZ VON ARBEITSKRÄFTEN

**Tipps für die Arbeitsvertragsgestaltung und Kündigung von Arbeitsverhältnissen sowie zur Haftungsvermeidung bei Ansprüchen nach AEntG, AÜG und SchwarArbG**

**Datum:** 14.03.2012 **Dauer:** 13:00 Uhr - 17:00 Uhr

**Adressatenkreis:** Geschäftsführer und Personalverantwortliche, Baukaufleute

**Referenten:** RA Dr. Ulrich Dieckert

RA Stephan Becker

**Seminarunterlagen:** Übersichten, einschlägige Rechtsvorschriften, Musterfälle

**Konditionen:** € 160,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

## BAULEITERSCHULUNG - VOB/B IN DER PRAXIS

**Basiswissen für die Handhabung baurechtlicher Probleme (die gesamte VOB/B an zwei Tagen)**

**Datum:** 28./29.03.2012 **Dauer:** 2 Tage

**Adressatenkreis:** Geschäftsführer, Projektleiter und Bauleiter, kaufmännische Angestellte

**Referenten:** Bernd Kimmich, Markus Fiedler

**Seminarunterlagen:** Handbuch „VOB für Bauleiter“

**Konditionen:** € 480,00 zzgl. USt

## FORTSETZUNG VON SEITE 6

Hier wird also die weitere Entwicklung der Rechtsprechung abzuwarten sein. Jedenfalls ist festzustellen, dass die früher herrschende Meinung, bei ungewöhnlich schlechtem Wetter würde der Auftragnehmer nur eine Bauzeitverlängerung, aber keine Entschädigung beanspruchen können, ins Wanken geraten ist.

Hierbei ist Voraussetzung, dass es sich um ungewöhnliche Witterungsverhältnisse handeln muss. Jedenfalls gibt es bislang keine Baujuristen, die auch bei üblicher Witterung eine Entschädigung für möglich halten, wenn witterungsbedingt nicht gearbeitet werden kann.

Darüber hinaus spielt eine Rolle, ob die Ausführungsfrist im Vertrag fest vereinbart war oder ob der Vertrag nur ein Circa-Zeitraum für die Ausführung der Leistungen vereinbart worden ist. Im zuletzt genannten Fall kann sich der Auftraggeber auf die Vorschrift des § 299 BGB berufen, wonach er bei einer nicht genau bestimmten Leistungszeit nicht in Verzug kommt, wenn er nur vorübergehend an der Annahme der angebotenen Leistungen verhindert ist, es sei denn, der Auftragnehmer hat ihm die Leistung eine angemessene Zeit vorher angekündigt. ■

**DAS AKTUELLE INTERVIEW**

# Erwartungen der Bauwirtschaft im Jahr 2012

**Interview mit Herrn Reinhold Dellmann, neuer Hauptgeschäftsführer der Fachgemeinschaft Bau Berlin-Brandenburg e. V.**

**NEWSLETTER:** *Herr Dellmann, Sie waren bisher politisch tätig, u. a. als Minister für Infrastruktur und Raumordnung in Brandenburg. Was hat Sie gereizt, nunmehr das Amt des Hauptgeschäftsführer der FG Bau tätig zu übernehmen?*

**DELLMANN:** Nach vielen Jahren Arbeit in der Landespolitik freut man sich über eine neue Aufgabe. Ein Wechsel bedeutet neue Motivation. Veränderte Aufgaben wecken neue Kräfte. Als ehemaliger Bauminister hat man natürlich auch einen guten Bezug zur Baubranche und kann von der anderen Seite aus Sichtweisen einbringen. Entscheidend im Bereich der Verbandsarbeit sind für mich auch der Aufbau von Netzwerken und das Wirken in ihnen.

**NEWSLETTER:** *Sie sind nunmehr seit einem halben Jahr im Amt. Was haben Sie bisher bewegt und was streben Sie für Ihren Verband in der nächsten Zeit an?*

**DELLMANN:** Zwei wichtige Aufgaben darf ich nennen: die Gewinnung von ausreichend und gut qualifiziertem Nachwuchs sowie der Kampf gegen die Schwarzarbeit. Bei der Nachwuchsgewinnung ist zukünftig mehr „Vorfelddarstellung“ notwendig, d.h. die Arbeit beginnt für die Bauwirtschaft und uns als Verband bereits in den Schulen, um unter anderem Jugendliche mit Migrationshintergrund für den Bauberuf zu interessieren. Bereits im Herbst 2011 lief zu diesem Thema ein erstes erfolgreiches Projekt auf unserem Lehrbauhof in Marienfelde. Bei der Bekämpfung von Schwarzarbeit ist der Fachgemeinschaft Bau im vergangenen Jahr in Brandenburg ein großer Erfolg gelungen. In das neue Vergabegesetz wurde die Regelung aufgenommen, dass alle Bewerber um öffentliche Bauaufträge die Sozialkassenbescheinigung vorzulegen haben. Eine gleiche Regelung wollen wir nun auch in Berlin durchsetzen.

**NEWSLETTER:** *Welches Projekt liegt Ihnen besonders am Herzen?*

**DELLMANN:** Wir brauchen in Berlin und Brandenburg eine ehrliche Diskussion über den Werteverzehr bei der öffentlichen Infrastruktur. Die S-Bahn-Krise hat vielen Menschen die Augen geöffnet. Wir sehen nun was passiert, wenn man nicht ausreichend Geld für die Instandhaltung und Unterhaltung bereitstellt. Gleiches gilt aber auch für Straßen und das gesamte Wasser- und Abwassersystem. Hier geht die öffentliche Wahrnehmung in Berlin im Moment in die falsche Richtung. Schon jetzt wird viel zu wenig Geld in den Erhalt des Wasser- und Ab-



wassersystems der Hauptstadt gesteckt. Da müssen wir gegensteuern.

**NEWSLETTER:** *Das Jahr 2011 war für die Bauwirtschaft in der Region ja recht erfreulich. Wie schätzen Sie die Aussichten für das Jahr 2012 ein?*

**DELLMANN:** Klagen gab es im vergangenen Jahr nur sehr wenige. Dies war sicherlich auch den jetzt ausgelaufenen Konjunkturpaket und der deutlichen Nachfrage im Segment Wohnen geschuldet. Das Jahr 2012 wird sicherlich keinen starken Einbruch der Aufträge bringen, aber wir beobachten mit Sorge die Zurückhaltung der öffentlichen Hand im Bereich des Hoch- und Tiefbaus. Insbesondere die sehr späte Verabschiedung des Berliner Haushalts 2012 wird zu Problemen führen, da sich die Aufträge gerade im Bereich des Tiefbaus auf das zweite Halbjahr 2012 konzentrieren werden.

**NEWSLETTER:** *Wie sehen Sie die Zusammenarbeit mit anderen Bauverbänden in der Region? Ist hier nicht ein engeres Zusammenwirken sinnvoll?*

**DELLMANN:** Mit dem Bauindustrieverband Berlin und Brandenburg gibt es einige Anknüpfungspunkte. So wollen wir die Zusammenarbeit im Bereich der Berufsausbildung deutlich intensivieren. Die gute Zusammenarbeit bei der Formulierung von gemeinsamen Positionen gegenüber den Landesregierungen in Berlin und Brandenburg werden wir fortsetzen. Ein aktuelles Thema ist zum Beispiel die Umsetzung des Berliner Vergabegesetzes oder der Einsatz für ausreichende Investitionsmittel für die Infrastruktur der Region. Auch wenn es in einigen Punkten unterschiedliche Positionen zwischen den beiden Verbänden gibt – die Betriebe haben zum Teil deutliche Größenunterschiede und andere Aufgabenschwerpunkte – so ist es unser gemeinsames Anliegen, die Bauwirtschaft der Region geschlossen zu vertreten.

**NEWSLETTER:** *Herr Dellmann, wir danken für das Gespräch und wünsche der FG Bau im Jahr 2012 viel Erfolg.*

**HINWEIS**

Die Fachgemeinschaft Bau bietet ein umfangreiches Schulungsprogramm in den Bereichen Technik, Baubetriebswirtschaft und Recht an. Auch Nichtmitglieder der FG Bau können an diesen Schulungen teilnehmen. Das Angebot finden Sie unter [www.lehrbauhof-berlin.de/index.php/qualifizierungsangebote.html](http://www.lehrbauhof-berlin.de/index.php/qualifizierungsangebote.html)  
Unsere Rechtsanwälte sind seit vielen Jahren für die FG Bau als Referenten tätig.