

EDITORIAL

Streit um Nachträge - Verhandlungssache!

Ohne Nachträge verdient man auf dem Bau kein Geld mehr - diesen Satz kennen sowohl Auftragnehmer als auch Auftraggeber gut. Entsprechend heftig wird auf beiden Seiten um die Durchsetzung bzw. die Abwehr von Nachträgen gerungen. Eine wichtige Rolle spielt dabei der bauleitende Architekt. Von dessen Verhandlungsgeschick hängt es häufig ab, ob und in welchem Umfang der Bauherr Nachträge akzeptieren muss. Wie man als Architekt dabei am geschicktesten verhandelt, erläutert unser Kollege Hendrik Bach auf den Seiten 4 und 5 dieses Newsletters.



Rechtsanwalt
Dr. Ulrich
Dieckert

Auch die übrigen Beiträge empfehlen wir Ihrer Aufmerksamkeit. So befasst sich unser Kollege Stephan Becker mit den Haftungsfallen des Bauarbeitsrechts, der für dieses Fachgebiet in unserer Kanzlei zuständig ist (vgl. Seiten 6 und 7). Schließlich haben wir den Geschäftsführer des ZDB, Herrn Dipl.-Ing. Michael Heide, zum Thema „Bauordnung: Fluch oder Segen?“ interviewt (vgl. Seite 8).

AUS DEM INHALT:

Nachtragsverhandlungen -
Rolle des Architekten **Seite 4/5**

Interview mit
Dipl.-Ing. Heide **Seite 8**

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Kündigung trotz laufender Verhandlungen

1. Der Auftraggeber ist zur Kündigung des Vertrages aus wichtigem Grund berechtigt, wenn der Auftragnehmer unter Androhung der Kündigung dazu aufgefordert wird, innerhalb einer gesetzten Frist seine Leistungsbereitschaft zu erklären und die Frist fruchtlos verstrichen ist.
2. Eine solche Frist wird gegenstandslos, wenn sich der Auftraggeber auf weitere Verhandlungen einlässt und deshalb aus Sicht des Auftragnehmers noch Verhandlungen schweben.

OLG Köln, Urteil vom 14.11.2008

Das OLG Köln hatte über einen Sachverhalt zu entscheiden, der sich im Verhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer einer Bauleistung häufig abspielt. Der Auftraggeber fordert zur Leistung (oder zur Mängelbeseitigung) auf und setzt hierzu Fristen mit Kündigungsandrohung. Der Auftragnehmer reagiert erst nach Ablauf der Frist, macht jedoch Vorschläge oder stellt Gegenansprüche. Der Auftraggeber setzt sich mit diesen Einlassungen zunächst auseinander und spricht dann trotzdem unter Bezugnahme auf die zuvor gesetzten Fristen eine Kündigung aus.

Im vorliegenden Fall ging es um die Durchführung einer Planungsänderung, die der Auftragnehmer von der Annahme seines Nachtragsangebotes abhängig gemacht hatte. Der Auftraggeber erkannte daraufhin den Anspruch dem Grunde nach an und forderte den Auftragnehmer unter Fristsetzung mit Kündigungsandrohung zur Leistung auf. Nach Ablauf der Frist legte der Auftragnehmer ein geändertes Nachtragsangebot vor, dessen Prüfung der Auftraggeber zusicherte. Gleichwohl sprach er einige Wochen danach die Kündigung des Vertrages aus. Der Auftragnehmer forderte daraufhin seinen gesamten Werklohn, abzüglich

des kündigungsbedingt ersparten Aufwandes.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Das OLG gab dem Auftragnehmer Recht. Zwar hätte dieser die Erbringung der geänderten Leistung nicht von der Zustimmung des Auftraggebers zum vorgelegten Nachtragsangebot abhängig machen dürfen. Denn nach § 2 Nr. 5 bzw. Nr. 6 VOB/B ist die vorherige Vereinbarung einer Vergütung nicht erforderlich. Der Auftraggeber hätte jedoch den Vertrag nicht unter Berufung der von ihm zuvor gesetzten Fristen kündigen dürfen, weil er dem Auftragnehmer nach Ablauf der Frist suggeriert habe, er nehme Verhandlungen in Bezug auf das nachträglich vorgelegte Nachtragsangebot auf. Mit diesem Verhalten hat sich nach Auffassung des Gerichtes die zuvor gesetzte Frist zur Leistungserbringung erledigt. Kündigt der Auftraggeber gleichwohl, dann handelt es sich um eine freie Kündigung i. S. d. § 8 Nr. 1 VOB/B, die Vergütungsansprüche auf Seiten des Auftragnehmers auslöst.

**Fristen
können durch
Verhandlungen
obsolet
werden**

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Vorliegend hat der Auftraggeber des Guten zu viel getan. Hätte er den Vertrag nach Fristablauf gekündigt, statt sich auf das neuerliche Nachtragsangebot des AN einzulassen, hätte er Schadensersatzansprüche gemäß § 8 Nr. 3 VOB/B geltend machen können. Stattdessen wurde seine Inkonsequenz bestraft. Für Auftraggeber bleibt daher Folgendes festzuhalten: Entweder wird der einmal eingeschlagene Weg ohne weitere Verhandlungen durchgezogen oder man setzt für den Fall, dass neuerliche Verhandlungen scheitern, weitere Fristen mit Kündigungsandrohung. Einen Mittelweg gibt es spätestens nach der Entscheidung des OLG Köln nicht mehr! ■

AKTUELLES

Neue VOB/A-2009 endlich in Kraft!

Was lange währt, wird endlich gut. Mit der Verordnung zur Anpassung der Vergabeverordnung (VgV) sowie der Sektorenverordnung (SektVO) vom 07. Juni 2010 sind die bereits seit Monaten bekannten Neufassungen der VOB/A und VOL/A endlich in Kraft gesetzt worden. Bei Aufträgen oberhalb der Schwellenwerte müssen alle öffentlichen Auftraggeber die Neuregelungen nunmehr anwenden. Für eine Anwendung unterhalb der Schwellenwerte bedarf es noch eines Erlasses der jeweiligen Landesregierungen; mit diesen ist jedoch in Kürze zu rechnen. Zusammen mit der VOB/A-2009 und der VOL/A-2009 tritt auch die Neufassung der Vergabeverordnung in Kraft, um die bis zuletzt im Bundesrat gerungen wurde. Diese enthält in ihrem § 2 die seit dem 01.01.2010 geltenden neuen Schwellenwerte; diese betragen für Liefer- und Dienstleistungsaufträge € 193.000,00 und für Bauaufträge € 4.845.000,00. Des Weiteren wurden die Regelungen über die Schätzung des Auftragswertes (§ 3 VgV) konkretisiert. Schließlich wurden die vergaberechtsrelevanten Bestimmungen der EG-Richtlinie vom 05.04.2006 über Energieeffizienz und Energiedienstleistungen in Kraft gesetzt; danach sind die Auftraggeber gehalten, beim Kauf, bei der Ersetzung oder Nachrüstung technischer Geräte und Ausrüstungen sowie bei dem Einbau derartiger Geräte im Rahmen von Bauleistungen, von den Bietern Angaben zum Energieverbrauch sowie eine Analyse minimierter Lebenszykluskosten zu fordern. Vor dem Inkrafttreten begonnene Vergabeverfahren werden noch nach altem Recht durchgeführt. Ansonsten bleibt die Wirkung der Neuregelungen in der Praxis abzuwarten. Über deren Inhalt hatten wir in den vorangegangenen Newslettern berichtet.

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Gleichwertigkeit ausländischer Referenzen bei der Vergabe

Eine ausdrückliche oder faktische Beschränkung auf deutsche Referenzobjekte verstößt gegen das Gleichbehandlungsgebot. Werden die zentralen Anforderungen einer DIN-Norm erfüllt, sind geringe landesspezifische Abweichungen der ausländischen Referenzobjekte für die Eignungsprüfung unbeachtlich.

OLG München, Beschluss vom 08.06.2010

In einer Ausschreibung über die Einrichtung von Zellenkommunikationsanlagen in einer JVA wendet sich ein erfolgloser Bieter gegen die Bezuschlagung eines Bieters aus dem europäischen Ausland. In dessen Land würde die von der Vergabestelle vorgegebene DIN-Norm nicht gelten. Die genannten Referenzobjekte befänden sich nicht in Deutschland. Außerdem gäbe es bei der optischen und akustischen Signalisierung Abweichungen. Aus diesem Grund müssten auch seine Referenzen, die nicht alle Anforderungen des Auftraggebers erfüllen, als gleichwertig anerkannt werden.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Das OLG München bestätigt den Abweisungsbeschluss der Vergabekammer Südbayern. Die Tatsache, dass deutsche DIN-Normen im Ausland nicht gelten, dürfe nicht zulasten ausländischer Bieter gehen. Insofern wäre eine ausdrückliche oder faktische Beschränkung auf deutsche Referenzobjekte ein eindeutiger Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot. Dies folge bereits aus § 8 a Nr. 7 VOB/A, wonach ein Unternehmer, der aus einem berechtigten Grund (hier: Geschäftsbereich im europäischen Ausland) einen geforderten Nachweis nicht beibringt, den Nachweis seiner Eignung durch Vorlage jedes anderen vom Auftraggeber geeignet erachteten Beleges erbringen kann. Die Vergabestelle konnte und musste demnach sachlich prüfen, ob die benannten ausländischen Referenzobjekte im Hinblick auf die dort geltenden technischen Anforderungen die

Eignung für den ausgeschriebenen Auftrag belegen. Dies war bei den angebotenen Anlagen der Fall. Geringfügige landesspezifische Abweichungen bei der optischen und akustischen Signalisierung fallen nicht ins Gewicht, soweit die Vergabestelle nachvollziehbar und ermessensfehlerfrei begründen kann, dass die angebotenen Kommunikationsanlagen sowohl in technischer Hinsicht als auch vom Aufbau, der Komplexität, der Größe und der Zielgruppe der Nutzer der ausgeschriebenen Leistung entsprechen. Die Akzeptanz dieser geringfügigen Abweichungen rechtfertigt es aber noch lange nicht, auch die Referenzen des Antragstellers für vergleichbar zu halten. Denn dieser kann weder im Inland noch im Ausland auf Leistungen verweisen, wie sie der bevorzugte Bieter erbracht hat. Anders als dieser hat er keine eigenen Referenzobjekte durchgeführt, sondern war nur als Subunternehmer für andere Firmen tätig. Es fehlt also hier an vergleichbaren Referenzen.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Mit dieser Entscheidung bestätigt das OLG eine Selbstverständlichkeit, nämlich dass das Vergaberecht eine Bevorzugung inländischer Firmen gegenüber ausländischen Bietern verbietet. Bei der Prüfung ausländischer Referenzen kommt es allein darauf an, dass diese mit den von der Vergabestelle gestellten Leistungsanforderungen „vergleichbar“ sind. Um Streitigkeiten dieser Art zu vermeiden, sollten die Vergabestellen so wenig wie möglich Bezug auf inländische technische Normen nehmen. Finden sich keine entsprechenden europäischen Normen, so müssen geringfügige länderspezifische Abweichungen in nachgewiesenen Referenzprojekten akzeptiert werden. ■

Geringfügige
technische
Abweichungen
fallen nicht
ins Gewicht

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Global-Pauschalpreisvertrag bei detailliertem LV?

- 1. Detailregelungen in einer vereinbarten Leistungsbeschreibung können einer Globalpauschalpreisabrede vorgehen.**
- 2. Eine anderweitige Regelung (Vorrang der Globalpauschalpreisabrede) ist möglich; an solche Vereinbarungen sind jedoch hohe Anforderungen zu stellen.**

OLG Koblenz, Urteil vom 31.03.2010 – 1 U 415/08

Der spätere Beklagte hatte den Neubau eines Universitätsgebäudes unter der Bezeichnung „schlüsselfertige Errichtung des Neubaus, Fachbereich Chemie“ ausgeschrieben. Grundlage der Ausschreibung waren u. a. ein detailliertes Leistungsverzeichnis sowie eine Leistungsbeschreibung. In zwei Aufklärungsgesprächen wurde protokolliert, dass es sich bei dem Angebot der späteren Klägerin um ein „Global-Pauschalpreisangebot“ für sämtliche ausgeschrieben Leistungen handele, welches „die schlüsselfertige Errichtung“ des Gebäudes „nach Maßgabe des LVs“ beinhalte. Der AN erklärte, er übernehme das „Massenrisiko“. Im Zuge der Ausführung der Arbeiten stellte sich heraus, dass das Leistungsverzeichnis unvollständig bzw. falsch war. Daraufhin unterbreitete Angebote für Zusatz- bzw. Änderungsleistungen wurden vom Beklagten mit Hinweis auf den Global-Pauschalpreis abgelehnt. Der Beklagte ist insbesondere der Ansicht, der Auftragnehmer habe sich zur schlüsselfertigen Errichtung des Gebäudes verpflichtet, sodass es auf Unvollständigkeiten oder Fehler des Leistungsverzeichnisses nicht ankäme.

Die Klägerin ist dagegen der Ansicht, dass ein sogenannter Detail-Pauschalpreisvertrag abgeschlossen worden sei, bei dem sie nur das Risiko von Mengenmehrungen trage, nicht jedoch für Unvollständigkeiten oder Fehler des Leistungsverzeichnisses einzustehen habe.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Das OLG Koblenz beschäftigt sich vor allem mit der Frage, ob der Vertrag in die Kategorien eines Global- oder eines Detail-Pauschalpreis-

vertrages einzuordnen sei. Das ist von entscheidender Bedeutung, weil der Auftragnehmer beim Detail-Pauschalpreisvertrag (anders als beim Global-Pauschalpreisvertrag) grundsätzlich nur das Risiko von Mengenmehrungen, nicht dagegen das Risiko der falschen oder unvollständigen Ausschreibung übernimmt.

Zum Vorteil des Auftragnehmers nimmt das OLG Koblenz einen Detail-Pauschalpreisvertrag an. Dies deshalb, weil für die Leistungsausführung letztendlich das Leistungsverzeichnis maßgeblich sein sollte. Das ergäbe sich auch aus den Erklärungen des Bieters, der die Pauschalierung auf das Leistungsverzeichnis bezogen und vom „Massenrisiko“ gesprochen hatte.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Die besondere Bedeutung der Entscheidung liegt in der Auslegung des Vertrages durch das Gericht. Bislang waren zu dieser Thematik vornehmlich Fälle entschieden worden, in denen ein Auftraggeber im Rahmen Allgemeiner Geschäftsbedingungen den Versuch unternommen hatte, das Risiko der Fehlerhaftigkeit oder der Vollständigkeit des vereinbarten Leistungsverzeichnisses auf den Auftragnehmer abzuwälzen. Solche Klauseln sind in Allge-

meinen Geschäftsbedingungen regelmäßig unwirksam (BGH, BauR 1997, 1037). Der Entscheidung des OLG Koblenz lagen aber solche Klauseln nicht zugrunde, sondern individuell angefertigte Protokolle von Aufklärungsgesprächen. Deshalb konnte das OLG Koblenz nicht mit der Rechtsprechung zum AGB-Recht argumentieren, sondern musste den Vertrag auslegen. Die Auslegung des Gerichtes dürfte im Ergebnis zutreffen, da dem Auftragnehmer im Rahmen des Vertrages insbesondere kein Planungsspielraum zur Verfügung stand, sondern er zwingend dasjenige auszuführen hatte, was im Leistungsverzeichnis vorgesehen war. Das widerspricht dem Verständnis des Vertrages als Global-Pauschalpreisvertrag. ■

Welche Risiken hat der Auftragnehmer übernommen?

AKTUELLES

Wartung von Brandmeldeanlagen

Handelt es sich bei der Wartung einer Brandmeldeanlage um eine Bau- oder um eine Dienstleistung? Die Beantwortung dieser Frage entscheidet gegebenenfalls darüber, ob ein entsprechender Auftrag europaweit oder nur national ausgeschrieben werden muss. Würde es sich um einen Bauauftrag handeln, dann wäre eine europaweite Ausschreibung erst bei einem Gesamtauftragswert aller Leistungen eines Bauvorhabens ab € 4.845.000,00 erforderlich. Handelt es sich jedoch um einen Dienstleistungsauftrag, so ist die Schwelle bereits bei einem Auftragswert von € 193.000,00 überschritten.

Das OLG Düsseldorf hat in einer Entscheidung vom 14.04.2010 festgestellt, dass weder die Wartung einer Brandmeldeanlage noch die Auswechslung einzelner Brandmelder als Bauleistung zu qualifizieren ist. Denn nach der Verkehrsschauung müssen Bauarbeiten eine erhebliche Bedeutung für den Bestand und die Nutzbarkeit des Bauwerks haben. Dies ist beim Austausch von Brandmeldern nicht der Fall. Insbesondere stellt das bloße Abnehmen und das Anbringen neuer Brandmelder keinen Ein- oder Umbau einer Feuermeldeanlage dar, zumal diese als System bestehen bleibt. Auch liegt ein Eingriff in die Bausubstanz nicht vor. Insofern handelt es sich um eine Dienstleistung.

Im vorliegenden Fall betrug der Wert des Auftrages ca. € 450.000,00. Er hätte daher nach Auffassung des OLG Düsseldorf europaweit ausgeschrieben werden müssen. Da die fehlerhafte Ausschreibung aber nicht rechtzeitig gerügt wurde, wies das OLG den Nachprüfungsantrag eines Bieters zurück.

DAS AKTUELLE THEMA

Nachtragsverhandlungen - Die Rolle des Architekten

„GIBT ES EINEN RICHTIGEN WEG“ FÜR DIE FÜHRUNG VON NACHTRAGSVER- HANDLUNGEN MIT BAUUNTERNEHMERN?

Wird die Frage so allgemein gestellt, kann man sie nur mit „nein“ beantworten. Die Frage, wann und wie Nachtragsverhandlungen geführt werden sollten, hängt von einer Vielzahl von Umständen des Einzelfalles ab.

1. WAS SIND DIE INTERESSEN DES BAUHERRN?

Nicht jeder Bauherr ist gleich. Um die Interessen des Bauherrn richtig zu vertreten, sollte sich der Architekt zunächst über die Ziele des Bauherrn klar werden. Geht es dem Bauherrn darum, eine möglichst hohe Kostensicherheit zu haben und/oder drohende Leistungsverweigerungsrechte des Unternehmers oder das Verlangen nach einer Sicherheitsleistung gemäß § 648 a BGB abzuwenden, bietet es sich an, Nachtragsverhandlungen möglichst frühzeitig zu führen. Dazu muss der Bauunternehmer aufgefordert werden, Nachtragsangebote rechtzeitig vor der Ausführung der Zusatzleistung oder Änderungsleistung vorzulegen.

Geht es dem Bauherrn jedoch in erster Linie darum, möglichst wenig zu bezahlen, ist es in vielen Fällen sinnvoll, Verhandlungen über Nachtragsforderungen nicht zu forcieren und gegebenenfalls auch gezielt zu verschleppen. Hat der Unternehmer die Nachtragsleistung erst einmal ausgeführt und am Ende des Bauvorhabens eine Vielzahl von strittigen Nachtragsforderungen in seine Schlussrechnung aufgenommen, schreckt die Aussicht vor einem langwierigen Bauprozess häufig so sehr, dass der Unternehmer zu erheblichen finanziellen Zugeständnissen bereit ist. Allerdings gilt hier wie anderswo der Grundsatz: *„Wer das Schwert zieht, muss auch bereit sein zu kämpfen“*. Ist der Bauherr am Ende doch nicht bereit, notfalls einen Prozess hinsichtlich der strittigen Nachtragsforderungen zu riskieren, ist es in der Regel besser, schon während der Bauzeit und möglichst vor der Ausführung der Nachtragsleistung zügige Nachtragsverhandlungen mit dem

Unternehmer zu führen.

2. WIE SOLLTE DIE NACHTRAGSVER- HANDLUNG VORBEREITET WERDEN?

In den seltensten Fällen ist es so, dass alle für die Beurteilung der Berechtigung eines Nachtrages nach Grund und Höhe notwendigen Informationen tatsächlich zur Verfügung stehen. Teilweise werden Nachtragsforderungen vom Unternehmer bereits nicht ausreichend begründet und der Höhe nach nicht prüfbar abgerechnet. Möchte der Bauherr eine schnelle Einigung mit dem Unternehmer, sollte der Architekt von sich aus fehlende Informationen beschaffen, etwa was ortsübliche Preise für die Nachtragsleistungen angeht. Entweder finden sich entsprechende Informationen bei Vergleichspositionen des Leistungsverzeichnisses oder einer vorliegenden Vertragskalkulation des Unternehmers oder der Architekt recherchiert selbst, was eine ortsübliche Vergütung für derartige Nachtragsleistungen ist. Alternativ kann der Unternehmer gezielt auf fehlende Nachweise/Unterlagen angesprochen werden. Wenn man darauf wartet, dass der Unternehmer von sich aus alle zur Beurteilung notwendigen Informationen von sich aus liefert, kommt es häufig nicht zeitnah zu einer Einigung.

Geht es dem Bauherrn jedoch in erster Linie um Verzögerung, sollte sich der Architekt nicht schlauer machen als notwendig. In vielen Fällen sind die Begründungen des Unternehmers sowohl zum Grund als auch der Höhe von Nachtragsforderungen unzureichend. Hier bietet es sich als Verhandlungstaktik an, dem Unternehmer jeweils zu erklären: **„Der Bauherr würde ja gerne zahlen, aber er muss es erst einmal verstehen.“**

Zur Vorbereitung einer Nachtragsverhandlung gehört mitunter auch die Einholung einer rechtlichen Stellungnahme. Dort, wo Nachträge bereits dem Grunde nach strittig sind (fällt eine Leistung in die Pauschale oder nicht), sollte sich der Architekt überlegen, ob er selbst in der Lage ist, die rechtliche Situation zu beurteilen oder ob es sinnvoller wäre, dem Bauherrn die Einholung eines anwaltlichen Rates zu empfeh-

len. Wenn auch der Unternehmer eine rechtliche Stellungnahme seines Anwaltes einholt, können die Parteien in der Nachtragsverhandlung zumindest auf diese rechtlichen Einschätzungen zurückgreifen und sie auf Plausibilität überprüfen.

Soweit Dritte mit dem Nachtragsstreit etwas zu tun haben (z. B. angeblicher Fehler des Statikers, der zu einer Mehrforderung des Unternehmers geführt hat), sollte der Architekt grundsätzlich immer eine schriftliche Stellungnahme des betroffenen Dritten einholen oder diesen auch mit zu Nachtragsgesprächen bitten, da man erfahrungsgemäß schlecht zu Ergebnissen kommt, wenn ein Beteiligter nicht mit am Tisch sitzt.

3. DURCHFÜHRUNG DER NACHTRAGS- VERHANDLUNGEN

Nachtragsverhandlungen sollten grundsätzlich beim Bauherrn und nicht beim Bauunternehmer stattfinden. Es mag hiervon Ausnahmen geben, etwa weil man dem Unternehmer eine Vergleichsbereitschaft signalisieren will oder aus anderen Gründen. Die meisten Unternehmer erwarten jedoch, dass sie sich, wenn sie zusätzliches Geld haben wollen, zum Bauherrn begeben müssen. Es ist daher psychologisch sinnvoll, dass der Bauherr den Ort des Treffens bestimmt. Das Büro des Architekten ist hierfür nur bedingt geeignet. Dort, wo es dem Bauherrn im Wesentlichen auf Verzögerung und Verschleppung der Nachtragsverhandlungen ankommt, ist es durchaus hinderlich, wenn zu viele Informationen vor Ort zur Verfügung stehen. Geht es dem Bauherrn hingegen um eine zügige Verhandlungslösung, kann das Büro des Architekten ein sinnvoller Ort für die Nachtragsverhandlung sein.

Was die Rollenverteilung bei solchen Nachtragsgesprächen angeht, ist es in den meisten Fällen sinnvoll, wenn der Architekt die Rolle des „Bad Guy“ übernimmt. Viele wirtschaftlich unerfahrene Bauherren sind nur schwer in der Lage, ihre eigenen finanziellen Interessen so zu wahren, wie dies notwendig ist. ➔

DAS AKTUELLE THEMA

⇒ FORTSETZUNG VON SEITE 4

Bei solchen Bauherren muss der Architekt der Böse sein, der immer neue Einwände gegenüber den Nachtragsforderungen findet, die der gute Bauherr selbstverständlich bereit ist, in berechtigter Höhe zu bezahlen. Manche Bauherren möchten sich einfach hinter ihrem Architekten „verstecken“ und reagieren unwirsch, wenn der Architekt sich dieser Erwartungshaltung verweigert. Nur dort, wo wir einen durchsetzungsstarken Bauherrn haben, der genau weiß, was er will, kann unter Umständen eine andere Rollenverteilung sinnvoll sein. In jedem Fall sollte der Architekt dies vorher mit dem Bauherrn absprechen. Wenn beide den „Good Guy“ spielen, wird das Vergleichsergebnis vermutlich nicht zufriedenstellend sein und im anderen Fall wird es vermutlich gar nicht erst zu einem Ergebnis kommen, weil der Unternehmer vorzeitig die Nachtragsverhandlung verlässt.

Um eine vernünftige Arbeitsatmosphäre zu schaffen, sollte der Architekt vorab eine Tagesordnung erarbeiten, die schriftlich jedem Beteiligten vorliegt. Dabei empfiehlt es sich, einige einfachere Probleme an den Anfang zu ziehen. Die Erfahrung zeigt, dass man über die „großen Brocken“ ohnehin nicht in der ersten Stunde des Gesprächs hinwegkommt und solche Themen dann häufig zurückgestellt werden. Insofern macht es Sinn, einige leichtere Probleme zum „Aufwärmen“ an den Anfang zu ziehen. Eine Ausnahme hiervon gibt es jedoch: Wenn ernsthafte Zweifel an der Vergleichsbereitschaft des Unternehmers bestehen, muss man nicht erst eine Stunde über die kleineren Probleme verhandeln, um am Ende festzustellen, dass man doch nicht zu einer Einigung kommt. Hier empfiehlt sich unter Umständen auch ein gezieltes „Austesten“ der Verhandlungsbereitschaft der Gegenseite, indem man die schweren Probleme an den Anfang zieht, um zu sehen, wie der Unternehmer auf eine harte Verhandlungsposition des Bauherrn reagiert. Wenn er sitzen bleibt und das Thema zurückgestellt wird, besteht vermutlich ernsthafte Vergleichsbereitschaft, anders als wenn der Unternehmer nach den ersten 15 Minuten den Raum verlässt.

Ob ein Protokoll von einem solchen Vergleichsgespräch gefertigt werden soll, ist wiederum nicht einheitlich zu beantworten. Ein internes Protokoll im Sinne von einer Aktennotiz

sollte es in jedem Fall geben. Ein externes Protokoll, wo Vergleichspositionen schriftlich festgehalten werden, sollte es nur dann geben, wenn im Zweifel auch eine Teileinigung ins Auge gefasst wird. In diesem Fall macht es Sinn, die Positionen zu den Punkten, die unter Umständen in die Teileinigung einfließen könnten, schriftlich festzuhalten. Hat der Bauherr jedoch nur Interesse an einer Gesamteinigung, muss der Unternehmer von einem solchen Vergleichsgespräch auch kein Protokoll bekommen.

**4. VERGLEICHsverhandlungen
UND LAUFENDE FRISTEN**

Gelegentlich finden Vergleichsverhandlungen über Nachtragsforderungen oder Mängelansprüche in einer Situation statt, wo der Bauherr bereits Fristen zur Erbringung der Leistung oder zur Abstellung von Mängeln gesetzt hat und gegebenenfalls auch die Kündigung des Vertrages schon angedroht ist. In solchen Situationen muss der Architekt darauf achten, gegenüber dem Unternehmer klarzustellen, dass die vom Bauherrn gesetzten Fristen durch ein Treffen bzw. eine Verhandlung nicht berührt werden. Gegebenenfalls kann zur Verbesserung der Gesprächsatmosphäre auch eine Fristverlängerung ausgesprochen werden. In diesem Fall muss der Architekt dies aber, sollte es nicht zu einem Vergleich kommen, gegenüber dem Unternehmer durch einen Brief dokumentieren.

Ein letzter Ratschlag besteht darin, am Ende eines erfolgreichen Vergleichsgesprächs möglichst ein kurzes handschriftliches Protokoll anzufertigen, das die Beteiligten unterschreiben. Dies wird im Regelfall noch nicht der vollständige Vergleich sein, weil noch einzelne Formulierungen rechtlich abgestimmt werden müssen oder man doch einzelne Punkte hat, die nicht geklärt werden konnten. Trotzdem macht es Sinn, eine grundsätzliche Einigung sofort schriftlich festzuhalten. Auch dies gilt natürlich nur, wenn der Bauherr tatsächlich an einer schnellen Einigung interessiert ist. ■

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 Tobias Sommer
RA Stephan Becker
StBin Dr. Annette Funk

Niederlassungen 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

www.bauleiterschulung.de

RISIKEN FÜR DEN BAUNTERNEHMER NACH DEM ARBEITNEHMERENTSENDEGESETZ

Es drohen Durchgriffshaftung, Bußgelder und Auftragsperre für öffentliche Aufträge

Nachdem das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) zum 20.04.2009 umfassend geändert wurde, gelten weiterhin zwingende Arbeitsbedingungen für Arbeitnehmer, insbesondere im Bauhaupt- und Baunebengewerbe. Die im AEntG geregelten Mindestarbeitsbedingungen gelten **zwingend für alle** in Deutschland tätigen **ausländischen und inländischen Arbeitnehmer**. Nach der Klarstellung des Gesetzgebers in § 1 AEntG besteht nunmehr auch kein Zweifel mehr, dass das AEntG **auch für Arbeitgeber mit Sitz im Inland** gilt! Nach der Gesetzesänderung wurde der Anwendungsbereich sogar noch um sechs weitere Branchen erweitert.

Es drohen daher für alle Bauunternehmen scharfe Sanktionen aus Bürgenhaftung (§ 14 AEntG), Bußgeldvorschriften (§ 23 AEntG) und die Gefahr, als Unternehmen von der Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen zu werden (§ 21 AEntG). Die einzuhaltenden Mindestbedingungen nach § 2 AEntG, wie z. B. Mindestlohn oder Mindestjahresurlaub sind inzwischen hinreichend bekannt.

Überraschender trifft viele Unternehmen jedoch die sogenannte **Durchgriffshaftung** nach § 14 AEntG (§ 1 a AEntG a. F.).

Diese weitreichende Durchgriffshaftung bedeutet für den **Generalunternehmer**, dass er **für die gesamte Nachunternehmerkette in Anspruch genommen werden kann**. Dies bezieht sich auf Regressansprüche der Arbeitnehmer für Mindestlöhne sowie der sonstigen Beiträge der Sozialkassen. Hervorzuheben ist, dass es sich dabei um eine **verschuldensunabhängige Durchgriffshaftung** handelt, sodass es nicht auf eine besonders sorgfältige Auswahl oder Überwachung der Nachunternehmer ankommt. Besondere Schwierigkeiten hat der Generalunternehmer, wenn sein Sub- oder Nachunternehmer (NU) seinerseits ausländische Sub- oder Nachunternehmer beschäftigt, wovon der GU gar nichts weiß.

Zwar besteht die Möglichkeit der Einholung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung bei

der für den Subunternehmer zuständigen Urlaubskasse, **ein vollständiger und genereller Haftungsausschluss innerhalb der gesamten Unternehmernetz ist jedoch unzulässig**.

Dem Generalunternehmer ist daher anzuraten, wegen möglicher Forderungen nach § 14 AEntG **einen Teil des vereinbarten Werklohns einzubehalten** und dies vertraglich abzusichern.

Darüber hinaus gibt es seit dem Jahr 2005 in Zusammenarbeit mit der SOKA-BAU ein sogenanntes „Frühwarnsystem“ für Hauptunternehmer, um diese vor einer Inanspruchnahme nach § 14 AEntG zu schützen. Ein entsprechendes Antragsformular für diese sogenannte Präqualifizierung können Sie sich direkt auf der Internetseite der SOKA-BAU herunterladen.

Nach einer Mitteilung der SOKA-BAU hat diese angekündigt, **Auftraggeber von präqualifizierten Nachunternehmern grundsätzlich nicht mehr als Bürgen nach § 14 AEntG in Anspruch zu nehmen**.

Es ist daher jedem Generalunternehmer nur ausdrücklich zu raten, die entsprechenden Anträge zu stellen und sich von allen Nachunternehmern und deren Nachunternehmern die erforderlichen Vollmachten ausstellen zu lassen. Inzwischen sind Sie jedoch nicht mehr darauf angewiesen, dass der Nachunternehmer entsprechende Anträge bei der SOKA-BAU stellt,

sondern Sie können selbst nach Erhalt der entsprechenden Vollmacht eine entsprechende SOKA-BAU-Enthafungsbescheinigung bei dieser anfordern. Sollte es Ihnen nicht möglich sein, die notwendigen Unterlagen auf Anhieb zu finden oder noch Fragen zu dem Ablauf haben,

können Sie sich gerne an unser Büro wenden. Allerdings müssen auch die weiteren Regelungen des AEntG sorgfältig beachtet werden, da z.B. nach § 23 Abs. 3 AEntG **Bußgelder bis zu € 500.000,00** drohen, wenn der Mindestlohn oder der Erholungsurlaub sowie ein zu-

sätzliches Urlaubsgeld nicht gewährt werden. Außerdem stellt auch die Nichtabführung von Beiträgen an gemeinsame Einrichtungen einen Bußgeldtatbestand dar.

Hervorzuheben ist, dass **Hauptunternehmer bußgeldrechtlich für sämtliche** auf der Baustelle eingesetzten **Nachunternehmer haften** können, sodass eine sorgfältige Auswahl auch dieser schon im Eigeninteresse geboten ist.

Die eigenen Nachunternehmer sind daher vertraglich zu verpflichten, weitere Nachunternehmer nur beschäftigen zu dürfen, wenn der Hauptunternehmer seine Zustimmung erteilt hat und ihm eine Präqualifizierung vorliegt.

Ihre Verträge sollten mit entsprechenden Regelungen ergänzt und gegebenenfalls mit Vertragsstrafen und/oder Haftungsfreistellungen gekoppelt werden.

Außerdem droht gemäß § 21 AEntG eine **Auftragsperre für Bewerber um einen Liefer-, Bau- oder Dienstleistungsauftrag von öffentlichen Aufträgen**, wenn eine Geldbuße nach § 23 AEntG **von wenigstens € 2.500,00** verhängt worden ist. Auch hier gilt, dass ein Ausschluss schon dann erfolgen kann, wenn im Einzelfall angesichts der Beweislage kein vernünftiger Zweifel an einer schwerwiegenden Verfehlung besteht. Das bedeutet, dass der öffentliche Auftraggeber **bereits im Ermittlungsverfahren** – ohne einen rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens abwarten zu müssen – den Ausschluss aussprechen kann.

Abschließend soll darauf hingewiesen werden, dass rechtskräftige Bußgeldentscheidungen über **Geldbußen von mehr als € 200,00 in das Gewerbezentralregister eingetragen** werden.

Dementsprechend gilt es, jeden Verstoß gegen das AEntG zu vermeiden und durch Beachtung einiger Vorsichtsmaßnahmen das Risiko für eine Inanspruchnahme nach dem AEntG deutlich zu reduzieren. Dabei helfen wir Ihnen gern! ■

Ein Teil des vereinbarten Werklohns sollte einbehalten werden!

Vollständiger Haftungsausschluss für NU-Kette unzulässig!

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Neuherstellung bei Schädigung des Werkes vor Abnahme

1. Der Unternehmer hat sein Werk ohne gesonderte Vergütung neu herzustellen, wenn dieses vor Abnahme zerstört oder beschädigt wird und sich der Besteller nicht im Verzug mit der Annahme befindet.

2. Dies gilt auch für den Fall, dass der Schaden von einem anderen Auftragnehmer des Auftraggebers verursacht wurde, weil dieser kein Erfüllungsgehilfe des Bestellers im Verhältnis zum Unternehmer ist.

OLG Celle, Urteil vom 18.03.2010

Die Klägerin hat im Auftrag eines Generalunternehmers Trockenbauarbeiten für den Ausbau eines Gebäudes durchgeführt. Diese werden durch einen Wassereinbruch, der von einem anderen Nachunternehmer des Generalunternehmens verursacht wurde, vor Abnahme beschädigt. Die Klägerin hat ihre Leistung teilweise neu hergestellt und verlangt vom Generalunternehmer dafür gesonderte Vergütung, hilfsweise Schadensersatz. Die hierauf gerichtete Klage wird vom Landgericht zurückgewiesen.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Diese Entscheidung wird vom Oberlandesgericht bestätigt. Der Generalunternehmer schuldet keine gesonderte Vergütung. Auch ist der Anspruch weder aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes noch als Aufwendungsersatz aus Geschäftsführung ohne Auftrag gerechtfertigt. Denn die Klägerin war nach Auffassung des Gerichtes gemäß § 644 Abs. 1 Satz 2 BGB verpflichtet, die Leistung nochmals herzustellen. Der Generalunternehmer hatte weder die Abnahme ausgesprochen noch befand er sich im Annahmeverzug. In einer solchen Situation liegt die Gefahr für den Untergang bzw. für die Beschädigung des Werkes allein beim Unternehmer. Zwar ist der Generalunternehmer verpflichtet, das von seinem Auftragnehmer hergestellte Werk nicht zu beschädigen. Diese Pflicht

wird aber nicht dadurch verletzt, dass ein anderes von ihm beauftragtes Unternehmen die Beschädigung verursacht. Denn dieses ist in Bezug auf diese Pflicht kein Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Für den Auftragnehmer ist diese Entscheidung bitter, weil die Beschädigung aus seiner Sicht aus der „Sphäre“ seines Auftraggebers stammt. Juristisch lässt sich dieser Fall nur im Wege der sogenannten „Drittchadensliquidation“ lösen. Danach kann sich der Unternehmer die Ansprüche des Generalunternehmers gegen den Schädiger (d. h. den anderen Nachunternehmer) abtreten lassen, um sie dann in eigenem Namen gegen diesen geltend zu machen. Denn nach der Rechtsprechung soll der Schädiger keinen Vorteil aus der gesetzlichen Gefahrtragungsregelung ziehen, die nur zum

Schutze des Auftraggebers einer Werkleistung gedacht war. Dies setzt allerdings voraus, dass dem Schädiger bekannt ist und dessen Verantwortlichkeit bewiesen werden kann. Dies ist beim Einsatz mehrerer Gewerke auf einer Baustelle nicht immer der Fall. Daher kann jedem Werkunternehmer nur dringend empfohlen werden, nach Fertigstellung seiner Leistungen so schnell wie möglich die Abnahme herbeizuführen, gegebenenfalls durch entsprechende Fristsetzung gemäß § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB. In der Zwischenzeit hat er alles Zumutbare zu unternehmen, um das Werk vor Beschädigungen zu schützen. ■

Auftragnehmer kann sich Ansprüche gegen Schädiger abtreten lassen

DAS WRD-TEAM

Rechtsanwalt Stephan Becker



Rechtsanwalt Stephan Becker ist seit nunmehr einem Jahr in unserem Berliner Büro tätig und verstärkt unser Baurechts-Team mit seiner arbeitsrechtlichen Kompetenz. Dies betrifft nicht nur das Individual-Arbeitsrecht, bei dem es um Arbeitsverträge und Kündigungen geht. Vielmehr befasst sich Herr Becker auch mit dem Bauarbeitsrecht, also Fragestellungen aus dem Arbeitnehmerentendegesetz, der Arbeitnehmerüberlassung, der Beschäftigung von Ausländern und den Problemen der Schwarzarbeit. In diesem Bereich bestehen für die Bauunternehmer beträchtliche Haftungsfallen. Seine Ratschläge zum Arbeitnehmerentendegesetz sind auf Seite 6 dieses Newsletters nachzulesen.

Rechtsanwalt Becker ist darüber hinaus Experte im Mietrecht, was vor allen Dingen für die von uns betreuten Bauträger- und Immobilienunternehmen von Interesse ist. Schließlich widmet er sich in unserem Büro auch allgemeinen zivilrechtlichen Fragestellungen.

SPEZIALEMINAR

ZUM BAUARBEITSRECHT

- Arbeitnehmerentendegesetz
- Arbeitnehmerüberlassung
- Schwarzarbeit

Referent: RA Stephan Becker

Termin: 21.09.10, 13:00 - 17:00 Uhr

Anmeldung: berlin@wrdd.de

(Frau Goltz)

DAS AKTUELLE INTERVIEW

Baunormung: Fluch oder Segen?

Interview mit Dipl.-Ing. Michael Heide, Geschäftsführer Zentralverband Deutsches Baugewerbe (ZDB)

NEWSLETTER: *Welche Bedeutung haben Normen für die Baupraxis?*

HEIDE: Bei den allermeisten Bauwerken handelt es sich um Unikate, die individuell nach den Wünschen des Bauherrn sowie den spezifischen Gegebenheiten geplant und errichtet werden. Im Gegensatz zur Großserienfertigung von Industrieprodukten gibt es im Bauwesen keine Prototypen oder Vorserien. Daher muss die Planung eines Bauvorhabens bereits auf Anhieb eine technisch und wirtschaftlich optimale Lösung verkörpern. Dieses kann nur mit Hilfe entsprechend praxisorientierter und zugleich ausgereifter technischer Regelwerke gelingen.

NEWSLETTER: *Welche Probleme sehen Sie in der derzeitigen Normenpraxis?*

HEIDE: Grundsätzlich müssen die Normen praxistauglich sein, sodass sie von den Anwendern sicher gehandhabt werden können. Zu den Anwendern von Baunormen zählen vor allem Architekten, Bauingenieure, Bauproduktenhersteller und Bauunternehmen. Es ist jedoch festzustellen, dass die Normenausschüsse insbesondere im Bereich der Bauphysik und der Normen zur statischen Bemessung von Bauwerken von Wissenschaftlern aus den Hochschulen dominiert werden. Hierbei fließen die neuesten wissenschaftlichen Erkenntnisse, die oftmals aus aktuellen Forschungsvorhaben oder Dissertationen herrühren, in die Normung ein und dominieren diese. Dabei werden nur allzu oft die über Jahrzehnte bewährten, praktikablen Nachweisverfahren durch unnötig komplexe, oftmals auch wissenschaftlich nur unzureichend abgesicherte Verfahren abgelöst. Im Ergebnis entstehen Normen, die aufgrund ihrer Komplexität nicht mehr überschaubar und damit praxisuntauglich sind.

NEWSLETTER: *Zum Thema Europäischer Normung: Sehen Sie darin Vorteile?*

HEIDE: Durch europäische Bauproduktennormen sollen Bauprodukte europaweit nach

einem einheitlichen Standard hergestellt und gehandelt werden können. Die Eurocodes sollen die statische Bemessung von Bauwerken europaweit vereinheitlichen, damit jeder Tragwerksplaner in jedem Land Europas seine Dienste anbieten kann. Bei der europäischen Normung wurden jedoch regionale Unterschiede wie Klima und Bauweisen, hinten angestellt. In der europäischen Bauproduktennormung werden keine Mindeststandards und Mindestgüten geregelt, sodass die für die sichere Anwendbarkeit und Handhabung von Bauprodukten einschlägigen Anforderungen häufig national in einer zusätzlichen DIN-Norm geregelt werden müssen. Auch aus Sicht des Verbraucherschutzes ist dies als Rückschritt zu werten, da sich die Qualität von Bauprodukten nicht an der CE-Kennzeichnung ablesen lässt.

NEWSLETTER: *Mit der EnEV führen nunmehr auch politische – z. B. umweltpolitische – Zielstellungen zur Normung. Halten Sie das für richtig?*

HEIDE: Die EnEV 2009 beinhaltet sehr ehrgeizige Ziele, die in der Baupraxis vergleichsweise große Dämmstoffdicken und deshalb häufig teure Detaillösungen nach sich ziehen. Die Folge ist, dass Haus- und Wohnungseigentümer von der energetischen Modernisierung Abstand nehmen. Auch im Neubaubereich stoßen bei der Einhaltung der EnEV-Anforderungen bewährte Bauweisen an technische oder wirtschaftliche Grenzen. Vor diesem Hintergrund ist zunächst die EnEV 2009 zu evaluieren, bevor die Anforderungen an die Energieeffizienz nochmals angehoben werden. Ferner kritisieren wir die unnötige Komplexität des der EnEV zugrundeliegenden Berechnungsverfahrens nach DIN V 18599. Dieses ist nicht nur sehr komplex sondern zudem sehr ungenau und weist Bedarfswerte des Energieverbrauchs aus, die von den tatsächlichen Energieverbräuchen oftmals erheblich abweichen. Daher trägt die EnEV auch hierdurch eher zur Verunsicherung der Eigentümer und Investoren als zur Förderung der energetischen Modernisierung bei.

NEWSLETTER: *Nimmt die Normung überhand? Welche Ansicht vertritt der ZDB dazu?*

HEIDE: Der ZDB vertritt grundsätzlich die Auffassung, dass sowohl die nationale als auch die europäische Normung dringend reformiert werden müssen, um wieder praxisgerechte und sicher handhabbare Normen zu erzielen. Wir treten nicht nur auf Ebene der europäischen und nationalen Politik, sondern auch durch aktive Mitwirkung unserer weit über 100 Normungsexperten in den Normungsgremien für eine praxisgerechte Baunormung ein.

NEWSLETTER: *Der ZDB hilft mit dem „Normenportal“. Was ist das?*

HEIDE: Der ZDB bietet in Zusammenarbeit mit dem Beuth-Verlag exklusiv für seine Mitgliedsunternehmen ein Online-Normenportal, das ca. 600 der wichtigsten Baunormen und Richtlinien enthält, zu einem sehr attraktiven Abonnementpreis als Einzel- oder Mehrfachlizenz an. Der in dem Portal enthaltene Baunormenkatalog wurde von Experten im ZDB gewerkweise zusammengestellt und enthält alle für die betriebliche Praxis relevanten Normen einschließlich der VOB. Die Normensammlung wird quartalsweise vom Beuth-Verlag aktualisiert, so dass stets die aktuelle Ausgabe der Norm zur Verfügung steht. Alle Dokumente werden als PDF-Datei zur Verfügung gestellt und können beliebig oft ausgedruckt werden. Somit ermöglicht der ZDB seinen Mitgliedsunternehmen einen preiswerten Zugang zu den praxisrelevanten Baunormen, die zudem stets aktuell sind.

NEWSLETTER: *Sehr geehrter Herr Heide, wir danken für das Gespräch.*

UNSER INTERVIEWPARTNER



Dipl.-Ing.
Michael Heide

Geschäftsführer
Zentralverband
Deutsches
Baugewerbe