

EDITORIAL



Zum Beginn des neuen Jahres dürfen wir zunächst allen Lesern und deren Unternehmen viel Erfolg und der Bauwirtschaft die lang ersehnte wirtschaftliche Konsolidierung wünschen.

Auch im Jahr 2005 wollen wir Ihnen mit unserem Baurecht-Newsletter Neuigkeiten aus Rechtsprechung und Gesetzgebung präsentieren. So haben wir in der heutigen Ausgabe neben dem privaten Baurecht und dem Vergaberecht auch aktuelle Entscheidungen zum Arbeitnehmerentendegesetz kommentiert. Darüber hinaus besprechen wir eine Entscheidung aus dem Steuerrecht und berichten in unserer Rubrik „Aktuelles“ u. a. über die Verlängerungspflicht bei Freistellungsbescheinigungen und die elektronische Abgabe von Steuererklärungen.

Daneben wollen wir in dieser Ausgabe beginnen, unsere bewährten Kollegen/innen vorzustellen, die sich in unserer Kanzlei mit der Betreuung von Mandanten aus dem Baubereich befassen. Den Anfang macht Rechtsanwalt Bernd Kimmich, der vielen Lesern als Referent und Autor unseres Bauleiter-Handbuchs bekannt sein dürfte. Wir verweisen schließlich auf die Vortragsveranstaltungen, auf den Kollegen aus unserer Kanzlei als Referenten auftreten sowie auf unser eigenes Schulungsprogramm, welches bei Interesse in unserer Kanzlei abgefragt werden kann.

Berlin, im Januar 2005
Dr. Ulrich Dieckert

Die wichtigsten Entscheidungen des letzten Quartals

Wann liegt ein Mangel der Werkleistung nach neuem Recht vor?

1. Ein Mangel im Sinne des § 633 Abs. 2 BGB sowie des § 13 Nr. 1 VOB/B (jeweils neue Fassung) liegt nicht nur vor, wenn die Werkleistung nicht den anerkannten Regeln der Technik entspricht, sondern bereits dann, wenn das Werk von der Beschaffenheit abweicht, die es nach den vertraglichen Vereinbarungen und dem danach vorausgesetzten Gebrauch haben muss.

2. Auch unerhebliche Abweichungen, die objektiv zu keiner Gebrauchsbeeinträchtigung führen, können nach neuem Recht einen Mangel darstellen.

BGH, Urteil vom 21.09.2004 – X ZR 244/01

Worum geht es?

Eine Gemeinde bestellt für ein öffentliches Schwimmbad eine Wasseraufbereitungsanlage.

Die Gemeinde wendet gegen den Werklohnanspruch

des Auftragnehmers eine zu geringe Dimensionierung von Öffnungen ein. Sie meint, dass Wasseraufbereitungsanlagen

bei öffentlichen Schwimmbädern schon aus Gründen der

Verkehrssicherheit den DIN-Normen entsprechen müssten. Eine objektive Gebrauchsbeeinträchtigung sei für die Annahme eines Mangels nicht notwendig.

Die Entscheidung des Gerichts:

Nachdem die Vorinstanz (OLG Koblenz) einen Mangel mit dem Argument abgelehnt hat, dass die Öffnungen für Wartung und Reparaturarbeiten ausreichend seien, gewinnt die Gemeinde den Prozess beim BGH. Der vom Gericht bestellte Sachverständige hat festgestellt, dass die Dimensi-

onierung sowohl von den Angaben im Leistungsverzeichnis als auch den Vorgaben der einschlägigen DIN-Normen abweicht. Letzteres wäre nach Auffassung des BGH für die Annahme eines Mangels noch nicht einmal erforderlich gewesen. Maßgebend sei, ob die konkrete Werk Ausführung vom vertraglich geschuldeten Erfolg ab-

weicht und hierdurch der nach dem Vertrag vorausgesetzte Gebrauch gemindert werde. Demgegenüber sei unerheblich, ob die tatsächliche Ausführung wirtschaftlich und technisch sogar besser ist als die vereinbarte. Es kommt allein auf die Beeinträchtigung des **geschuldeten** (!) Erfolgs an.

Hinweise für die Praxis:

Nach altem Recht lag ein Mangel grundsätzlich nur dann vor, wenn die Gebrauchs- oder Funktionstauglichkeit der Werkleistung beeinträchtigt war, oder der Auftragnehmer eine bestimmte Eigenschaft zugesichert hatte.

Der Begriff des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft ist nach neuem Recht dadurch ersetzt worden, dass ein Werk jetzt bereits mangelhaft ist, wenn es nicht die im Vertrag vereinbarte Beschaffenheit aufweist. Ein Mangel liegt deshalb bei jeder Abweichung der Ist- von der Soll-Beschaffenheit vor.

Allein die technische Mangelfreiheit oder die Einhaltung von DIN-Normen ist nicht ausreichend; sie können allenfalls den Mindeststandard vorgeben.

Damit ist der Mangelbegriff verschärft worden. Gerichte werden zukünftig kaum mehr die Möglichkeit haben, einen Mangel zu verneinen, wenn von einer Beschaffenheitsvereinbarung abgewichen worden ist.

Auftraggebern ist zu raten, die Verwendungsweise und die Beschaffenheit im Vertrag präzise zu regeln.

Auftragnehmer sollten in Zukunft darauf achten, nicht

von Hersteller- oder Produktangaben, die im Vertrag genannt worden sind (beispielsweise in einer Leistungsbeschreibung oder einem Leistungsverzeichnis) abzuweichen. Gleiches gilt für technische Verfahrensweisen.

Änderungen sollten nur mit ausdrücklicher, möglichst schriftlicher Zustimmung des Auftraggebers, erfolgen. Sonst drohen Gewährleistungsansprüche, jedenfalls in Gestalt von Vergütungsminderungen.

Aktuelles

Auch „öffentl. Nachunternehmer“ müssen ausschreiben!

Der Europäische Gerichtshof hat in einer jüngsten Entscheidung klargestellt, dass auch Nachunternehmer von öffentlichen Auftraggebern nach dem Vergaberecht ausschreiben müssen, wenn sie selbst per definitionem öffentlicher Auftraggeber sind. Vorliegend handelte es sich um die Stadt München, die in einer Ausschreibung einer Abfallwirtschaftsgesellschaft den Zuschlag erhielt und sodann Einzelleistungen freihändig auf Privatunternehmen übertrug.

Ausschreibungspflicht auch für „Inhouse-Vergabe“.

Auch bei der sogenannten „Inhouse-Vergabe“ ist nach Auffassung des OLG Frankfurt in einer Entscheidung vom 07.09.2004 eine öffentliche Ausschreibung jedenfalls dann erforderlich, wenn eine Gemeinde das Einsammeln und Transportieren von Hausmüll auf den Eigenbetrieb einer Nachbargemeinde übertragen will. Der EuGH hat sich schließlich in einer Entscheidung vom 11.01.2005 ebenfalls mit der Inhouse-Vergabe befasst und entschieden, dass die Stadt Halle die Abfallentsorgung nicht ohne vorherige Ausschreibung auf eine Gesellschaft übertragen darf, an der die Stadt mehrheitlich beteiligt ist. Mit diesen Entscheidungen wird die vergaberechtsfreie Beauftragung kommunaler Dienstleistungen immer weiter zugunsten des Wettbewerbes eingeschränkt.

Die wichtigsten Entscheidungen des letzten Quartals

Gewährleistungseinbehalt: Wann ist ein Sperrkonto insolvenzfest?

Zahlt der Auftraggeber den Gewährleistungseinbehalt auf ein „Sperrkonto“, das auf ihn als Kontoinhaber lautet, so dass seine alleinige Verfügungsberechtigung nicht ausgeschlossen ist, kann der Auftragnehmer in der Insolvenz des Auftraggebers keine Aussonderung nach § 47 der Insolvenzordnung beanspruchen; er erhält vielmehr nur eine Quote wie andere nicht bevorrechtigte Insolvenzgläubiger.

OLG Dresden, Urteil vom 04.03.2004 – 13 U 1877/03 (nicht rechtskräftig)

Worum geht es?

Ein Auftraggeber (AG) zahlt den vertraglich vereinbarten Gewährleistungseinbehalt in Höhe von € 342.351,67 auf ein Sperrkonto bei einem zuvor bestimmten Bankinstitut ein.

Das Konto wurde vom AG mit der Kontobezeichnung

„Sperrkonto AG“ eröffnet. Als Kontoinhaber gab der AG nur sich selbst an. Als gemeinsam Vertretungsberechtigte wurden für den AG und den Auftragnehmer (AN) je ein Mitarbeiter namentlich benannt.

Nachdem über das Vermö-

gen des AG das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, beanspruchte der AN die Auszahlung des Gewährleistungseinbehaltes – Zug-um-Zug gegen Übergabe einer Gewährleistungsbürgschaft – vom Insolvenzverwalter.

Die Entscheidung des Gerichts:

Das OLG Dresden hat die Klage abgewiesen, weil der AN nicht Mitinhaber eines Gemeinschaftskontos im bankrechtlichen Sinne geworden sei.

Bei einem Sperrkonto im Sinne des § 17 Nr. 5 VOB/B müsse es sich um ein Konto handeln, über das beide Parteien nur gemeinsam verfügen könnten. Voraussetzung hier-

für sei eine dingliche Beschränkung; nur dann werde eine effektive, also insolvenzsichere Sperrwirkung erzielt. Hierfür sei ein sogenanntes „Und“-Konto (bei dem der AN und der AG gemeinsam Kontoinhaber werden) einzurichten.

Allein aus der gemeinsamen Vertretungsberechtigung des AN mit einem Vertreter des AG könne nicht auf eine Kontoinhaberschaft des AN

geschlossen werden.

Auch ein Recht zur abgeordneten Befriedigung aufgrund einer Verpfändung des Auszahlungsanspruchs nach § 50 der Insolvenzordnung hat das OLG abgelehnt. Denn die Verpfändung wäre der Bank gegenüber anzuzeigen gewesen. Allein in der Bezeichnung „Sperrkonto“ und der Einzahlung eines Sicherheitseinbehalts ist eine solche Anzeige nicht zu sehen.

Hinweise für die Praxis:

Das Urteil mag für juristische Laien schwer verständlich sein; es bestätigt aber die herrschende Auffassung, dass ein Sperrvermerk lediglich einen schuldrechtlichen Zahlungsanspruch begründet, der nicht insolvenzfest ist.

Ebenso hat das Landgericht Leipzig bereits mit Urteil vom 20.04.2001 entschieden (Aktenzeichen: 10 O 9711/00).

Eine insolvenzfeste Sicherung erlangt der AN also nur, wenn er eine sogenannte dingliche Rechtsposition erhält. Diese Sicherung gewährleistet das sogenannte „Und- bzw. Gemeinschaftskonto“, oder die Verpfändung der

Forderung, die aber der Bank gegenüber angezeigt werden muss.

AN sollten aufgrund dieser Rechtsprechung unbedingt darauf achten, dass sie Mitinhaber des Kontos werden und die entsprechenden Handlungen zur Eröffnung solcher Konten vornehmen. Im Zusammenhang mit der Mitwirkungshandlung des AN ist ergänzend auf eine Entscheidung des OLG Dresden vom 13.08.1998 (Aktenzeichen: 7 U 824/98) hinzuweisen. Dort hatte das OLG Dresden entschieden, dass sich der AG bei der Errichtung des Sperrkontos nicht auf eine fehlende Mitwirkung des AN berufen,

sondern einseitig eine rechtstechnische Möglichkeit wählen muss, die sicherstellt, dass die dingliche Sperrwirkung innerhalb einer nach § 17 Nr. 6 Abs. 3 VOB/B gesetzten Nachfrist, auch ohne Mitwirkung des AN, herbeigeführt wird. Dazu kann er mit der Bank beispielsweise einen Vertrag zugunsten Dritter (vorliegend des AN) schließen. Wir raten AN aus Sicherheitsgründen dennoch, entsprechende Gegenzeichnungen vorzunehmen, wenn der AG hierzu auffordert. Ansonsten laufen sie Gefahr, in der Insolvenz des AG mit leeren Händen dazustehen

Aktuelles

Faxbericht als Zugangsbeweis

In Bauprozessen stellt sich immer wieder die Frage, wie der Zugang von vertragserheblichen Schreiben (Kündigungen, Fristsetzungen usw.) bewiesen werden kann.

Bei normalen Postschreiben ist dies regelmäßig nur in Form des Einschreibens möglich, sei es nun als bloßes Einwurf-Einschreiben oder als Einschreiben mit Rückschein. Was den Faxversand betrifft, so ist auf Amtsgerichtsebene bereits wiederholt entschieden worden, dass die Vorlage des Faxberichtes zu einem sogenannten Anscheinsbeweis führt. Es sei dann Sache des Empfängers, zu beweisen, dass ihm das Fax nicht zugegangen ist.

Der BGH ist allerdings der Ansicht, dass der Faxbericht kein ausreichender Beweis sei und noch nicht einmal ein Anscheinsbeweis dafür spreche, dass bei Vorlage eines Faxberichtes das Fax auch beim Empfänger angekommen sei.

Bis zu einer abschließenden Entscheidung gilt für die Bauvertragsparteien: Wer den Zugang eines Faxes beweiskräftig dokumentieren möchte, der muss dafür sorgen, dass eine als Zeuge in Betracht kommende Person sich den Erhalt des Faxes telefonisch vom Empfänger bestätigen lässt. Als Erinnerungsstütze sollte über das Telefonat ein Vermerk gefertigt werden.

Wer ein Faxprotokoll entkräften möchte, der sollte ein Gerät verwenden, welches auch Empfangsprotokolle erstellt und diese Protokolle archivieren.

Die wichtigsten Entscheidungen des letzten Quartals

Leistungsverweigerungsrecht bei Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung?

1. Hat der Auftragnehmer Bedenken gegen die Ausführung ordnungsgemäß angemeldet (§ 4 Nr. 3 VOB/B), ist er grundsätzlich auch dann verpflichtet, die Vorgaben des Auftraggebers umzusetzen, wenn dieser die ihm mitgeteilten Bedenken nicht teilt.

2. Ausnahmsweise steht dem Auftraggeber aber ein Leistungsverweigerung zu, wenn die weitere Ausführung der Arbeiten gegen gesetzliche oder behördliche Bestimmungen verstoßen würde, oder Gefahr für Leib und Leben besteht.

OLG Karlsruhe, Urteil vom 20.07.2004 – 17 U 262/01

Worum geht es?

Ein Spezialtiefbauunternehmen (AN) hat aufgrund einer ihm vom Bauherren zur Verfügung gestellten Statik eine Verbauwand mit Hilfe sogenannter Bodennägel herzustellen. Nach Fertigstellung der ersten Nagellage rutscht dieser Teil in die Baugrube.

Der AN meldet daraufhin Bedenken an, weil die Annahmen in der Statik offensichtlich nicht zutreffend seien

und bei weiterer Ausführung die Gefahr von Personen- und Sachschäden bestehe. Gleichzeitig teilt der AN mit, dass er die Fortsetzung der Leistung nach der vorliegenden Tragwerksplanung verweigere.

Der Bauherr geht darauf nicht ein und fordert den AN seinerseits auf, „den Mangel zu beseitigen“. Nachdem der AN dies verweigert, kündigt der Bauherr den abgeschlossenen Vertrag und meldet Mehrkos-

ten aufgrund einer erforderlichen Ersatzvornahme an. Dagegen verlangt der AN Vergütung der bereits erbrachten Leistungen (die wertlos geworden waren) sowie eine Vergütung gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B hinsichtlich des kündigungsbedingt nicht mehr ausgeführten Teils. Die Parteien streiten insgesamt um ca. € 125.000,00.

Die Entscheidung des Gerichts:

Der AN gewinnt den Prozess in beiden Instanzen. Ein vom Gericht bestellter Sachverständiger kam zu dem Ergebnis, dass die Bedenken des AN in jeder Hinsicht begründet waren. Deshalb war der AN berechtigt, die weitere Ausführung der Leistungen zu ver-

weigern.

Konsequenz: Bei der von dem Bauherren ausgesprochenen Kündigung konnte es sich nur um eine sogenannte freie Kündigung nach § 8 Nr. 1 VOB/B bzw. § 649 BGB handeln. Somit stand dem AN neben einer Vergütung für die bereits ausgeführten Leistungen auch eine sogenannte

Kündigungsvergütung nach § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B zu.

Er erhält für die kündigungsbedingt nicht mehr ausgeführten Leistungen die volle Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen.

Hinweise für die Praxis:

Schon aus § 4 Nr. 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B folgt, dass die Arbeiten – trotz angemeldeter Bedenken – auch auf Verlangen des Auftraggebers nicht ausgeführt werden dürfen, wenn gesetzliche oder behördliche Bestimmungen entgegenstehen. Gleiches gilt aber auch, wenn eine Gefahr für Leib und Leben Dritter besteht.

Viele Auftragnehmer fürchten den schriftlichen Bedenkenhinweis, weil er das „Klima“ auf der Baustelle vergiften

kann. Dabei muss jedoch berücksichtigt werden, dass der ordnungsgemäße Bedenkenhinweis nach § 4 Nr. 3 VOB/B regelmäßig zur Konsequenz hat, dass der Auftragnehmer von seiner Schadenersatz- bzw. Gewährleistungsverpflichtung frei wird (§ 13 Nr. 3 VOB/B). Im Regelfall reicht der schriftliche Bedenkenhinweis aus. Der vorliegende Sachverhalt lag jedoch anders: Hier wurde die weitere Ausführung verweigert, weil die Arbeiten nicht gefahrlos

durchgeführt werden konnten. Weil der vom Gericht bestellte Sachverständige dem Auftragnehmer Recht gab, hatte die Leistungsverweigerung für diesen keine nachteiligen Konsequenzen.

In Zweifelsfällen empfiehlt sich jedoch die gemeinsame Einschaltung eines Bausachverständigen, um die Frage möglichst einvernehmlich zu klären.

Aktuelles

Handlungsbedarf bei Bauabzugssteuer

Unternehmer als Leistungsempfänger von Bauleistungen (dazu zählen auch Privatpersonen mit mehr als zwei vermieteten Immobilien) sind seit dem 01.01.2002 verpflichtet, von der Rechnungssumme einen Steuerabzug von 15 v. H. vorzunehmen.

Der Steuerabzug entfällt nur dann, wenn der Bauunternehmer dem Leistungsempfänger eine gültige Freistellungsbescheinigung vorlegt.

Antrag stellen!

Zum Ende des vergangenen Jahres dürften eine Reihe von Bescheinigungen ausgelaufen sein, da diese bei Einführung dieser Regelung im Jahre 2002 in der Regel für drei Jahre erteilt worden waren. Diese werden nicht von Amts wegen, sondern nur auf Antrag hin verlängert. Der Antrag ist nicht an eine Form gebunden und dürfte deshalb sogar telefonisch erfolgen können.

Wir empfehlen daher, dass sich die betroffenen Bauunternehmen schnellstmöglich um die Verlängerung ihrer Freistellungsbescheinigungen bemühen.

Über den Online-Service beim Bundesamt für Finanzen www.bff-online.de können alle Bescheinigungen unter einer Sicherungsnummer abgerufen werden.

Die wichtigsten Entscheidungen des letzten Quartals

Technische Mindestanforderungen bei Nebenangeboten und Änderungsvorschlägen

1. Stellt die Vergabestelle in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen keine technischen Mindestanforderungen für Nebenangebote und deren Wertung auf, so dürfen gleichwohl abgegebene Nebenangebote nicht gewertet werden.
2. Für die Wertbarkeit von Nebenangeboten kommt es nicht darauf an, dass der Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen hierfür technische Mindestbedingungen festgesetzt hat.

VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 30.11.2004 (VK 2-LV.w.A LSA 40/04)

VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 03.11.2004 (VK-SH 28/04)

Worum geht es?

Der EuGH hat in einem Urteil vom 16.10.2003 entschieden, dass der öffentliche Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen für Änderungsvorschläge erläutern muss, um diese bei der Wertung berücksichtigen zu können. Seitdem wird vor deutschen Vergabekammern und Gerichten gestritten, unter welchen Voraussetzungen Nebenangebote

bzw. Änderungsvorschläge noch berücksichtigt werden können.

Die Vergabekammer Sachsen-Anhalt hatte über eine Ausschreibung von Tiefbauleistungen zu entscheiden, bei der im Veröffentlichungstext ohne weitere Angaben aufgeführt war, dass Nebenangebote/Alternativvorschläge berücksichtigt werden.

Auch bei dem von der Vergabestelle Schleswig-Holstein

zu entscheidenden Fall ging es um die Ausführung von Erd-, Kanal- und Straßenbauleistungen, bei denen ebenfalls die Abgabe von Nebenangeboten zugelassen war.

In beiden Fällen wurde von konkurrierenden Bietern beanstandet, dass in den Ausschreibungsbedingungen die Mindestanforderungen für derartige Nebenangebote nicht definiert worden seien.

Die Entscheidung der Vergabekammern:

Nach der Entscheidung der Vergabekammer Sachsen-Anhalt dürfen die vorgelegten Nebenangebote nicht gewertet werden. Denn es reicht nicht, wenn in den Verdingungsunterlagen lediglich formale Vorgaben zur Einreichung von Nebenangeboten gemacht werden. Es bedarf vielmehr auch der Bekanntgabe technischer Vergleichsparameter, anhand derer die Gleichwertigkeit der Nebenangebote überprüft werden kann. Die Vergabekammer folgt damit der Entscheidung des EuGH (s. o.) sowie einer Entschei-

dung des BayOLG vom 22.06.2004, wonach der Auftraggeber verpflichtet sei, in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen zu erläutern, die Änderungsvorschläge erfüllen müssen.

Die Vergabekammer Schleswig-Holstein hält es hingegen für ausreichend, wenn nach den Ausschreibungsunterlagen Nebenangebote auf einer besonderen Anlage gemacht werden, deutlich gekennzeichnet sind und eine eindeutige und erschöpfende Beschreibung enthalten. Daneben müsse das Nebenangebot so beschaffen sein, dass es der Auftraggeber bei

der Abgabe des Angebotes als beurteilen kann Würde man vom Auftraggeber auch noch die Vorgabe technischer Mindestbedingungen verlangen, wäre der Sinn und Zweck von Nebenangeboten, nämlich dass dem Auftraggeber ihm nicht bekannte Produkt und Verfahren angeboten werden, völlig entwertet. Die Vergabestellen würden dadurch jeden technischen Fortschritt verhindern, weil es ihnen objektiv nicht möglich sei, sämtliche mögliche Alternativen für alle Leistungspositionen zu kennen und im Vorgriff darauf technische Mindestbedingungen zu formulieren.

Hinweise für die Praxis:

Auch wenn die Entscheidung der VK Schleswig-Holstein unsere volle Zustimmung findet, ist sie derzeit leider ein Einzelfall. Denn bisher haben sich alle Vergabekammern und Gerichte der Rechtsprechung des EuGH angeschlossen und

verlangen vom öffentlichen Auftraggeber die Formulierung von Mindestbedingungen, damit Nebenangebote bzw. Änderungsvorschläge überhaupt gewährt werden können.

Öffentlichen Auftraggebern kann daher derzeit nur geraten werden, bei Ausschreibungen

einen größeren planerischen Aufwand zu betreiben. Ohne die Mitteilung einigermaßen nachvollziehbarer Kriterien werden es Bieter künftig leichter haben, unliebsame Konkurrenten unter Hinweis auf fehlende Wertungskriterien aus dem Wettbewerb zu verdrängen.

Impressum

Herausgeber:

RA Dr. Ulrich Dieckert
 ROGGIN WITT WURM
 DIECKERT
 Wirtschaftsprüfer, Steuer-
 berater, Rechtsanwälte

Berlin

Wallstraße 27
 10179 Berlin
 Telefon: (030) 27 87 07
 Telefax: (030) 27 87 06
 E-Mail: berlin@roggin.de

Redaktion / Beiträge:

RA Dr. Ulrich Dieckert
 RA Bernd Kimmich
 RA Markus Fiedler
 RA Martin Hintze
 StB in Dr. Annette Funk

Weitere Niederlassungen:

Hamburg

Alte Rabenstraße 32
 20148 Hamburg
 Telefon: (040) 4 14 17-0
 Telefax: (040) 4 14 17-1 50
 E-Mail:
 hamburg@roggin.de
 RA Dr. Jörn Kreuzfeld

Schwerin

Karl-Marx-Straße 2
 19055 Schwerin
 Telefon: (0385) 5 90 03-0
 Telefax: (0385) 5 90 03-33
 E-Mail:
 schwerin@roggin.de
 RA Wolfgang Leibing

Dresden

Königstraße 4
 01097 Dresden
 Telefon: (0351) 2 11 17-60
 Telefax: (0351) 2 11 17-77
 E-Mail:
 dresden@roggin.de
 RA in Corinne Ruser

Die wichtigsten Entscheidungen des letzten Quartals

Rechtsprechung zum Arbeitnehmerentsendegesetz

1. Die Bürgenhaftung des § 1 a Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG) verstößt nicht gegen die europarechtlich geschützte Dienstleistungsfreiheit

2. Ein Anspruch auf den Mindestlohn einschließlich Überstundensätze besteht nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a AEntG auch dann, wenn die Überstundensätze nicht in demselben Tarifvertrag wie die Mindestentgeltsätze, sondern in einem anderen für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag geregelt sind.

EuGH, Urteil vom 12.10.2004 (Ras. C-60/03)

BAG, Urteil vom 19.05.2004 (5 AZR 449/03)

Worum geht es?

Der EUGH hatte über eine Vorlage des Bundesarbeitsgerichtes zu entscheiden, in der es um die Anwendung des § 1 a AEntG im Falle eines portugiesischen Bauarbeiters ging. Dieser erhielt von seiner ebenfalls portugiesischen Baufirma nicht den Mindestlohn ausgezahlt und nahm

daraufhin den deutschen Generalunternehmer in Bürgenhaftung.

In dem zweiten Fall musste das Bundesarbeitsgericht über den Anspruch eines polnischen Bauarbeiters entscheiden, der von seinem polnischen Arbeitgeber bei einem Bauvorhaben in Deutschland nur den Mindestlohn aus-

schließlich Überstundenzuschläge ausbezahlt bekam. Denn der Arbeitgeber war der Auffassung, dass die Überstundensätze nur dann zu zahlen wären, wenn sie im selben Tarifvertrag geregelt werden wie die Mindestlohnsätze.

Die Entscheidung der Gerichte:

Der EuGH stellte zunächst fest, dass die Bürgenhaftung gemäß § 1 a AEntG dem Sinn und Zweck der Richtlinie 96/71/EG entspricht. Danach haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass den in den jeweiligen Staat entsandten Arbeitnehmern die Zahlung des Mindestlohns garantiert wird.

Die Umsetzung dieser Richtlinie erlaubt es den Mitgliedstaaten, den Dienstleistungsverkehr zu beschrän-

ken, auch wenn dies zusätzliche administrative und wirtschaftliche Belastungen für in- und ausländische Unternehmer verursacht. Ob das deutsche AEntG allerdings möglicherweise über das Ziel hinausgeschossen und damit unverhältnismäßig ist, hat der EuGH in dieser Entscheidung nicht abschließend entschieden.

Das Bundesarbeitsgericht hat in dem anderen Fall festgestellt, dass weder aus § 1 Abs. 1 AEntG noch aus der zugrunde liegenden EU-

Entscheidungslinie zu entnehmen sei, dass ein Anspruch auf Überstundenzuschläge von einer einheitlichen Regelung in nur einem Tarifvertrag abhängt. Sofern Überstundenzuschläge in anderen ebenfalls anwendbaren und allgemein verbindlichen Tarifverträgen (hier in § 3 Nr. 6.11. BRIV-Bau) geregelt sind, seien diese auch zu bezahlen. Der Nachweis des Vorliegens von Überstunden ist allerdings vom Arbeitnehmer zu führen.

Hinweise für die Praxis:

Auch wenn die Bürgenhaftung nach § 1 a AEntG für deutsche Generalunternehmer ein Ärgernis darstellt, wird sie nach den beiden o. a. Entscheidungen weiterhin sorgfältig zu beachten sein. Wir müssen betroffenen Generalunternehmern daher raten, deren Nachunternehmer nicht nur zur Zahlung des Mindestloh-

nes (einschließlich Überstundensätze) anzuhalten, sondern die Missachtung dieser Regeln vertraglich zu sanktionieren. Dies sollte die Möglichkeit beinhalten, bei Auftreten von Verstößen das Vertragsverhältnis mit dem Subunternehmer zu kündigen.

Die von uns entworfenen Bauverträge sehen derartige Regelungen vor. Bei Verstö-

ßen gegen das AEntG drohen saftige Bußgelder. Nach einem jüngsten Urteil des OLG Jena ist die Höhe des Bußgeldes an der individuellen Leistungsfähigkeit des Betroffenen und des von diesem erlangten wirtschaftlichen Vorteils zu bemessen (OLG Jena, Beschluss vom 19.08.2004).

Die wichtigsten Entscheidungen

Einwand der mangelnden Prüfbarkeit nach Ablauf der Prüffrist verwirkt!

Rügt der Auftraggeber bei einem VOB/B-Vertrag nicht binnen zwei Monaten nach Zugang der Schlussrechnung deren (fehlende) Prüfbarkeit, wird der Werklohn auch dann fällig, wenn die Rechnung objektiv nicht prüfbar ist.

BGH, Urteil vom 23.09.2004

Worum geht es?

Der Auftragnehmer legt beim VOB/B-Vertrag Schlussrechnung, der Auftraggeber reagiert innerhalb der Prüfungsfrist des § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B nicht, sondern beruft sich erst im nachfolgenden Werklohnprozess auf die

mangelnde Prüffähigkeit der Rechnung.

Das Gericht erster Instanz weist – weil die Rechnung tatsächlich nicht prüfbar ist – die Klage ab. Mangels Prüfbarkeit der Rechnung sei die Werklohnforderung nicht fällig.

Die Entscheidung des Gerichts:

Der Auftragnehmer hat jedoch im Rechtsmittelverfahren Erfolg. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofes erfolgte der Einwand der mangelnden Prüffähigkeit zu spät: Der Auftraggeber müsse die Schlussrechnung innerhalb der Zwei-Monats-Frist des § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B prüfen, dann müsse er sich innerhalb dieses Zeitraumes auch bewusst werden, ob die Rech-

nung prüfbar ist oder nicht. Deshalb muss er die mangelnde Prüffähigkeit auch innerhalb der Frist rügen. Tut er dies nicht, hat er den Einwand verwirkt.

Das gilt jedoch nicht für materielle Einwendungen gegen die Rechnung. Auch nach Ablauf der Prüffrist kann der Auftraggeber materielle Einwendungen gegen die Rechnung erheben, z. B. nicht erbrachte Leistungen rügen.

Hinweise für die Praxis:

Der Einwand der mangelnden Prüffähigkeit war bislang einer der Lieblingseinwände des zahlungsunwilligen Auftraggebers im Prozess. Ist die Rechnung nicht prüfbar, dann ist der Werklohn nicht fällig (§ 14 Nr. 1 VOB/B), die Werklohnklage muss allein deshalb abgewiesen werden. Das ist für den Auftragnehmer naturgemäß gefährlich, wenn sich der Auftraggeber darauf erstmals im Prozess berufen kann und es ihm nicht gelingt, kurzfristig prüffähig abzurechnen (z. B. beim gekündigten Pauschalpreisvertrag). Dem schiebt der Bun-

desgerichtshof – aus unserer Sicht zu Recht – einen Riegel vor.

Will sich der Auftraggeber zukünftig auf die mangelnde Prüfbarkeit berufen, dann muss er dies innerhalb der Prüffrist des § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B tun. Dabei genügt ein allgemeiner Hinweis auf die vermeintlich fehlende Prüffähigkeit nicht. Der Auftragnehmer muss im Einzelnen mitteilen, weshalb er die Rechnung nicht als prüffähig empfindet. Mit materiellen Einwendungen gegen die Forderung ist er dagegen auch nach Ablauf der Prüffrist nicht ausgeschlossen.

Aktuelles

Elektronische Abgabe von Steuererklärungen ab dem 1.1.2005

Für die Zeiträume ab dem 1. Januar 2005 ist es gesetzlich vorgeschrieben, die Daten zur Umsatzsteuervoranmeldung und der Lohnsteueranmeldung an die Finanzverwaltung grundsätzlich auf elektronischem Wege zu übermitteln.

Dazu kann die kostenlos von der Finanzverwaltung zur Verfügung gestellte Software ELSTER genutzt werden. Das Programm ist auf CD erhältlich oder kann aus dem Internet unter www.elsterformular.de heruntergeladen werden.

Zuvor müssen Sie jedoch ein Teilnahmeerklärung ausfüllen und an das Finanzamt übermitteln. Auf Antrag kann das Finanzamt zur Vermeidung von unbilligen Härten auf eine elektronische Datenübermittlung verzichten. Als Härtefall sollen Unternehmer gelten, die über keine elektronische Buchführung und keinen Internet-Anschluss verfügen.

Sicherheitsrisiken

Die elektronische Übermittlung der Steuerdaten ist jedoch mit nicht unerheblichen Sicherheitsrisiken verbunden. Da derzeit kein Passwort und keine Identifizierung zur Übermittlung der Daten erforderlich ist, sondern es lediglich der Kenntnis der Firmenbezeichnung, des Finanzamtes und der Steuernummer bedarf, können derzeit Manipulationen in Form der Meldung von Phantasiezahlen an das Finanzamt nicht ausgeschlossen werden. Der Finanzverwaltung sind die Risiken

bekannt. Es wird daran gearbeitet, diese Sicherheitslücken zu schließen.

Praxisempfehlung

Es wird dringend empfohlen, sachkundigen Rat einzuholen und die Datenübertragung mit Hilfe eines nicht in das Unternehmensnetzwerk eingebundenen Computers durchzuführen bzw. nur fachkundige Personen mit der Übermittlung zu beauftragen.

Wir empfehlen, Abbuchungen des Finanzamtes in den nächsten Monaten genauestens zu prüfen und vorsichtshalber bereits erteilte Einzugsermächtigungen zu stornieren, um Liquiditätsgpässe und einen etwaigen Schufa-Eintrag zu vermeiden.

Zudem können Sie auf Rechnungen anstelle Ihrer Steuernummer die Umsatzsteueridentifikationsnummer aufführen, die nicht erkennen lässt, bei welchem Finanzamt Sie geführt werden. Bis zum 31.03.2005 hat die Finanzverwaltung zudem eine Schonfrist für die klassische Papieranmeldung eingeräumt.

Elektronische Lohnsteuerbescheinigungen

Elektronische Lohnsteuerbescheinigungen für 2004 müssen vom Arbeitgeber bis spätestens zum 28.02.2005 an das Finanzamt übermittelt werden. Diesbezüglich gibt es keine Schonfrist. Die Lohnsteuerkarten sind entweder beim Arbeitgeber aufzubewahren oder durch ihn zu vernichten. Keinesfalls dürfen Lohnsteuerkarten ohne Lohnsteuerbescheinigung ausgehändigt werden.

Das Team:

Unter dieser Rubrik wollen wir künftig unsere bewährten Kollegen und Mitarbeiter/innen vorstellen. Den Anfang macht der Leiter unserer baurechtlichen Abteilung:



RECHTSANWALT
BERND KIMMICH

geb. am 25.11.1964
in Esslingen am Neckar
Studium Rechtswissenschaft
in Tübingen

Bernd Kimmich ist in unserer Kanzlei seit 1995 als Rechtsanwalt tätig. Er beschäftigt sich nahezu ausschließlich mit der gerichtlichen und außergerichtlichen Vertretung von Bauunternehmen. Ein Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt in der baubegleitenden Beratung einschließlich der Vertragsgestaltung.

Herr Kimmich ist Mitherausgeber des Unternehmer-Handbuchs „Der Baubetrieb“ sowie Autor des in der IBR-Schriftenreihe im renommierten Werner-Verlag erschienenen Buches „VOB für Bauleiter“.

RA Kimmich ist unseren Mandanten und Seminarteilnehmern darüber hinaus als Referent bei zahlreichen Fortbildungsveranstaltungen, insbesondere aber wegen der von ihm konzipierten „Bauleiter-Schule“ bekannt.

Die wichtigsten Entscheidungen des letzten Quartals

Doppelte Vergütung für ein und dieselbe Bauleistung?

Muss der Auftraggeber einen Nachtrag bezahlen, den er beauftragt hat, auch wenn die darin enthaltene Bauleistung bereits nach dem Hauptvertrag geschuldet war?

*OLG Celle, Urteil vom 14.10.2004
KG, Urteil vom 04.11.2004*

Worum geht es?

Im Fall des OLG Celle sollte der Auftragnehmer eine für den Betrieb eines Klinikums lebensnotwendige Kälteversorgungsanlage umbauen. Im Rahmen der Umbaumaßnahmen fällt die Kälteversorgungsanlage aus, der Auftragnehmer muss eine mobile Anlage stellen, die er als Nachtrag geltend macht. Der Nach-

trag wird beauftragt. Als der Auftragnehmer die Nachtragsvergütung fordert, hält der Auftraggeber dem entgegen, die Lieferung eines beweglichen Moduls sei als Gewährleistungsmaßnahme für ihn kostenlos.

Im Falle des Kammergerichtes hatte sich der Generalunternehmer zur schlüsselfertigen Erstellung eines Büro-

und Wohngebäudes verpflichtet. Er macht einen Nachtrag für Ausgleichsmaßnahmen zur Beseitigung von Maßabweichungen an Spundwänden geltend, der auch beauftragt wird.

Im Nachhinein ist der Bauherr der Ansicht, diese Leistung sei schon als Teil der ursprünglichen Pauschale geschuldet.

Die Entscheidung des Gerichts:

Obwohl es sich im Kern um zwei nahezu identische Fallgestaltungen handelt, urteilen die Gerichte uneinheitlich. Das Kammergericht spricht dem Auftragnehmer die Nachtragsvergütung zu, das OLG

Celle lehnt sie ab. Das OLG ist der Ansicht, dass die Beauftragung des Nachtrages allein kein Rechtsgrund für eine Vergütungsforderung sei. Das sei nur bei einem Anerkenntnis oder einem Vergleich anders.

Das Kammergericht meint

dagegen, dass sich der Auftraggeber in jedem Fall an seinem Auftrag festhalten lassen müsse. In Betracht käme allenfalls eine Anfechtung des Auftrages wegen Irrtums, was allerdings nur in engen Fristen möglich ist.

Hinweise für die Praxis:

Es ist nicht recht einzusehen, weshalb der Auftraggeber eine „doppelt“ beauftragte Leistung auch doppelt bezahlen soll, obwohl sie nur einmal erbracht wird. Deshalb stimmen wir im Ergebnis der Entscheidung des OLG Celle zu, wonach die Leistung nur im Falle des Anerkenntnisses oder des Vergleiches doppelt zu vergüten ist. Denn nur in diesen beiden Fällen erklärt der Auftraggeber, dass er die Leistung gesondert bezahlen will, selbst wenn sie an sich schon nach dem Hauptvertrag geschuldet war.

Die Frage wird demnächst den Bundesgerichtshof beschäftigen. Gegen das Urteil des OLG Celle ist Revision eingelegt worden.

Auftraggeber sollten sich bis dahin nicht in Sicherheit wiegen und die Frage, inwieweit

Nachtragsleistungen bereits vom Hauptvertrag erfasst sind, aufmerksam prüfen. Sollte dies nicht kurzfristig möglich sein, so darf der Nachtrag nicht oder nur unter Vorbehalt beauftragt werden. Auch in diesem Fall wird der Auftragnehmer seinen Nachtrag aber durchsetzen können, wenn dieser berechtigt ist, denn die Nachtragsvorschriften der VOB (§§ 2 Nr. 5, 2 Nr. 6 VOB/B) erfordern keine ausdrückliche Beauftragung. Es genügt die Anordnung einer geänderten oder zusätzlichen Leistung durch den Auftraggeber.

Sollte der Auftragnehmer ohne ausdrückliche Beauftragung des Nachtrages nicht bereit sein, diesen auszuführen, so ist die Rechtslage für beide Seiten gefährlich: Die Situation lässt sich nur durch die Vertragskündigung lösen.

Ob der Nachtrag berechtigt war oder nicht, erfahren die Parteien dann erst Jahre später im Rahmen eines Bauprozesses, in dem es um gegenseitig erhobene Forderungen geht.

Im Regelfall wird keine der beiden Seiten während eines laufenden Bauvorhabens mit absoluter Sicherheit beurteilen können, ob der Nachtrag berechtigt ist oder nicht. Um (auch im Interesse des Auftraggebers) den Baufortschritt nicht zu behindern, sollten die Parteien den Streit über den Nachtrag bis zum Bauende „vertagen“.

Zur Sicherung berechtigter Nachtragsforderungen sollte dem Auftragnehmer in einem solchen Fall eine Sicherheit gestellt werden, damit er Gewissheit hat, dass er für letztendlich berechtigte Nachträge auch eine Vergütung erhält, notfalls vom Bürgen.

Aktuelles

Strafbefreiende Erklärung nur noch bis 31.03.2005!

Nur noch bis zum 31.03.2005 gelten im deutschen Steuerstrafrecht die besonderen Regelungen des Strafbefreiungserklärungsgesetzes (StraBEG), wonach bislang unversteuerte Einnahmen für die Vergangenheit bis einschließlich 2002 straffrei nach erklärt werden können.

Abgelöst wird diese Amnestieregelung durch verschärfte Kontrollmöglichkeiten der inländischen Kontoverbindungen mit Wirkung zum 01.04.2005.

Strafbefreiende Erklärung oder Selbstanzeige

Sofern sich eine Betriebsprüfung oder eine sonstige Prüfung der Finanzverwaltung angekündigt hat, gilt es stets gewissenhaft zu prüfen, ob in der Vergangenheit nicht strafrechtlich relevante Sachverhalte verwirklicht wurden, die noch vor Beginn der Prüfung mittels Selbstanzeige gemäß § 371 Abgabenordnung (AO) offenbart werden sollten.

Aufgrund der erheblichen steuerlichen Vorteile des StraBEG dürfte es grundsätzlich während seines noch beschränkten Geltungszeitraums günstiger sein, von dieser Regelung Gebrauch zu machen als von der Selbstanzeige nach § 371 AO, da bei letzterer neben den steuerlichen Folgen noch Hinterziehungszinsen entstehen.

Das gilt es jedoch, gründlich im Einzelfall zu prüfen.

Die wichtigsten Entscheidungen des letzten Quartals

Neue BFH-Rechtsprechung zur Dreimonatsfrist bei Dienstreisen

Erbringt ein Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung vorübergehend außerhalb der Wohnung und des dauerhaften Mittelpunkts seiner beruflichen Tätigkeit, so begründet er dort auch nach Ablauf von drei Monaten keine (weitere) Arbeitsstätte i. S. des § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 EStG, wenn sich die auswärtige Tätigkeit im Vergleich zur Arbeit an der (bisherigen) regelmäßigen Tätigkeitsstätte als untergeordnet darstellt (insoweit gegen Abschnitt 25 Abs. 3 Satz 2 LStR 1984 und 1987, Abschnitt 37 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Satz 3 LStR 1990).

*Bundesfinanzhof (BFH), Urteil vom 18.05.2004 (VI R 70/98)
(Vorinstanz FG München vom 04.11.1997 16 K 3116/92)*

Worum geht es?

Der Kläger betrieb ein Architekturbüro, das sich im Wesentlichen mit der Errichtung und Sanierung von Großobjekten im Umland befasste. Um die sich über mehrere Jahre erstreckenden Bauaufträge durchzuführen, beschäftigte er Architekten, die den

wesentlichen Teil der Aufgaben im Büro erledigten. Daneben unternahmen sie im Rahmen ihrer Tätigkeit als Bauleiter in wechselndem Umfang tage- oder stundenweise Reisen zu den Baustellen.

Der Kläger erstattete ihnen Fahrtkosten je gefahrenem

Kilometer und Verpflegungsmehraufwendungen nach Dienstreisegrundsätzen steuerfrei. Das Finanzamt beanstandete diese Praxis, soweit sie Fahrten betraf, die nach Ablauf von drei Monaten seit erstmaligem Aufsuchen der Baustellen durchgeführt worden waren.

Die Entscheidung des Bundesfinanzhofes:

Nachdem die Vorinstanz der Klage teilweise stattgegeben hatte, und zwar insoweit die Fahrtkostenerstattungen anerkannte, als es sich um Fahrten zwischen Büro und Baustelle handelte, machte der Kläger in der Revision geltend, dass die einzelnen Dienstreisen unzulässigerweise zu längerfristigen Auswärtstätigkeiten verknüpft wurden.

Nach Ansicht des BFH ist die Revision des Klägers begründet: Ein Arbeitnehmer begründet nach Ansicht des

BFH keine (weitere) Arbeitsstätte, wenn sich die auswärtige Tätigkeit im Vergleich zur (bisherigen) regelmäßigen Arbeitsstätte als untergeordnet darstellt. Die Finanzverwaltung ist demgegenüber seit jeher der Ansicht, dass bei einer längerfristigen vorübergehenden Auswärtstätigkeit an derselben Tätigkeitsstätte nach drei Monaten keine Dienstreise mehr anzuerkennen sei.

Das führte bislang dazu, dass nach Ablauf der Dreimonatsfrist ein steuerfreier Ersatz von Fahrtkosten durch den Arbeitgeber nicht mehr mög-

lich war. Der BFH ist der Meinung, dass nur dann eine weitere regelmäßige Arbeitsstätte begründet wird, wenn die auswärtige Tätigkeit im Vergleich zur bisherigen Tätigkeit nicht als untergeordnet, sondern zumindest als gleichgeordnet anzusehen ist. Anhaltspunkte dafür könnten sich etwa aus der Dauer und dem Gewicht der jeweiligen Tätigkeiten, der ständigen Rückkehr zur regelmäßigen Arbeitsstätte und aus der Verkehrsanschauung ergeben.

Hinweise für die Praxis:

Nach Ansicht des BFH sind in diesem Sinne gleichgeordnet z. B. mehrere einem Arbeitnehmer zur Leitung zugewiesene Filialbetriebe oder Beratungsstellen, zwei von einem Geschäftsführer regelmäßig an bestimmten Wochentagen aufgesuchte technische Betriebsstätten einer GmbH gegenüber der Hauptbetriebsstätte oder die von einem Lehrer im Rahmen eines Aus-

bildungsverhältnisses besuchte universitäre Einrichtungen gegenüber der Schule, an der er unterrichtet.

Ist aber der vorübergehende auswärtige Einsatzort nach diesen Kriterien der dauerhaften Tätigkeitsstätte nicht gleich-, sondern untergeordnet, so handelt es sich nach neuer Rechtsprechung auch nach Ablauf von drei Monaten weiterhin um Dienstreisen, die zu voll abziehbaren Wer-

kungskosten bzw. zu steuerfrei ersetzbaren Fahrtkosten führen. Soweit die Verwaltung im Hinblick auf die Dreimonatsfrist bisher eine andere Auffassung vertritt, folgt der BFH dieser Sicht nicht.

Update

Vertrauensschutz bei an sich unwirksamer Vertragsstrafenklausel

Die Rechtsprechung des BGH, nach der eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Vertragsstrafe nur bis zu einer Höchstgrenze von 5 % zulässig ist, dürfte mittlerweile in der Baubranche bekannt sein.

In seiner Grundsatzentscheidung vom 23.01.2003 hat der BGH allerdings Vertrauensschutz für „Altfälle“ eingeräumt, wenn eine bestimmte Auftragssumme nicht erreicht und der Bauvertrag vor Bekanntwerden der Entscheidung abgeschlossen wurde. Da der BGH aber bislang weder die Auftragssumme, noch das Datum des Bekanntwerdens der Entscheidung abschließend definiert hatte, bestand Unsicherheit.

Mit seinem Urteil vom 06.07.2004 hat der BGH diese Unklarheiten beseitigt. Vertrauensschutz wird bis zu einer Abrechnungssumme von 15 Mio. DM und bei Vertragsabschlüssen bis zum 30.06.2003 gewährt.

Auch eine Vertragsstrafenklausel mit einer Obergrenze von 10 % ist also wirksam, soweit die Abrechnungssumme unterhalb von 15 Mio. DM liegt und der Bauvertrag bis zum 30.06.2003 geschlossen wurde.

Liegt die Abrechnungssumme höher oder wurde der Vertrag später geschlossen, so ist eine Vertragsstrafenklausel mit einer Obergrenze von 10 % unwirksam.

Arbeitgeber verweigert Nachbesserung: Rechtsfolge?

In Newsletter Nr. 13, Seite 3, hatten wir Entscheidungen des OLG Düsseldorf und des OLG Celle vorgestellt, in denen es um die Frage ging, ob der AG das Dreifache der Mangelbeseitigungskosten zurückhalten darf, wenn er mit der Entgegennahme der Mangelbeseitigung in Verzug gerät.

In dem damals vorgestellten Urteil vom 17.02.2004 war das OLG Celle der Ansicht, dass der AG in einem solchen Fall entgegen § 641 Abs. 3 BGB *nicht* mehr das Dreifache der Mangelbeseitigungskosten zurückhalten dürfe, sondern nur in einfacher Höhe.

Der gleiche Senat des OLG Celle hat nun in einem vergleichbaren Fall anders entschieden. Dort verweigerte der AG dem AN das Betreten der Baustelle zur Mangelbeseitigung. Das Gericht entschied, dass dem Auftraggeber kein Zurückbehaltungsrecht wegen Mängeln zustehe (auch nicht in einfacher Höhe). Er müsse seine Gewährleistungsrechte in einem gesonderten Prozess geltend machen.

Dieses Urteil entspricht nicht der herrschenden Meinung, allerdings fehlt noch eine höchstrichterliche Entscheidung des BGH. Bis dahin besteht Rechtsunsicherheit, ob sich der AG im Falle des Annahmeverzuges mit der Mangelbeseitigung auf die Mängel überhaupt berufen darf bzw. in welcher Höhe (einfach oder dreifach) ihm ein Zurückbehaltungsrecht zusteht.

Termine

Wir dürfen nachfolgend auf Veranstaltungen hinweisen, bei denen Rechtsanwälte unserer Kanzlei als Referenten auftreten:

Haftung des Architekten bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert

Ort/Termin: Weiterbildungsveranstaltung der Baukammer Berlin am 22.02.2005

Anmeldung: Baukammer Berlin, Frau Münzberg
Tel: 0 30/79 74 43 12

Geltendmachung und Durchsetzung von Nachträgen bei Bauverträgen nach § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B

Referent: RA Bernd Kimmich

Orte/Termine: 08.03. und 09.03.2005 in Augsburg
10.03.2005 in Wiesbaden
15.03.2005 in Dortmund
16.03.2005 in Hamm
15.04.2005 in Hamburg
Informationsveranstaltungen der PCI GmbH

Anmeldung: PCI, Herr Balleisen, Tel: 08 21/59 01-3 72

Bauleiter-Schulung: Die wichtigsten Vorschriften der VOB/B in der Praxis

Referent: RA Bernd Kimmich

Ort/Termin: IBR-Seminar am 14.04.2005 in Berlin

Anmeldung: IBR, Frau Staßen, Tel.: 06 21/1 20 32-18

Darüber hinaus führen wir in regelmäßigen Abständen halbtägige Sammelschulungen zu den Themen

Bauvertragsrecht, Bauinsolvenzrecht, Mängelmanagement und Forderungsmanagement

durch. Bei Interesse melden Sie sich bitte bei unserer Mitarbeiterin, Frau Goltz (0 30/27 87 07), die diese Schulungen zusammenstellt.

Wir verweisen schließlich auf unsere zweitägige Bauleiter-Schulung, die wir in der Regel als Inhouse-Seminare durchführen. Sprechen Sie bei Interesse Herrn RA Kimmich direkt an.