

DAS AKTUELLE INTERVIEW

Erwartungen der Bauwirtschaft im Jahre 2007

Interview mit dem Geschäftsführer des Bauindustrieverbandes Berlin-Brandenburg e. V., Herrn RA Axel Wunschel

NEWSLETTER: *Sehr geehrter Wunschel, wenn man den Prognosen glaubt, steht die Bauwirtschaft im Jahr 2007 vor einem Aufschwung. Gilt dies aus Ihrer Sicht auch für die Region Berlin-Brandenburg?*

WUNSCHEL: Nachdem es in den letzten 11 Jahren in Berlin-Brandenburg stets bergab ging, können wir nun eine gewisse Konsolidierung feststellen. Alle Kennzahlen zeigen eine zumindest stabile, in einigen Bereichen sogar positive Tendenz. Besonders überraschend ist dies bei den gewerblichen Beschäftigten. Die langjährige Krise am Bau scheint überwunden.

NEWSLETTER: *Wie sehen denn die geschätzten Zahlen in der Region aus?*

WUNSCHEL: In Berlin ist bis Ende Oktober der Auftragseingang kumulativ um 5,7 % um die Zahl der Baugenehmigungen um rund 20 % gestiegen. Für 2007 rechnen wir mit einer weiteren Konjunkturerholung. Der gewerbliche Umsatz wird 2007 in Berlin nach zum Jahresende erwarteten 2,1 Mrd. € um rund 2,4 % auf etwa 2,15 Mrd. € anwachsen. Als Träger des Aufschwungs sehen wir in erster Linie den Wirtschafts- und den Wohnungsbau. In Brandenburg erwarten wir nach zum Jahresende geschätzten 3,1 Mrd. € im Jahr 2007 ein Plus von rund 3,2 % auf 3,2 Mrd. €.

NEWSLETTER: *Hat dies auch Auswirkungen auf die Beschäftigtenzahlen?*

WUNSCHEL: Ein eindeutiges Ja! Einerseits zeigen uns die Statistiken der Sozialkassen des Baugewerbes für Berlin und Brandenburg kontinuierlich ansteigende Zahlen bei den gewerblich Beschäftigten. Andererseits sind gerade heute die neuen Arbeitslosendaten für Bauarbeiter in Berlin und Brandenburg hereingekommen, die für den Januar 2007 ein Niveau ausweisen, das zuletzt Mitte der 90er Jahre zu beobachten war. Diese Entwicklung ist zwar durch den milden Winter sicherlich überzeichnet, in der Tendenz aber positiv.

NEWSLETTER: *Mit anderen Worten: Es geht steil bergauf?*

WUNSCHEL: Das wäre nun doch reichlich übertrieben. Gegenwärtig können wir lediglich erste Tendenzen feststellen. Wie nachhaltig sie sein werden, muss die Zukunft zeigen. Darüber hinaus – und das ist für unsere Mitgliedsunternehmen ganz wesentlich – lässt sich die veränderte Situation noch in keiner Weise im Preisgefüge am Bau ablesen. Ganz im Gegenteil müssen wir feststellen, dass der ruinöse Preiswettbewerb der letzten Jahre auch gegenwärtig noch anhält, was insbesondere angesichts der steigenden Rohstoffpreise ein ganz besonderes Problem darstellt.

NEWSLETTER: *Die Firmen befinden sich also weiterhin in einer Preisschere?*



WUNSCHEL: Ja, wir sprechen in diesem Zusammenhang gerne von der sog. „Sandwich-Position“, in der sich viele Vorunternehmer wieder finden. Zum einen zeigt das Preisniveau, insbesondere der spezialisierten Nachunternehmer, bereits deutliche Bewegungen nach oben. Zum anderen werden aber im Verhältnis zu den Auftraggebern immer noch Preise vereinbart, die dieser Situation unvollkommen Rechnung tragen. Diese Entwicklung beunruhigt mich zutiefst.

NEWSLETTER: *Wie würden Sie die gegenwärtige Auftragslage beurteilen? Bringt der „Großflughafen Berlin-Brandenburg“ hier neue Impulse?*

WUNSCHEL: Neue Impulse sicherlich, aber inwieweit diese auch der regionalen Bauwirtschaft zugute kommen, ist gegenwärtig noch

unklar. Immerhin dürfen wir feststellen, dass erste Lose bereits an regionale Bietergruppen vergeben wurden. Allerdings ist auch zu konstatieren, dass rund um das Vergabegeschehen eine sehr aufwendige Prozessstätigkeit eingesetzt hat, die dem Projekt und der Branche letztlich sicherlich nicht förderlich ist.

NEWSLETTER: *Wird diese Prozessstätigkeit durch das aktuelle Vergaberecht befördert? Kann die nächste Stufe der Vergaberechtsreform hier Änderungen bewirken?*

WUNSCHEL: Das bezweifle ich doch sehr. Die in den letzten Jahren fast im Zweijahresrhythmus über uns hereinbrechenden Vergaberechtsreformen haben ganz im Gegenteil zu Rechtsunsicherheit bei allen Beteiligten beigetragen und dies ist es, was sich auch beim Großflughafen heute niederschlägt. Dabei gerät allzu leicht in Vergessenheit, dass Bauen und damit auch die Bauvergabe keine Konfrontation, sondern vernünftiges aufeinander Zu- und miteinander Umgehen beider Seiten voraussetzt. Oder, um es volkstümlich auszudrücken, wie man in den Wald hineinruft, so schallt es gewöhnlich auch wieder heraus.

NEWSLETTER: *Nochmals zum Vergaberecht: Erwarten Sie tatsächlich eine grundlegende Reform des Vergaberechts in diesem Jahr?*

WUNSCHEL: Ehrlich gesagt: Ich hoffe es nicht, denn die Erfahrung der letzten Reformen hat gezeigt, dass diese am Markt und an der Praxis vorbeigegangen sind. Gestatten Sie mir an dieser Stelle noch einmal eine Lanze für das viel gescholtene Schubladensystem zu brechen, d. h. dass für jede Form der Vergabe ein eigenständiges in sich abgeschlossenes Regelwerk besteht. Diese Regelung ist für Juristen zwar außerordentlich unbefriedigend; für die Praktiker, die damit täglich umgehen müssen, aber hoch effizient und sinnvoll. Was immer die Zukunft uns bringt, eine Hoffnung habe ich, dass dieses Schubladensystem beibehalten bleiben möge.

NEWSLETTER: *Herr Wunschel, wir danken Ihnen für dieses Gespräch.* ■

EDITORIAL

Im neuen Jahr wird alles besser!

Bekanntlich werden zum Anfang eines jeden Jahres viele Vorsätze gefasst. Die meisten davon zielen auf Veränderung bzw. Verbesserung. Wir haben diese Gelegenheit beim Schopfe gepackt und dürfen Ihnen unseren ersten Newsletter im Jahr 2007 in geänderter und – hoffentlich – verbesserter Form präsentieren.



Rechtsanwalt
Dr. Ulrich
Dieckert

Aber auch in personeller Hinsicht haben wir uns verstärkt. So ist der erfahrene Baurechtsanwalt Hendrik Bach mit seiner Mannschaft zu uns gestoßen, um unsere baurechtliche Abteilung zu ergänzen. Ein ausführliches Portait des Kollegen finden Sie auf S. 3. Schließlich sind wir über den Jahreswechsel umgezogen. Eine Kurzdarstellung unseres neuen Domizils am Leipziger Platz finden Sie auf S. 4. Ansonsten bleibt – fast – alles beim alten. Wie immer besprechen wir die aus unserer Sicht wichtigsten baurechtlichen Entscheidungen des letzten Quartals. Wir danken für Ihr Interesse und dürfen unsern Lesern einen erfolgreichen Start in das Jahr 2007 wünschen!

AUS DEM INHALT:

Interview mit dem GF des Bauindustrieverbandes Berlin-Brandenburg, Herr RA Axel Wunschel, zu den Aussichten und Erwartungen der Bauwirtschaft im Jahr 2007. **Seite 8**

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Produktneutrale Ausschreibung und Gleichwertigkeit

Die Ausschreibung eines bestimmten Produktes darf nicht ohne den Zusatz „oder gleichwertig“ erfolgen. Ob Gleichwertigkeit vorliegt, ist anhand der allgemeinen Leistungsbeschreibung und der Tauglichkeit des Alternativproduktes zudem von der Vergabestelle vorgesehene Gebrauch zu ermitteln. Maßgebend ist eine funktionale Betrachtungsweise

VK Hessen, Beschluss vom 11.12.2006
VK Bremen, Beschluss vom 15.11.2006

Die VK Hessen hatte über eine Ausschreibung zu befinden, bei der die Vergabestelle für den Neubau eines Verwaltungsgebäudes die Türdrückergarnitur produktspezifisch ausgeschrieben hatte. Dabei wurden das Fabrikat sowie der Typ im LV zwingend vorgegeben. In dem von der VK Bremen zu entscheidenden Fall ging es ebenfalls um die Ausschreibung von Türen, wobei diesmal gleichwertige Produkte angeboten werden durften. Das entsprechende Angebot eines Bieters wurde jedoch von der Vergabestelle wegen angeblich fehlender Gleichwertigkeit ausgeschlossen.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Die Vergabekammer Hessen folgte der Rüge eines Bieters und hob die Ausschreibung auf. Denn die Vergabestelle habe gegen die Grundsätze des § 9 Nr. 5 VOB/A verstoßen. Danach sei die Ausschreibung eines bestimmten Produktes nur im Ausnahmefall zulässig und bedürfe dann eines Zusatzes „oder gleichwertiger Art“. Im vorliegenden Fall habe es keine zwingenden technischen Gründe gegeben, nur das Produkt und den Typ eines bestimmten Herstellers zu akzeptieren. Die Vergabekammer Bremen folgt in ihrer Entscheidung der Vergabestelle, die ein gleichwertiges Angebot be-

schlagen wollte, welches im Verhältnis zum Leitfabrikat gewisse Abweichungen enthielt. Denn für die Bestimmung der Gleichwertigkeit sei eine funktionale und nicht eine formale Betrachtungsweise maßgebend. Gewisse Abweichungen, die für den geplanten Einsatz nicht relevant sind, müssten nicht berücksichtigt werden. Ansonsten würde fast nie Gleichwertigkeit vorliegen, so dass alternative Angebote immer auszuschließen seien. Maßgeblich sei die von der Vergabestelle geforderte Gebrauchstauglichkeit und das für die Aufgabe nötige Schutzniveau. Werden diese Merkmale eingehalten, dann können sonstige Abweichungen toleriert werden.

Maßgebend für Gleichwertigkeit ist eine funktionale Betrachtungsweise

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Beide Entscheidungen sind insbesondere für die Ausschreibungs- und Vergabepaxis der öffentlichen Auftraggeber relevant. Die VK Hessen folgt der Tendenz in der Rechtsprechung, dass Ausschreibungen mit Leitfabrikaten ohne den Gleichwertigkeitszusatz unzulässig sind; dies ergibt sich im Übrigen auch aus der Neufassung des § 9 VOB/A, dort Nr. 10. Die Vergabestellen sollten sich in Anbetracht dieser Entscheidung jedoch nicht dazu hinreißen lassen, nunmehr insofern „produktneutral“ auszuschreiben, als spezifizierte Leistungsbeschreibungen bestimmter Hersteller einfach „abgeschrieben“ werden. Denn auch dies ist als versteckte Ausschreibung von Leitfabrikaten unzulässig. Im Übrigen weist die Entscheidung der VK Bremen auch hier den Weg, nämlich dass geringfügige Abweichungen zulässig sind, wenn die Gebrauchstauglichkeit und das Schutzniveau nicht herabgesetzt werden. ■

RWWD Berlin: Neues Büro am Leipziger Platz



Kaum ein Ort dokumentiert die Entwicklung des neuen Berlins deutlicher als der Leipziger Platz. Nach über zehnjähriger Bautätigkeit ist das Achteck fast geschlossen. Es fehlt im Wesentlichen nur noch die Bebauung des ehemaligen „Wertheim-Areals“, um den Platz in seiner vorherigen Gestalt wiederherzustellen.

Wir konnten uns dieser Dynamik nicht entziehen und sind bei unserer Bürosuche beim so genannten „Mosse-Palais“ fündig geworden. Dieses dominiert als ersten Nachwende-Gebäude durch seine elegante Architektur immer noch den Platz. Es steht auf der Stelle, an der vor dem Kriege die Berliner Stadtvilla des Verlegers Mosse stand.

Wir haben dort unter der Anschrift „Leipziger Platz 15“ die 5. Etage bezogen, die für unsere wachsende Kanzlei weitere Optionsflächen bereit hält. Darüber hinaus freuen wir uns, unseren Mandanten neben einer ansprechenden Beratung künftig auch einen beeindruckenden Blick auf den Leipziger und Potsdamer Platz bieten zu können. Das Büro ist verkehrsgünstig angebunden. Neben den U- und S-Bahn-Stationen Potsdamer Platz stehen am Leipziger Platz sowie in den umliegenden Straßenparkraum bewirtschaftete Parkflächen zur Verfügung.

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Vereinbarte Leistungen reichen nicht aus: Was tun?

Für die Abgrenzung, welche Leistungen von der vertraglich vereinbarten Vergütung umfasst sind und welche Leistungen zusätzlich vergütet werden müssen, kommt es auf den Inhalt der Leistungsbeschreibung an. Diese ist gemeinsam mit dem gesamten Vertragswerk auszulegen. Haben die Parteien die Geltung der VOB/B vereinbart, gehören hierzu auch die allgemeinen technischen Bestimmungen für Bauleistungen (VOB/C).

BGH, Urteil vom 27.07.2006
- VII ZR 2002/04

Der Auftragnehmer (AN) schuldet im Rahmen eines VOB/B-Vertrages die Modernisierung und Sanierung eines Handelsspeichers. Im Leistungsverzeichnis sind technisch notwendige Gerüstbauarbeiten nicht enthalten. Ist der AN dennoch verpflichtet, das für die Ausführung der Leistungen erforderliche Gerüst zu stellen? Bejahendenfalls kann er dafür eine zusätzliche Vergütung verlangen.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Der BGH stellt zunächst fest, dass der AN die vereinbarte Funktionstauglichkeit auch dann schuldet, wenn diese ohne Gerüste nur mit den vertraglich vereinbarten Leistungen nicht zu erreichen ist. Davon zu trennen ist die Frage, ob diese erforderlichen Arbeiten von der vertraglich vereinbarten Vergütung umfasst sind. Ist an keiner Stelle des Vertragswerkes die Stellung von Gerüsten ausdrücklich und transparent dem AN zugewiesen, schuldet der AG nach der geltenden DIN 18344 Nr. 4.1.1 für Gerüste von über 2 m Höhe eine Nachtragsvergütung nach § 2 Nr. 6 VOB/B.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Je detaillierter eine Werkleistung beschrieben ist, desto eher kann es vorkommen, dass für eine mangelfreie Gesamtleistung notwendige Einzelleistungen vergessen werden. Entweder sind die vertraglich vereinbarten Leistungen so wie

vorgesehen überhaupt nicht ausführbar oder die Leistung würde, so wie sie detailliert beschrieben ist, zu einem Gewährleistungsfall werden.

Stellt der Auftragnehmer fest, dass er den geschuldeten Werkerfolg mit der vertraglich vereinbarten Ausführungsart nicht herbeiführen kann, etwa wenn eine für Beschichtungsarbeiten notwendige Grundierung nicht mit ausgeschrieben ist, muss der AN den AG hierauf hinweisen und dessen Entscheidung einholen. Zweckmäßigerweise sollte der AN das mit einem bezifferten Nachtragsangebot verbinden und - soweit sein Betrieb darauf eingerichtet ist - die als notwendig erkannte aber nicht vereinbarte Leistung als Nachtrag anbieten.

Mit einer anderen Konstellation hatte sich der BGH in den vergangenen Jahren mehrfach zu beschäftigen. Es ging hier darum, dass die Leistungen, so wie sie ausgeschrieben waren, überhaupt nicht ausführbar gewesen sind, weil notwendige Leistungen, die in der VOB/C als besondere Leistungen aufgeführt sind, nicht ausgeschrieben waren. Erinnert sei hier an den „Brückenkappenfall“. Dort führte eine Vertragsauslegung im Einzelfall zu dem Ergebnis, dass der AN keine zusätzliche Vergütung für Traggerüste erhielt, obwohl solche Traggerüste

Die VOB/C besitzt nach wie vor Bedeutung für die Vertragsauslegung

unter Abstützung der Schalung für die Sanierung der Brückenkappen notwendig waren. Im Regelfall - und das stellt der BGH mit dieser Entscheidung klar - ist die VOB/C allerdings eine wichtige Auslegungshilfe. Werden dort Leistungen als besondere, zusätzlich zu vergütende Leistungen bezeichnet, wird das im Regelfall den AN auch zu einer zusätzlichen Vergütung berechtigen. Allerdings ist zu beachten, dass die VOB/C in aller Regel nur nachrangig nach den Festlegungen im Verhandlungsprotokoll, in den Vertragsbedingungen und gegebenenfalls den Vorbemerkungen von Leistungsverzeichnissen gilt. Die Bedeutung der VOB/C als Auslegungshilfe sinkt noch weiter, wenn die geschuldeten Leistungen nur funktional beschrieben sind. ■

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Erhöhte Plausibilität bei „Ketten-Rücklage“

1. Wurde für die Anschaffung eines Wirtschaftsgutes eine sog. Ansparrücklage (§ 7 g Abs. 3 EStG) gebildet, ohne innerhalb des Zwei-Jahres-Zeitraums die geplante Investition zu realisieren, kann für dasselbe Wirtschaftsgut nur dann wieder eine Rücklage gebildet werden, wenn der Steuerpflichtige eine einleuchtende Begründung dafür abgibt, weshalb die Investition trotz gegenteiliger Absichtserklärung bislang nicht durchgeführt wurde, gleichwohl aber weiterhin geplant ist (Abgrenzung von BFH vom 12.12.2001, XI R 13/00, BFHE 197, 448, BStBl II 2002, 385).

2. Die Ansparrücklage setzt nicht voraus, dass der voraussichtliche Investitionszeitpunkt in der Buchführung oder den Aufzeichnungen für die Gewinnermittlung ausgewiesen wird (anders BMF vom 25.02.2004, BStBl I 2004, 337, Rn. 8,15).

BFH, Urteil vom 06.09.2006, XI R 28/05

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte ein selbständig tätiger Rechtsanwalt in den Jahren 1995, 1997 und 1999 jeweils eine so genannte Ansparrücklage nach § 7g EStG für die Anschaffung eines Pkw der Marke Audi S 8 im Wert von DM 160.000,00 gewinnmindernd berücksichtigt, ohne diesen bis zum Ablauf der jeweiligen Investitionsfrist angeschafft zu haben.

Das Finanzamt hatte die Rücklage im Streitjahr 1999 mangels Konkretisierung des Investitionszeitpunktes nicht anerkannt. Das Finanzgericht gab der Klage des Rechtsanwaltes statt und entschied, eine genaue Angabe des Investitionszeitpunktes sei entbehrlich. Auch die wiederholte Bildung einer Ansparrücklage für die Anschaffung desselben Wirtschaftsgutes sei uneingeschränkt möglich.

DIE ENTSCHEIDUNG DES BFH

Entgegen der Auffassung des Finanzgerichtes hielt der BFH Letzteres für unzutreffend. Die Auffassung des FG, der Kläger sei nicht behindert gewesen, über Jahre hinweg die Rücklage für die Anschaffung eines Audi S 8 fortzuführen, steht weder mit dem Gesetzeswortlaut noch mit dem genannten Gesetzeszweck in Einklang. Werde für die Anschaffung eines Wirtschaftsgutes eine Ansparrücklage gebildet, ohne die geplante Investition innerhalb des Zwei-Jahres-Zeitraums zu realisieren, könne für dasselbe Wirtschaftsgut nur dann erneut eine Rücklage gebildet werden, wenn der Unternehmer eine einleuchtende Begründung dafür abgebe, weshalb die Investition trotz gegenteiliger Absichtserklärung bislang nicht durchgeführt worden, gleichwohl aber weiter geplant sei. Im Streitfall ging es nicht um eine erstmalige, sondern um eine wiederholte Rücklagenbildung für das gleiche Wirtschaftsgut. Hat der Unternehmer eine nach seiner eigenen Erklärung beabsichtigte Investition wiederholt nicht innerhalb des Zwei-Jahres-Zeitraumes getätigt, sind an die Plausibilität seines Vorbringens über das Fortbestehen der Investitionsabsicht erhöhte Anforderungen zu stellen.

Wiederholte Bildung einer Ansparrücklage eingeschränkt

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Damit hat der BFH die Praxis einer wiederholten Rücklagenbildung ohne nachweisliche Investitionsabsicht eingeschränkt. Die Bildung von Ansparrücklagen „ins Blaue“ ist unzulässig, denn Normzweck ist die Förderung tatsächlicher Investitionen. Begünstigt werden soll nicht der Unternehmer, der durch die Rücklagenbildung nur die steuerstundenden Effekte ausnutzen will, sondern letztendlich derjenige Steuerpflichtige, der die geplante Investition innerhalb des gesetzlichen Investitionszeitraumes auch tatsächlich realisiert. ■

IMPRESSUM**Herausgeber:**

RA Dr. Ulrich Dieckert
ROGGELIN WITT WURM DIECKERT
Wirtschaftsprüfer, Steuerberater,
Rechtsanwälte

R.W.W.D. Berlin

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

Redaktion / Beiträge:

RA Dr. Ulrich Dieckert
RA Bernd Kimmich
RA Hendrik Bach
RA Markus Fiedler
RA Martin Hintze
RA Thorsten Krull
StBin Dr. Annette Funk

Niederlassungen RWW:

R.W.W.D. Hamburg
Alte Rabenstraße 32
20148 Hamburg
Telefon: 040 53028-0
Telefax: 040 53028-150
E-Mail: hamburg@rwwd.de

R.W.W.D. Schwerin

Alexandrienenstraße 2
19055 Schwerin
Telefon: 0385 59003-0
Telefax: 0385 59003-33
E-Mail: schwerin@rwwd.de

R.W.W.D. Dresden

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

R.W.W.D. Frankfurt a. M.

Friedrich-Ebert-Anlage 56
60325 Frankfurt am Main
Telefon: 069 75699-0
Telefax: 069 75699-105

www.rwwd.de

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Zurechnung arglistigen Verschweigens

1. Dem Unternehmer kann die Kenntnis eines mit der Prüfung des Werkes beauftragten Mitarbeiters eines Subunternehmers auch dann zuzurechnen sein, wenn er einen Bauleiter zur Objektüberwachung eingesetzt hat.

2. Das ist der Fall, wenn der Mangel auch bei ordnungsgemäßer Bauüberwachung vom Bauleiter nicht wahrgenommen werden kann, weil er bei der Kontrolle der Leistungen vom Bauleiter infolge weitergeführter Arbeiten nicht zu bemerken war.

BGH, Urteil vom 12.10.2006

Der Hauptauftragnehmer (GU) war im Jahre 1995 mit der Ausführung von Bauleistungen beauftragt. Im Jahre 2004 rügt der Bauherr Mängel. Dem Hinweis auf die abgelaufene Gewährleistungsfrist (sog. Verjährungseinwand) hält er entgegen, der Mangel sei ihm arglistig verschwiegen worden. Der GU argumentiert, seinem Bauleiter sei der Mangel trotz Überprüfung der vom Subunternehmer erbrachten Arbeiten nicht aufgefallen, weshalb von einem arglistigen (also vorsätzlichem) Verschweigen keine Rede sein könne. Dem hält der Auftraggeber entgegen, dass die Überwachung durch den Bauleiter nicht genüge, da es sich um sehr kurzfristig ausgeführte Bauleistungen handelte. Deshalb müsse sich der GU die Arglist seines Subunternehmers zurechnen lassen.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass sich der Auftragnehmer (AN) dann auf den Ablauf der vereinbarten Gewährleistungsfrist nicht berufen kann, wenn er einen Mangel arglistig verschwiegen hat. Arglist setzt Vorsatz voraus, welcher für den Auftraggeber regelmäßig schwer nachweisbar ist. Deshalb hat der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung dahingehend erweitert, dass arglistig auch handele, wer seine Augen vor möglichen Mängeln dadurch verschließe, dass er die Bauleistungen nicht ordnungsgemäß überwache oder überprüfe. Nach Ansicht vieler Gerichte (so auch des OLG,

welches vor dem BGH mit dem vorliegenden Fall befasst war) genügt es dabei grundsätzlich, wenn der AN organisatorisch sicherstellt, dass die Bauleistungen durch einen Bauleiter überprüft werden. Sei das nicht der Fall, so treffe den AN ein sog. Organisationsverschulden.

Zwar hatte der GU, hier ein Bauleiter, zur Überwachung eingesetzt. Nach Ansicht des BGH reiche das ausnahmsweise aber nicht aus: Es habe sich nämlich um kurzfristig zu erbringende Bauleistungen gehandelt, der Mangel sei so während der Ausführung nur sehr kurzzeitig erkennbar gewesen. In diesem Fall genüge die Überprüfung durch einen Bauleiter nicht, denn sie erfolgte zu spät. Die Überprüfung der Arbeiten habe vielmehr dem eingesetzten Subunternehmer selbst obliegen. Für den Subunternehmer aber sei der Mangel erkennbar gewesen, weshalb insofern arglistiges Verschweigen vorläge. Dieses arglistige Verschweigen muss sich der GU zurechnen lassen.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Die Begrenzung der Gewährleistungsfrist auf vier (VOB/B) bzw. fünf Jahre (BGB) hat ihren Sinn darin, dass die Haftung des AN nicht zeitlich bis ins Unermessliche laufen soll. Mit Ablauf der Gewährleistungsfrist soll grundsätzlich Rechtsfrieden eintreten, danach haftet der AN selbst dann nicht, wenn ein Mangel völlig unstrittig vorliegt.

Im Grundsatz ist nichts dagegen zu sagen, dass bei einem arglistig verschwiegenen Mangel die Gewährleistungsfrist verlängert wird. Wer nämlich einen Mangel arglistig verschweigt, der ist nicht schutzwürdig. Der BGH weitet allerdings den Begriff der Arglist zunehmend aus, was zu - jedenfalls für AN - unangemessenen Ergebnissen führt. Nach der vorliegenden Entscheidung haftet ein AN auch dann, wenn er selbst (und seine Mitarbeiter) von dem Mangel keine Kenntnis hatten und die ausgeführten Arbeiten sogar durch einen Bauleiter überprüft wurden. Nach Ansicht des BGH genüge aber

auch das bei kurzfristig auszuführenden Arbeiten nicht, denn bei diesen Arbeiten zeige sich der Mangel nur sehr kurz. Insoweit sei die Überprüfung durch einen Bauleiter nicht ausreichend, weil gezwungenermaßen unvollständig.

Wir halten die Entscheidung des BGH für problematisch. Die Verlängerung der Haftung über die vereinbarte Gewährleistungsfrist hinaus muss nach dem Sinn und Zweck der Gewährleistungsfristen auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben. Sicherlich ist arglistiges Verschweigen des AN ein guter Grund, die Haftung zeitlich zu erweitern. In Ausnahmefällen mag es zudem gerechtfertigt sein, den AN,

der die Augen vor Mängeln verschließt, arglistiges Verschweigen vorzuwerfen. Wenn aber der AN organisatorische Maßnahmen ergriffen hat, um sicherzustellen, dass imangelhafte Leistungen auch festgestellt werden, dann muss dies nach Abwägung der Risikobereiche des

AG und des AN genügen. Dass es dann – etwa bei größeren Bauvorhaben – Mängel geben mag, die dem Bauleiter verborgen bleiben, mag sein. Es ist dem AN aber nicht mehr zumutbar, jeden einzelnen Handschlag des Subunternehmers durch einen Bauleiter überwachen zu lassen. Wir halten es deshalb für sehr zweifelhaft, ob eine „Überprüfungslücke“ bei kurzfristigen Bauarbeiten tatsächlich dem arglistigen Verschweigen gleichzusetzen ist. Trotz der hiesigen Zweifel wird die Entscheidung des BGH jedoch in Zukunft von AN (insbesondere Generalunternehmern) zu beachten sein. In der Theorie führt die Entscheidung des Bundesgerichtshofes beim GU auch nicht zu Nachteilen. Dieser kann wegen des arglistig verschwiegenen Mangels grundsätzlich seinen Subunternehmer in Anspruch nehmen. Ist der Subunternehmer dagegen in Insolvenz gefallen oder hat sonst seinen Betrieb eingestellt, dann zahlt der GU den Schaden aus eigener Tasche. Deshalb ist von dem Einsatz von Subunternehmern, die zwar günstige Preise bieten, deren langfristiges Überleben (schon deshalb) aber nicht gesichert ist, grundsätzlich abgeraten werden. ■

Erhöhte Anforderungen bei kurzfristig auszuführenden Bauleistungen

Nach dem BGH steht das sog. Organisationsverschulden der Arglist gleich

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Wann ist die Mangelbeseitigung unverhältnismäßig?

Die Mangelbeseitigung ist auch dann nicht unverhältnismäßig, wenn die Kosten 30fach höher liegen, als die durch den Mangel verursachten Mehrkosten.

BGH, Beschluss vom 27.09.2006

Ein Heizungsinstallateur hat Heizleitungen ohne Dämmung auf dem Rohbeton verlegt. Der Auftraggeber, ein privater Hauslebauer, lehnt die Mangelbeseitigung wegen ihres Umfangs als unzumutbar ab, er verlangt stattdessen Schadensersatz in Höhe von € 36.000,00.

Das entspricht den Kosten der Mangelbeseitigung, obwohl der AG nicht beabsichtigt, den Mangel zu beseitigen. Der Auftragnehmer bestreitet die Mängel, trägt aber vor allem vor, die Heizmehrkosten würden - bezogen auf die Lebensdauer der Anlage - allenfalls bei € 1.300,00 liegen.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Das OLG folgt dem Auftraggeber. Die Rohrverlegung ohne Dämmung sei ein Mangel. Eine Frist zur Mangelbeseitigung habe der Auftraggeber nicht setzen müssen, da der Auftragnehmer die Mangelbeseitigung (durch Bestreiten des Mangels) von Beginn an verweigert habe. Auch wenn der Auftraggeber den Mangel überhaupt nicht beseitigen lassen wolle, stehe ihm deshalb Schadensersatz in Höhe der Mangelbeseitigungskosten zu. Es sei grundsätzlich allein Sache des Auftraggebers, ob er den Mangel beseitigen lassen möchte oder nicht. Als Schadensersatz stünden ihm in jedem Fall die zur Mangelbeseitigung notwendigen Kosten zu.

Der Auftragnehmer könne sich nicht mit der Unverhältnismäßigkeit der Mangelbeseitigung verteidigen. Unverhältnismäßig sei die Mangelbeseitigung nur dann, wenn der mit der Mangelbeseitigung erzielbare Erfolg bei Abwägung aller Umstände nicht mehr in einem vernünftigen Verhältnis zur Höhe des dafür erforderlichen Geldbetrages stehe. Die Rechtsprechung geht grundsätzlich davon aus, dass die Beseitigung von funktionsbeeinträchti-

genden Mängeln nicht unverhältnismäßig ist. Unverhältnismäßigkeit kann damit letztendlich nur bei rein optischen Beeinträchtigungen vorliegen.

Im konkreten Fall sei die Mangelbeseitigung auch dann nicht unverhältnismäßig, wenn die Heizmehrkosten für den Zeitraum der Lebensdauer der Anlage tatsächlich nur bei € 1.300,00 liegen. Die ungenügende Dämmung und die Wärmeverluste könnten etwa die Vermietung oder den Abverkauf des Gebäudes beeinträchtigen.

Abwägung zwischen Aufwand und erzielbarem Erfolg entscheidet

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Der Einwand der Unverhältnismäßigkeit der Mangelbeseitigung wird regelmäßig überschätzt. Er kommt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes letztendlich nur noch bei optischen Beeinträchtigungen in Betracht. Sobald die

Funktion beeinträchtigt ist, tendiert der Bundesgerichtshof dazu, die Unverhältnismäßigkeit der Mangelbeseitigung abzulehnen.

Insoweit ist es konsequent, dem Auftraggeber Schadensersatz zuzusprechen. Dass dieser das Geld überhaupt nicht zur Mangelbeseitigung verwenden will, ist irrelevant. Es ist allein Sache des Geschädigten, wie er mit dem Schadensersatz umgehen will. Er kann, muss aber den gezahlten Betrag nicht zur Beseitigung des Schadens verwenden. Diese so genannte Dispositionsmaxime des Geschädigten dürfte vielen Lesern aus dem Bereich des Verkehrsunfallrechtes bekannt sein. Im Werkvertragsrecht gilt nichts anderes.

Unbestritten ist die Entscheidung des BGH für den Auftragnehmer hart. Er wäre im vorliegenden Fall sicherlich gut beraten gewesen, die Mangelhaftigkeit nicht vollständig zu bestreiten, sondern dem Auftraggeber eine großzügige Minderung anzubieten. So aber muss er nicht nur den Schadensersatz von € 36.000,00 zahlen, sondern auch die Kosten eines Rechtsstreites in drei Instanzen, die etwa denselben Betrag erreichen dürften. ■

TERMINE

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

VOB-Tag zur VOB 2006

Referent: RA Markus Fiedler

Termin/Ort:

09.02.2007 in Berlin

Anmeldung: WEKA-Media

Verlag, Kundenservice

Tel.: 08233 234001

MC-Forum 2007

Referent: RA Bernd Kimmich

Termin/Ort:

13.02.2007 in Oberhausen

20.02.2007 in Berlin

22.02.2007 in Hamburg

Anmeldung: MC-Bauchemie

Müller GmbH & Co. KG

Tel.: 02041 10110

RWWD Bauleiter-Schulung

Referenten:

RA Bernd Kimmich

RA Markus Fiedler

Termin/Ort:

27./28.02.2007 in unseren

Kanzleiräumen

Anmeldung: RWWD-Berlin

030 278707

VOB-Tag zur VOB 2006

Referent: RA Markus Fiedler

Termin/Ort:

02.03.2007 in Erfurt

Anmeldung: WEKA-Media

Verlag, Kundenservice

Tel.: 08233 234001

VOB-Tag zur VOB 2006

Referent: RA Markus Fiedler

Termin/Ort:

30.03.2007 in Dresden

Anmeldung: WEKA-Media

Verlag, Kundenservice

Tel.: 08233 234001

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Anfechtung wegen arglistiger Täuschung

Verschleiert der Ausschreibende einer Bauleistung bewusst den Ort des Bauvorhabens, um von einem Bieter ein günstigeres Angebot zu erhalten, ist dieser zur Anfechtung des Bauvertrages wegen arglistiger Täuschung berechtigt. Im Fall einer positiven Täuschungsabsicht ist es (anders als bei der Täuschung durch Verschweigen) unerheblich, ob sich die Täuschung auf Umstände von objektiv vertragswesentlicher Bedeutung bezieht.

OLG Bamberg, Urteil vom 07.11.2005 – 4 U 59/05. Der BGH hat mit Beschluss vom 07.12.2006 – VII ZR 267/05 die Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen. BGB § 123 Abs. 1

Der klagende Hauptunternehmer war mit Leistungen für die Errichtung einer Kläranlage beauftragt. Für einen Teil der Leistungen holte eine Schwesterfirma das Angebot des beklagten Sub-unternehmers für Herstellung und Lieferung von Laufbahnabdeckungen ein. Da der Schwesterfirma die Angebote zu hoch erschienen, schrieb der Hauptunternehmer und spätere Kläger dieselbe Leistung nochmals aus, diesmal ohne Angabe des genauen Ortes des Bauvorhabens, jedoch mit dem Hinweis „Kläranlage ca. 250 km von ... entfernt“. Außerdem änderte die Klägerin die Baupläne der Kläranlage, indem in dem Klärbecken eine Trennwand eingezeichnet war, die sich am Ort des eigentlichen Bauvorhabens nicht befinden sollte. Auf Nachfrage erklärte der Hauptunternehmer, er wolle den genauen Ort des Bauvorhabens wegen schlechter Erfahrungen mit einem anderen Lieferanten nicht nennen. Er erklärte im Prozess, mittels dieses Tricks habe er vor dem Nachunternehmer verbergen wollen, dass es sich um das gleiche, schon einmal von dem Schwesterunternehmen angefragte Bauvorhaben handelte. Der Kläger ist der Ansicht, dass der Nachunternehmer durch die falschen Angaben objektiv nicht schlechter gestellt worden sei. Die Änderungen in den Bauplänen hätten keine Auswirkung auf die Leistungen des Nachunternehmers. Das bestreitet der Nachunternehmer auch nicht, wendet jedoch ein, er habe zu

diesem Zeitpunkt noch damit gerechnet, möglicherweise für zwei Bauvorhaben ähnlicher Art Aufträge zu erhalten und habe deshalb bei dem zweiten Angebot günstiger kalkulieren können.

Als der Nachunternehmer feststellte, dass es sich bei dem angefragten und schließlich beauftragten Bauvorhaben um das ursprüngliche Bauvorhaben handelte, erklärte er die Anfechtung des Vertrages wegen arglistiger Täuschung. Der Hauptunternehmer verlangte Schadenersatz, nachdem er einen anderen Unternehmer zu einem Preis beauftragt hatte, der geringfügig unter dem Angebot des Nachunternehmers an das Schwesterunternehmen gelegen hatte. Der Nachunternehmer ist der Ansicht, er habe den Vertrag wirksam wegen arglistiger Täuschung angefochten, und deshalb bestehe kein Schadenersatzanspruch.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Bereits das Landgericht hatte die auf Schadenersatz gerichtete Klage abgewiesen. Das OLG Bamberg bestätigt diese Entscheidung und erklärt, vorliegend sei nicht nur von einer Täuschung durch Unterlassen, sondern durch aktives Handeln auszugehen.

Indem der Hauptunternehmer die Baupläne veränderte und 250 km Entfernung des Lieferortes angab, hat er bewusst falsche Angaben gemacht.

Dem Hauptunternehmer war klar, dass der Ort des Bauvorhabens für den Nachunternehmer von erheblicher Bedeutung war. Schließlich vermutete der Hauptunternehmer, er würde bei richtiger Ortsangabe ein überhöhtes Preisangebot erhalten. Sowohl das Landgericht als auch das Oberlandesgericht sahen in dem vom Kläger eingeräumten geschäftlichen Trick ein arglistiges Verhalten, weil es dem Kläger gerade darauf ankam, die Beklagte wegen der bisher nach ihrer Auffassung zu hohen Angebote zu einem niedrigeren Vertragsschluss zu bewegen (was durch die Täuschung auch gelang; Das letzte Angebot des Nachunternehmers an das

Schwesterunternehmen lag bei € 92.000,00, der Vertragspreis für das 250 km entfernte Bauvorhaben bei € 64.000,00). Das Oberlandesgericht erklärt, dass es letztlich nicht darauf ankommt, ob sich der Preisunterschied tatsächlich daraus erklärt, dass der Nachunternehmer von zwei möglichen Aufträgen ausging und stellt klar, dass selbst dann, wenn tatsächlich überhöhte Angebote vorgelegen hätten, solche Tricks nicht zulässig sind.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Es kommt häufig vor, dass Auftraggeber durch falsche oder bewusst unvollständige Angaben preisgünstige Angebote erhalten wollen. Merkt der Bieter dies erst nach Vertragsabschluss heißt es meist: „Sie hätten ja nachfragen können“. In aller Regel kann der betroffene Bieter nicht nachweisen, dass der Auftraggeber absichtlich falsche Angaben gemacht hat. Ein solcher Ausnahmefall lag hier vor. Die Anfechtung wegen Täuschung durch Verschweigen vertragswesentlicher Umstände ist schwieriger. Zum einen muss es sich um objektiv wichtige Punkte handeln (was bei dem entschiedenen Fall wohl nicht der Fall war), und darüber hinaus muss der Auftragnehmer nachweisen, dass dem Auftraggeber bekannt war oder klar sein musste, dass diese Umstände so wesentlich sind, dass der Auftragnehmer hierüber Aufklärung verlangen kann.

Ist dies nicht nachzuweisen, bleibt dem Auftragnehmer nur noch die Möglichkeit einer Irrtumsanfechtung. Wenn der Auftragnehmer eine Ausschreibung falsch verstanden hat und war deshalb der Auffassung war, bestimmte Leistungen seien zum vereinbarten Preis nicht zu erbringen, jedoch die Auslegung des Vertrages im Nachhinein ergibt, dass diese Leistungen Vertragsgegenstand sind, liegt häufig ein Erklärungsirrtum vor (und kein Kalkulationsirrtum). Wenn die vom Auftraggeber bereitgestellten Vertragsunterlagen widersprüchlich und unübersichtlich sind, und der Irrtum des Auftragnehmers darauf beruht, kann er die Anfechtung erklären (BGH, Urteil vom 24.11.2005, VII ZR 87/04). ■

Der Käufer hätte über mögliche Feuchtigkeit unterrichtet werden müssen

Der Käufer hätte über mögliche Feuchtigkeit unterrichtet werden müssen

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Frist zur Stellung einer Sicherheit nach § 648 a BGB

1. Auch wenn sich das Sicherungsverlangen auf eine beträchtliche Höhe bezieht, kann eine Frist von einer Woche ausreichend und angemessen sein.

2. Das Sicherungsverlangen kann bis zur Höhe des voraussichtlichen Vergütungsanspruchs gefordert werden. Dabei ist unerheblich, ob sich das Sicherungsverlangen auf erbrachte oder noch nicht erbrachte Leistungen bezieht.

OLG Dresden, Urteil vom 01.03.2006
-12 U 2379/04

Zehn Jahre nach der Schaffung der neuen Gesetzesvorschrift zur Bauhandwerkersicherheit sind nahezu sämtliche Auslegungsfragen geklärt. Jedenfalls bei kleineren Auftragssummen hat die Rechtsprechung auch bisher schon eine Frist von einer Woche als ausreichend und angemessen angesehen. Fraglich war nur, ob das auch für Aufträge im Bereich mehrere Millionen Euro gilt, oder ob der Auftragnehmer (AN) dem Auftraggeber (AG) bei solchen größeren Aufträgen eine längere Frist einräumen muss. Das OLG Dresden ist allerdings nicht dieser Ansicht, wie folgender Fall gezeigt hat. Ein Generalübernehmer (GÜ) schließt mit

dem AG einen Bauvertrag mit einem Pauschalpreis von 2,785 Mio. €. Der GÜ verlangt erfolglos bereits kurz nach Vertragsabschluss Sicherheit in Höhe der vereinbarten Pauschalvergütung und wiederholt dieses Verlangen in einem späteren Stadium mit einer Fristsetzung von einer Woche, verbunden mit der Androhung, die Arbeiten bei fruchtlosem Fristablauf einzustellen. Da der AG keine Sicherheit leistet, kündigt der GÜ das Vertragsverhältnis nach Ablauf einer ergebnislos verstrichenen Nachfrist. Der GÜ verlangt pauschalen Schadensersatz in Höhe von 5 % des Werklohnes, also in Höhe von ca. € 140.000,00 nach § 648 a Abs. 5 BGB.

Bei größeren BV ist rechtzeitige Vereinbarung einer Avalkreditlinie notwendig

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Das OLG Dresden vertrat die Auffassung, dass die unter Androhung der Leistungsverweige-

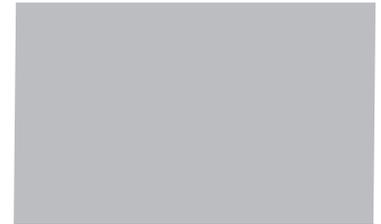
rung gesetzte Frist nicht unangemessen kurz war. Bei der Frage der Angemessenheit ist zu berücksichtigen, dass der Schuldner für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen hat. Schwierigkeiten bei der Kreditbeschaffung beeinflussen die Länge der zu setzenden Fristen nicht. Auch die Höhe des Sicherungsbegehrens spielte keine Rolle. Denn der AG ist mit Abschluss des Generalübernehmervertrages eine Zahlungspflicht in eben dieser Höhe eingegangen, so dass er auch für die Finanzierung dieser Summe Sorge tragen musste. Darüber hinaus war der AG durch das bereits zuvor gestellte Sicherungsverlangen „vorgewarnt“. Da die Kündigung des GÜ zu Recht erfolgte, bestimmt sich der pauschalierte Schadensersatzanspruch nach § 648 a Abs. 5 Satz 2 BGB. Danach muss der AG 5 % der vereinbarten Nettovergütung und nicht etwa lediglich 5 % bezogen auf die noch offenen Vergütungsansprüche als Schadensersatz leisten. Auch dem Einwand des AG, sicherungsfähig seien nur bereits erbrachte Werkleistungen, folgte das OLG Dresden nicht. Nach ganz herrschender Auffassung besteht ein Sicherungsanspruch in voller Höhe auch dann, wenn noch kein Handschlag geleistet worden ist.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS
Auftragnehmer denken viel zu selten an die Sicherung ihres Vergütungsanspruchs. Eine Sicherheit nach § 648 a BGB bringt zwar kein „schnelles Geld“; es ist aber – neben der Vorauszahlung – die einzig

praktikable Möglichkeit, sich gegen das Insolvenzrisiko des AG abzusichern. Unzutreffend dürfte es allerdings sein, den pauschalen Schadensersatz nach Kündigung des Bauvertrages anhand der ursprünglich vereinbarten Vergütung zu berechnen. Richtig ist es, auf den Wert derjenigen Leistungen abzustellen, die zum Kündigungszeitpunkt noch nicht erbracht worden sind. Denn für die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen erhält der AN die volle vereinbarte Vergütung, so dass ihm durch die Vertragsaufhebung kein Schaden entsteht. ■

DAS RWWD-TEAM

Verstärkung durch RA Hendrik Bach



Rechtsanwalt Hendrik Bach hat seine Tätigkeit als Baurechtsanwalt im Jahr 1994 in unserer Kanzlei begonnen. Er war dann eine Zeitlang als Einzelanwalt und zuletzt als Partner der renommierten Baurechtskanzlei Jagenburg Rechtsanwälte tätig. Rechtsanwalt Bach ist nunmehr mit seiner Mannschaft als Partner zu uns zurückgekehrt, um die baurechtliche Abteilung von RWWD zu verstärken.

Rechtsanwalt Bach ist ein ausgewiesener Experte des Baurechtes und hat im Rahmen seiner langjährigen Tätigkeit vom Handwerksbetrieb bis zum Bauträger sämtliche Unternehmensformen in der Bauwirtschaft betreut. Sein Schwerpunkt liegt im privaten Baurecht sowie im Architektenrecht. Er vertritt seine Mandanten nicht nur in gerichtlichen Streitigkeiten, sondern begleitet größere Bauvorhaben beratend von Anfang an, um aufwändige Streitigkeiten erst gar nicht entstehen zu lassen. Darüber hinaus ist Rechtsanwalt Bach in den letzten Jahren als Autor und Referent hervorgetreten. Mit aus seiner Feder stammt u. a. das Unternehmer-Handbuch „Der Baubetrieb“ sowie das mittlerweile im IBR-Verlag in zweiter Auflage erscheinende Handbuch „VOB für Bauleiter“. Darüber hinaus ist Rechtsanwalt Bach bundesweit als Referent tätig. Wir freuen uns, mit RA Bach unsere Mandantschaft künftig noch umfassender in baurechtlicher Hinsicht betreuen zu können.