

EDITORIAL

Anders als man denkt ...!

Auch im Bau- und Vergaberecht läuft es für die Beteiligten häufig anders als man denkt. So hat es sich der Senat von Berlin nicht träumen lassen, dass das frisch verabschiedete Vergabegesetz durch eine Entscheidung des EuGH in Punkto Tariftreueverpflichtung zu Fall gerät (siehe nebenstehende Kommentie-



Rechtsanwalt
Dr. Ulrich
Dieckert

rung). Aber auch auf dem Wortlaut der VOB/A ist kaum Verlass: Wie wir in einem Kurzaufsatz auf S. 5 darlegen, wird aus der nur ausnahmsweise zulässigen Ausschreibung von Leitfabrikaten von der Praxis eine Regel gemacht. Schließlich ist Recht haben und Recht bekommen bei Ansprüchen aus Baubehinderung selten das gleiche. Wir haben hierzu einen Sachverständigen (Herrn Dipl.-Ing. Bötzkes) interviewt (S. 8), der auch auf unserem nächsten Unternehmensgespräch (11.06.) referieren wird.

Wenn Sie diesen Newsletter künftig als PDF-Datei per E-Mail erhalten wollen, teilen Sie uns dies bitte auf dem beigefügten Antwortfax mit. Gleiches gilt, falls Sie an der nächsten Sammelschulung zum Vergaberecht teilnehmen wollen.

AUS DEM INHALT:

Voraussetzungen des Zahlungsverzuges **Seite 2**

Zur Wirksamkeit von Vertragsstrafenklauseln **Seite 4**

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Unzulässigkeit der Tariftreueverpflichtung

Landesvergabegesetze, nach denen Aufträge für Bauleistungen nur an solche Unternehmen vergeben werden dürfen, die sich bei Angebotsabgabe zur Zahlung des am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehenen Entgeltes verpflichten, verstoßen gegen die Entsenderichtlinien der Europäischen Gemeinschaft.

EuGH, Urteil vom 03.04.2008

Nach dem niedersächsischen Landesvergabegesetz dürfen öffentliche Auftraggeber nur an solche Bieter Bauaufträge vergeben, die sich zur Zahlung des am Ort der Bauleistung geltenden Mindesttariflohns verpflichten. Bei nachträglich festgestellten Verstößen hat der Auftragnehmer erhebliche Vertragsstrafen zu zahlen. Das Land Niedersachsen hatte einen Auftragnehmer aufgrund dieser Regelung auf Zahlung der Vertragsstrafe in Anspruch genommen. Dieser verweigerte die Zahlung mit dem Hinweis, das Landesvergabegesetz verstoße gegen das Europarecht. Das mit der Sache befasste OLG holt daraufhin das Votum des Europäischen Gerichtshofes ein.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Der EuGH bestätigt die Auffassung des beklagten Bauunternehmers. Zwar schreibe auch die EG-Entsenderichtlinie den öffentlichen Auftraggebern vor, für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge zu beachten. Dies sei bei dem Baugewerbe-Tarifvertrag, auf den das niedersächsische Landesvergabegesetz Bezug nehme, aber nicht der Fall. Außerdem sollen dessen Regelungen nur bei der Vergabe öffentlicher Aufträge gelten und nicht bei der Auftragsvergabe im privaten Bereich. Insofern sei auch nicht vollständig der Schutzzweck der Entsenderichtlinie erfüllt. Denn auch die Ar-

beitnehmer im Bauwesen müssten bei der Vergabe von öffentlichen und privaten Aufträgen gleichbehandelt werden.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Von dieser Entscheidung ist nicht nur das niedersächsische Landesvergabegesetz, sondern auch das jüngst verabschiedete Berliner Vergabegesetz betroffen. Aus diesem Grunde hat der Berliner Senat die Anwendung der einschlägigen Vorschriften vorübergehend ausgesetzt. Sollte gleichwohl in öffentlichen Ausschreibungen hierauf Bezug genommen werden, empfiehlt sich für die Bieter, dies als vergaberechtswidrig zu rügen. Der Senat hat angekündigt, das Vergabegesetz baldmöglichst zu überarbeiten. Ob die Vorgaben des EuGH damit erfüllt werden, bleibt abzu-

warten. ■

Der Schutzzweck der EG-Entsenderichtlinie ist nicht erfüllt

INFOKASTEN

RWWD-Sammelschulung: „Aktuelles Vergaberecht“

- Vergaberechtsreform
- Ausschreibung mit Leitfabrikaten
- Mehrvergütungsansprüche bei Verlängerung der Zuschlagsfrist
- Tariftreueverpflichtungen
- Einstweiliger Rechtsschutz bei nationalen Ausschreibungen

Datum: Mittwoch, 28. Mai 2008
von 14:00 Uhr - 17:30 Uhr

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert

Beitrag pro Teilnehmer: € 90,00

Anmeldungen: Per Fax (vgl. Anlage) oder telefonisch bei Frau Goltz, Tel.: 030 278707

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Voraussetzungen des Zahlungsverzuges

Die Übersendung einer Rechnung mit der einseitigen Bestimmung eines Zahlungsziels durch den Gläubiger vermag ohne die erforderliche Belehrung des Verbrauchers (§ 286 Abs. 3 Satz 1 BGB) einen Verzug des Schuldners nicht zu begründen.

BGH, Urteil vom 25.10.2007 – III ZR 91/07

Ein Physiotherapeut erteilt einem Privatpatienten eine Rechnung, die abschließend folgenden Hinweis enthält: „Den Rechnungsbetrag überweisen Sie bitte bis zum 05.10.2004 auf das angegebene Konto“.

Als der Schuldner auf mehrere Mahnungen nicht zahlte, beauftragte der Gläubiger einen Anwalt, der erneut mahnte. Der Schuldner zahlte daraufhin lediglich die Hauptforderung, nicht aber die Anwaltskosten. Er behauptete unwiderlegbar, die vorherigen Mahnungen des Gläubigers nicht erhalten zu haben.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Der BGH hat die Klage auf Ersatz der Anwaltskosten abgewiesen. Denn hierfür wäre Voraussetzung gewesen, dass der Zahlungsverzug bereits eingetreten war, als der Anwalt des Physiotherapeuten die Mahnung an den Schuldner übersandt hat.

Die Angabe einer Zahlungsfrist in der Rechnung enthält nach Auffassung des BGH keine befristete Mahnung, sondern allein die Einräumung eines Zahlungsziels.

Da der Gläubiger den Zugang der von ihm selbst verfassten Mahnungen nicht beweisen konnte, geriet der Schuldner folglich erst durch den Zugang der anwaltlichen Mahnung in Zahlungsverzug. Das reicht für die Geltendmachung der dadurch entstandenen Kosten nicht aus, weil ein Verzugschadenersatzanspruch den bereits eingetretenen Zahlungsverzug voraussetzt.

Auch die Regelung in § 286 Abs. 3 Satz 1 BGB, wonach der Schuldner auch ohne Mahnung spätestens 30 Kalendertage nach Rechnungszugang in Verzug gerät, war im vorliegenden Fall nicht einschlägig. Dafür hätte der Schuldner als Verbraucher auf diese Rechtsfolge

besonders hingewiesen werden müssen.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Insbesondere bei einem Bauvertrag unter Einbeziehung der VOB/B ist eine kalendermäßig bestimmte Mahnung nach Fälligkeit der Forderung stets Voraussetzung für den Zahlungsverzug (§ 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B). Das gilt unabhängig davon, ob der Schuldner ein Verbraucher oder ein Unternehmen ist.

Abschlagsrechnungen werden nach § 16 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B binnen 18 Werktagen nach Zugang, die Schlussrechnung innerhalb von zwei Monaten nach Zugang zur Zahlung fällig. Voraussetzung für die Fälligkeit der Rechnung ist aber immer, dass die Forderung prüfbar aufgestellt worden ist. Im Anschluss daran muss der Schuldner unter konkreter Fristsetzung ausdrücklich zur Zahlung aufgefordert werden.

Regelmäßig dürfte bei Abschlagsrechnungen eine Nachfrist von fünf Arbeitstagen, bei der Schlussrechnung von 7 – 10 Arbeitstagen angemessen sein. Nach Ablauf der in der Mahnung gesetzten Nachfrist tritt der Zahlungsverzug ein. Der Schuldner hat nicht nur die Kosten der anwaltlichen Verfolgung, sondern auch Verzugszinsen zu zahlen (§ 16 Nr. 5 Abs. 3 Satz 2 VOB/B). Bei Forderungen gegenüber Verbrauchern beträgt der Verzugszinssatz 5 % über dem

Basiszinssatz, bei Verträgen mit Unternehmen 8 % über dem Basiszinssatz. Der Basiszinssatz beträgt gegenwärtig 3,32 %. Er ändert sich jeweils am 01. Januar bzw. 01. Juli eines Kalenderjahres.

Wir empfehlen dringend, durch organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, dass

fällige Rechnungen auch unverzüglich angemahnt werden. Gegebenenfalls empfiehlt sich ein Hinweis auf die Verzinsungspflicht nach Ablauf der zur Zahlung gesetzten Nachfrist. Liegen Mängel der abgerechneten Leistung vor, hat der Schuldner ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe des mindestens Dreifachen der für die Mangelbeseitigung erforderlichen Kosten (§ 641 Abs. 3 BGB). Auch in solchen Fällen ge-

rät der Schuldner nicht in Verzug.

Der Sachverhalt gibt ferner Anlass für folgende Hinweise: Der Gläubiger muss den Zugang einer Mahnung beweisen. In wichtigen Fällen empfiehlt es sich deshalb, das Schreiben vorab per Telefax zu übersenden und anschließend telefonisch nachzufragen, ob das Fax lesbar eingegangen ist. Bejahendenfalls sollte ein Aktenvermerk angefertigt werden. Danach sollte das Schreiben noch einmal mit normaler Post versandt werden, falls Posteingangs- bzw. -ausgangsbücher geführt werden; anderenfalls empfiehlt sich ein Einwurf-Einschreiben. Ein Einschreiben mit Rückschein ist problematisch, wenn der Empfänger zum Zeitpunkt der Zustellung nicht erreichbar ist und ihm deshalb nur eine entsprechende Benachrichtigung zugeht. Holt der Adressat dieses Einschreiben nicht beim Postamt ab, entfaltet der Brief keine Rechtswirkungen. Etwas anderes gilt nur, wenn der Adressat die Annahme des Briefes grund-

los verweigert oder den Zugang arglistig vereitelt hat (BGH, Urteil vom 26.11.2007 - VIII ZR 22/97). Dagegen wird nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises der Zugang eines Einwurf-Einschreibens vermutet, wenn das Zustellungsverfahren ordnungsgemäß eingehalten worden ist (OLG Saarbrücken, Urteil vom 20.03.2007 - 4 U 83/06). Wenn das Gesetz Schriftform vorschreibt, muss das Schreiben vom Aussteller durch Namensunterschrift unterzeichnet werden (§ 126 BGB). E-Mails reichen in diesem Fall nur aus, wenn das Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen worden ist (§ 126 a BGB). Schreibt das Gesetz lediglich Textform vor, ist die Erklärung auch ohne Unterschrift gültig (§ 126 b BGB). Diesen Anforderungen genügt eine E-Mail oder ein Computerfax. Wichtige Schreiben sollten dennoch nicht per E-Mail versandt werden, auch wenn das Gesetz die Schriftform nicht ausdrücklich vorschreibt. Denn der Zugangsnachweis bleibt unsicher. Das gilt neben Mahnungen selbstverständlich auch für alle anderen wichtigen rechtsgeschäftlichen Erklärungen. Denn der Absender eines Schreibens ist für dessen Zugang stets beweispflichtig. ■

Schadenersatzansprüche bestehen nur bei Verzug

Angabe einer Zahlungsfrist ersetzt eine Mahnung nicht

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Ein nicht funktionstaugliches Werk ist mangelhaft

Ein nicht funktionstaugliches Werk ist mangelhaft, denn es weist nicht die vereinbarte Beschaffenheit auf.

BGH, Urteil vom 08.11.2007

Das Haus des Beklagten ist nicht an das öffentliche Stromnetz angeschlossen, deshalb hat er einen Unternehmer mit der Errichtung eines Blockheizkraftwerkes beauftragt. Dieses soll den Strom- und Wärmebedarf des Hauses decken. Ein anderer Unternehmer wird mit der Erstellung der Heizungsanlage beauftragt, die die vom Blockheizkraftwerk erzeugte Wärme nutzen soll, um das Haus ausreichend zu beheizen. Der Strombedarf des Hauses ist jedoch äußerst gering, das Kraftwerk produziert deshalb keine ausreichende Abwärme für die Heizung. Mit Hinweis auf diesen angeblichen Mangel verweigert der Beklagte die Zahlung des Werklohnes des Heizungsbauers. Dieser klagt.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Landgericht und OLG entscheiden im Sinne des Heizungsbauers. Die Heizungsanlage sei für sich genommen prinzipiell tauglich, um das Haus zu beheizen. Sie sei deshalb mangelfrei. Anders entscheidet - in III. Instanz - der Bundesgerichtshof: Der Auftragnehmer schulde nicht nur die „theoretische“ Beheizbarkeit, sondern die konkrete Funktion der Heizungsanlage. Denn nach den Vorgaben des Auftraggebers sei die Beheizung des Hauses über das Blockheizkraftwerk geplant gewesen. Diese Funktion sei nun nicht gewährleistet. Damit sei die vereinbarte Beschaffenheit - hier die konkrete Funktionsweise der Heizungsanlage - nicht eingehalten. Das Werk ist demnach gemäß § 13 Nr. 1 VOB/B bzw. § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB mangelhaft.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes ist richtig, auch wenn sie für Auftragnehmer hart ist. Aus den Ausschreibungsunterlagen ergab

sich aber nun einmal, dass der Auftraggeber das Gebäude über das Blockheizkraftwerk beheizen wollte. Durch die Annahme dieses Auftrages hat sich der Auftragnehmer verpflichtet, diesen Erfolg herbeizuführen. Dass der Mangel letztendlich nicht in seiner Heizungsanlage begründet ist, sondern im Blockheizkraftwerk, entlastet ihn grundsätzlich nicht. Denn den Auftragnehmer trifft jedenfalls die Pflicht zur Prüfung und Bedenkenanmeldung (§ 4 Nr. 3 VOB/B). Nur wenn er nachweisen kann, dass er seine Pflicht zur Prüfung und Bedenkenanmeldung erfüllt hat, kann er von der Gewährleistung befreit werden. Dem Auftragnehmer ist hier also konkret vorzuwerfen, dass er vor Herstellung der Heizungsanlage hätte prüfen müssen, ob sich das Haus mit dem Blockheizkraftwerk überhaupt ausreichend beheizen lässt. Das war nicht der Fall. Insbesondere hatte sich der Heizungsbauer hier nicht danach erkundigt, ob das Blockheizkraftwerk überhaupt in der Lage war, den von ihm mit 25 kW errechneten Wärmebedarf zu decken.

Ob ein Mangel vorliegt, richtet sich nach der vertraglichen Vereinbarung

In einem ähnlichen Fall (OLG Frankfurt, Urteil vom 28.03.2007) hatte der Auftraggeber den Auftragnehmer beauftragt, die bestehende Ölheizung durch eine Heizkraftanlage zu ersetzen. Das Haus verfügte darüber hinaus noch über eine Holzheizung, die unverändert bleiben sollte. Der Auftraggeber gab an, er wolle das Haus auch in Zukunft mit Holz beheizen, weil er dieses preisgünstig beziehen könne. Nach Durchführung der Arbeiten stellt sich heraus, dass die Heizkraftanlage *allein* nicht dazu in der Lage war, das Gebäude ausreichend mit Wärme zu versorgen. Das OLG Frankfurt ist dennoch der Meinung, dass ein Mangel *nicht* vorliege. Dem ist zuzustimmen, denn in diesem Fall haben die Parteien als Erfolg nur vereinbart, dass die Heizkraftanlage die bisherige Funktion der Ölheizung übernehmen solle. ■

TERMINE

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

Nachträge

Referent: RA Markus Fiedler
Termin/Ort: 16.05.2008 in Berlin
Anmeldung: WEKA-Media Verlag, Kundenservice
 Tel.: 08233 234001

Basiswissen VOB/B

Referent: RA Markus Fiedler
Termin/Ort: 30.05.2008 in München
Anmeldung: WEKA-Media Verlag, Kundenservice
 Tel.: 08233 234001

Aktuelles Vergaberecht

Sammelschulung RWWD
Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert
Termin/Ort: 28.05.2008 in Berlin von 14:00 Uhr - 17:30 Uhr
Anmeldung: Frau Goltz
 Tel.: 030 278707 bzw. per Rückfax

Beschleunigungen und Beschleunigungsmehrkosten aus baurechtlicher und baubetrieblicher Sicht

Referent: RA Bernd Kimmich
 Dipl.-Ing. Bernd Bötzkens
Termin/Ort: 11.06.2008
 Unternehmensgespräch RWWD auf gesonderte Einladung

Rechtssicherheit bei der Videoüberwachung

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert
Termin/Ort: 18.06.2008 in Fulda
Anmeldung: BHE Kongress
 Tel.: 06386 921421

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Zur Wirksamkeit von Vertragsstrafenklauseln

1. Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers (AG), nach der ein Auftragnehmer (AN) für den Fall, dass er mit der Fertigstellung des Bauvorhabens in Verzug gerät, eine Vertragsstrafe in Höhe von 0,3 % der Auftragssumme pro Werktag zu zahlen hat, benachteiligt den AN nicht allein deswegen unangemessen.

2. Eine Vertragsstrafenklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die vorsieht, dass sich eine kalendermäßig bestimmte Fertigstellungsfrist durch witterungsbedingte Beeinträchtigungen nicht verlängert, ist wegen unangemessener Benachteiligung des AN unwirksam.

3. Eine Vertragsstrafenklausel kann gegen das Transparenzgebot verstoßen und damit unwirksam sein, wenn die Rechte und Pflichten eines Vertragspartners des Klauselverwenders nicht klar und präzise umschrieben werden.

BGH, Urteil vom 06.12.2007 – VII ZR 28/07

Ein AN wird im Rahmen eines VOB/B-Bauvertrages zu einem Pauschalpreis von ca. 2,2 Mio. Euro mit der Erstellung einer Hotelanlage beauftragt. Die Vertragsstrafenklausel ist eine Allgemeine Geschäftsbedingung (AGB). Als der AN den Fertigstellungstermin überschreitet, macht der AG eine Vertragsstrafe in Höhe von ca. € 270.000,00 geltend.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Der Vertragsstrafenanspruch wird vom BGH zurückgewiesen. Denn die Vertragsstrafenklausel benachteiligt den AN entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und ist deshalb nach § 307 BGB unwirksam.

Das folgt zwar nicht aus der Höhe des Tagessatzes von 0,3 % pro Werktag. Eine solche Vertragsstrafenhöhe hält der BGH ausdrücklich für zulässig.

Die Klausel sieht jedoch unter bestimmten Voraussetzungen eine verschuldensunabhängige Vertragsstrafe vor und verstößt zudem gegen

das Transparenzgebot.

Denn die Klausel erklärt den Fertigstellungstermin für verbindlich und bestimmt, dass die Ausführungsfrist sich auch nicht durch witterungsbedingte Beeinträchtigungen verlängert. Das kann eine Einschränkung des Verschuldenserefordernisses der Vertragsstrafe bedeuten, weil sie auch dann verwirkt werden kann, wenn der Auftragnehmer die Überschreitung des vereinbarten Fertigstellungstermins aufgrund witterungsbedingter Beeinträchtigungen nicht zu vertreten hat.

Im Übrigen verstößt die Klausel gegen das Transparenzgebot, weil die in der Vertragsstrafenklausel nebeneinander verwendeten Begriffe „Auftragssumme“ und „Schlussrechnungssumme“ mehrere Deutungen hinsichtlich der Bezugsgröße zulassen.

Das in § 307 Abs. 1 Satz 2 geregelte Transparenzgebot verlangt, dass der Verwender von AGB die Rechte und Pflichten seines Vertragspartners klar und durchschaubar darzustellen hat. An der notwendigen Klarheit bzw. Bestimmtheit der Vertragsstrafenklausel fehlte es hier, weil unter „Auftragssumme“ der Betrag verstanden werden kann, der sich vor Ausführung des Auftrages aus der vereinbarten Vergütung ergibt. Da in der Vertragsstrafenklausel aber auch die „Schlussrechnungssumme“

genannt wird, kann als Bezugsgröße für die Bemessung der Vertragsstrafe aber auch die nach der Durchführung des Vertrages geschuldete Vergütung zu verstehen sein. Auch diese Unklarheiten führten zur AGB-rechtlichen Unwirksamkeit der Klausel.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Der BGH hat bereits im Jahr 2003 entschieden, dass die absolut zulässige Höhe der Vertragsstrafe bei 5 % der Auftragssumme liegt (BGH VII ZR 210/01). Bis zu dieser Entscheidung hat der BGH Vertragsstrafenklauseln mit einer Obergrenze von 10 % akzeptiert. Das ist Rechtsgeschichte. Vertrauensschutz besteht nur noch bei

Verträgen, die bis zum 30.06.2003 abgeschlossen worden sind.

Aufgrund verschiedener Entscheidungen von Oberlandesgerichten war jedoch zweifelhaft geworden, ob ein Tagessatz von 0,3 % der Auftragssumme pro Werktag zulässig ist. Das

Vertragsstrafenklauseln müssen klar und präzise sein (Transparenzgebot)

hat der BGH mit seiner Entscheidung bejaht. Eine Vertragsstrafe von 0,3 % je Werktag (Montag bis Samstag) bedeutet eine Vertragsstrafe von 0,36 % je Arbeitstag (Montag - Freitag). Zu warnen ist vor Vertragsstrafen in Höhe von 0,3 % je Kalendertag, weil dies

eine arbeitstägliche Vertragsstrafe von 0,42 % zur Folge hätte. Ob der BGH eine solche Höhe akzeptieren würde, ist außerordentlich zweifelhaft. Fest steht jedenfalls, dass Vertragsstrafenklauseln, die zu einer verschuldensunabhängigen Haftung des Auftragnehmers führen können, grundsätzlich unwirksam sind.

Bei Vertragsstrafenklauseln in AGB kommt es buchstäblich auf jedes Wort an. Das gilt insbesondere für Vertragsstrafen, die wegen der Überschreitung von Zwischenfristen anfallen sollen.

Verwender von AGB sind deshalb gut beraten, ihren Bauvertrag einer regelmäßigen rechtlichen Überprüfung zu unterziehen. Denn AGB-rechtlich unwirksame Regelungen sind insgesamt nichtig und werden nicht auf einen rechtlich noch zulässigen Kern reduziert.

Auftragnehmer, die mit einer Vertragsstrafenforderung überzogen werden, sollten – unabhängig von der Frage, ob sie die Fristen schuldhaft überschritten haben – auch immer die AGB-Problematik im Blick haben und sorgfältig prüfen lassen, ob die Vertragsstrafenklausel den Anforderungen der Rechtsprechung standhält.

Im Zusammenhang mit Vertragsstrafen ist abschließend noch eine Entscheidung des OLG München vom 21.03.2006 zu nennen (AZ: 13 U 5102/05). Danach soll eine Vertragsstrafe dann nicht geschuldet sein, wenn das Werk trotz des Vorliegens von Mängeln – jedenfalls teilweise – genutzt werden kann. ■

DER KOMMENTAR

Ausschreibung mit Leitfabrikaten

Von der Ausnahme zur Regel: Das Märchen von der produktneutralen Ausschreibung!

Gemäß § 9 Nr. 10 VOB/A darf bei der Ausschreibung von Bauleistungen nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen eines bestimmten Ursprungs oder einer bestimmten Produktion verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden. Solche Verweise sind jedoch ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann; solche Verweise sind mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen.

In der deutschen Vergabep Praxis ist aus dieser Ausnahme leider eine Regel geworden. Es gibt kaum noch Leistungsverzeichnisse, in denen die geforderten Leistungen produktneutral beschrieben sind. Vielmehr finden sich insbesondere bei technisch anspruchsvollen Leistungen so genannte „Leitfabrikate“, die zwar mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ versehen sind, von denen der Bieter jedoch kaum abweichen kann. Denn in der Regel entspricht auch die Leistungsbeschreibung bis ins kleinste Detail dem ausgeschriebenen Leitfabrikat, weil der Planer aus der Produktbeschreibung des von ihm favorisierten Herstellers abgeschrieben hat. Bisweilen trifft man auch auf derart produktidentifizierende Leistungsbeschreibungen, ohne dass der Name des Produktes genannt wird; die Rechtsprechung spricht hier von einer „versteckten Leitfabrikat-Ausschreibung“. Die Motive des öffentlichen Auftraggebers für ein solches Vorgehen sind unterschiedlich. Manchmal setzt die Ausschreibung auf bestehende Technik auf, so dass der Auftraggeber durch die Vorgabe eines Produktes Schnittstellenrisiken bzw. zusätzlichen Schulungs- und Wartungsaufwand vermeiden möchte. Dies wird von der Rechtsprechung akzeptiert, weil der Auftraggeber nicht gezwungen werden kann, nur zur Förderung des Wettbewerbs einen zusätzlichen Aufwand zu betrei-

ben, wenn sich ein solcher (etwa durch Ausschreibung zusätzlicher Schnittstellen) bei Verwendung der bestehenden Technik vermeiden lässt. Das OLG Frankfurt, welches dies in einer Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 2003 bestätigt hat, verlangt jedoch in einer aktuellen Entscheidung aus Ende 2007, dass der Auftraggeber seinen Abwägungs- und Willensbildungsprozess, der zur Ausschreibung des Leitfabrikates geführt hat, nachvollziehbar im Vergabevermerk hinterlegt; ansonsten können derartige Ausschreibungen wegen Ermessensfehlern aufgehoben werden.

Manchmal werden Leitfabrikate auch genannt, weil der Auftragsgegenstand gemäß § 9 Nr. 10 VOB/A auf andere Weise nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann. Es handelt sich hier in der Regel um komplexe technische Produkte bzw. Systeme, deren neutrale Beschreibung nicht möglich ist, ohne das Leistungsverzeichnis zu überfrachten. Insofern findet man in solchen Fällen im Leistungsverzeichnis i. d. R. keine zusätzliche detaillierte Leistungsbeschreibung.

In den meisten Fällen erfolgt jedoch die Verwendung von Leitfabrikaten entweder aus Bequemlichkeit oder wegen mangelnder Fachkenntnis oder weil das Planungsbüro/die Vergabestelle einen gewissen Anbieter/Produzenten aus welchen Gründen auch immer favorisiert. Wird das Leitfabrikat dann auch noch mit einer detaillierten Produktbeschreibung kombiniert, stehen Bieter, die Produkte anderer Hersteller anbieten wollen, vor einem kaum lösbaren Dilemma. Denn aufgrund der detaillierten Leistungsbeschreibung weichen Alternativprodukte in dem einen oder anderen Punkt von den Vorgaben des LV ab. Dies würde dazu führen, dass das Angebot wegen unzulässiger Änderung der Verdingungsunterlagen aus dem Verfahren ausgeschlossen werden muss.

Was kann der Bieter in solchen Fällen tun? Wenn er mit seinen Alternativprodukten nur in wenigen Punkten von den Vorgaben des LV abweicht, könnte er gemäß § 21 Nr. 2 VOB/A in

seinem Angebot auf diese Abweichungen hinweisen und die Gleichwertigkeit der von ihm angebotenen Produkte durch Beifügung entsprechender Unterlagen nachweisen. Die Rechtsprechung ist allerdings uneinheitlich, ob mit der in der Vorschrift genannten „Abweichung von technischen Spezifikationen“ auch Abweichungen von individuellen technischen Vorgaben des Leistungsverzeichnisses gemeint sind. Das OLG München hat dies in einer Entscheidung aus 2006 verneint. Will der Bieter durchgehend andere Produkte anbieten, so bleibt ihm noch die Möglichkeit eines Nebenangebotes, wenn dies vom Auftraggeber zugelassen wurde. Ist auch dieser Weg verschlossen, dann bleibt dem Bieter nichts anderes übrig,

Produktbezogene Vorgaben sollten vor Angebotsabgabe gerügt werden

als die Ausschreibung wegen Verstoßes gegen das Gebot der Produktneutralität zu rügen. Hilft der Auftraggeber dieser Rüge nicht ab (was i. d. R. der Fall sein dürfte), dann kann der Bieter entweder versuchen, die Ausschreibung durch sofortige Beantragung eines Nachprüfungsverfahrens ohne Abgabe eines eigenen Angebotes zu Fall zu bringen oder ein Angebot mit oder ohne Abweichungen vom LV abgeben und je nach Ausgang der Prüfung und Wertung die Vergabekammer anzurufen. Weicht sein Angebot nur unwesentlich von den Vorgaben des LV ab und hat er die Gleichwertigkeit vor Angebotsabgabe hinreichend nachgewiesen, so bestehen Chancen, vor der Vergabekammer Recht zu erhalten (so VK Bremen 2006).

Handelt es sich um ein Verfahren unterhalb der Schwellenwerte, sollte der Bieter die Beantragung einer einstweiligen Verfügung vor den Landgerichten erwägen; diese Rechtsschutzmöglichkeit wird von immer mehr Landgerichten für zulässig erachtet, wenn die Ausschreibung grob vergaberechtswidrig ist und insofern den Bieter in seinem Vertrauen auf einen ordnungsgemäßen Gang des Vergabeverfahrens verletzt. Den Vergabestellen ist zur Vorbereitung einer solchen Auseinandersetzung anzuraten, die Beweggründe für die Festlegung bestimmter Leitfabrikate schlüssig und nachvollziehbar im Vergabevermerk zu hinterlegen. Subjektive Erwägungen reichen dabei allerdings nicht aus. ■

Problematisch: Leitfabrikate mit detaillierter Leistungsbeschreibung

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Bedarfspositionen müssen aktiviert werden

1. Wer Bedarfspositionen ohne entsprechende Anordnung des Auftraggebers ausführt, hat grundsätzlich keinen Anspruch auf Vergütung (§ 2 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B).

2. Die Ankündigung einer zusätzlichen Vergütung (§ 2 Nr. 6 Abs. 1 S. 2 VOB/B) kann in besonderen Einzelfällen verzichtbar sein.

OLG Dresden, Urteil vom 10.01.2007
BGH, Beschluss vom 11.10.2007

Das zwischen den Parteien für einen Straßenbau vereinbarte Leistungsverzeichnis enthält eine Grundposition für Erdaushubarbeiten von bis zu 20 cm. Für darüber hinausgehende Tiefen ist eine Bedarfsposition vorgesehen. Der Auftragnehmer führt unstreitig weitergehende Tiefbauarbeiten im Sinne der Bedarfsposition durch. Streitig ist allerdings, ob er dazu vom Auftraggeber aufgefordert wurde oder ob er eigenmächtig handelte.

Später wird in einer Baubesprechung angeordnet, dass der Auftragnehmer das Erdreich in bestimmten Bereichen einbringen solle. Dafür ist im Leistungsverzeichnis keine Position vorgesehen. Der Auftragnehmer führt die Arbeiten aus, ohne zuvor Mehrkosten anzukündigen.

Die Arbeiten haben einen erheblichen Umfang, sie machen etwa 3.000 zusätzliche Lkw-Fahrten notwendig. Der Auftragnehmer klagt die Vergütung für die zusätzlichen Tiefbauarbeiten und das Einbringen des Erdreiches ein.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Soweit es um den zusätzlichen Bodenabtrag geht, kommt es nach Ansicht des OLG Dresden entscheidend darauf an, ob die Bedarfsposition ausdrücklich vom Auftraggeber aktiviert wurde. Dazu sei ein Auftrag des Auftraggebers notwendig. Die bloße Duldung oder Wahrnehmung der zusätzlichen Arbeiten genüge nicht. Auch die Aufnahme einer Bedarfsposition in das Leistungsverzeichnis sei noch kein endgültiger Auftrag. Vielmehr handelt es sich um das einseitige Angebot des Auftragnehmers, die Ar-

beiten zu einem bestimmten Preis auszuführen. Dieses Angebot müsse der Auftraggeber aber ausdrücklich annehmen, damit es tatsächlich zu einem entsprechenden Vertragsabschluss komme. Nur dann könne der Auftragnehmer die vereinbarte Vergütung abrechnen. Da der Auftragnehmer hier einen entsprechenden Auftrag nicht nachweisen kann, könne er die im Leistungsverzeichnis vereinbarte Vergütung nicht geltend machen. Das Gericht hilft dem Auftragnehmer hier aber durch Anwendung des § 2 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B.

Danach kann dem Auftragnehmer im Ausnahmefall eine Vergütung für auftragslos ausgeführte Arbeiten dann zustehen, wenn diese im mutmaßlichen Interesse des Auftraggebers erfolgten. Das sei hier der Fall, weil die zusätzlichen Aushubarbeiten technisch erforderlich gewesen wären. Ohne diese Arbeiten hätte die Straße nicht gebaut werden können.

Arbeiten, die der Auftraggeber nur duldet, sind nicht beauftragt

Was die Verfüllarbeiten betrifft, so war die Anordnung des Auftraggebers unstreitig. Es fehlte allerdings - ebenso unstreitig - die Ankündigung der Mehrkosten im Sinne des § 2 Nr. 6 Abs. 1 Satz 2 BGB. Danach hat der Auftragnehmer bei nachträglich beauftragten Zusatzarbeiten nur dann einen Anspruch auf Vergütung, wenn er den Anspruch ausdrücklich ankündigt, bevor er mit der Ausführung beginnt. Das war hier nicht der Fall.

Das Gericht meint dennoch, dass sich der Auftraggeber auf die Vorschrift nicht berufen könne. Angesichts des Umfangs der zusätzlich zu erbringenden Arbeiten (3.000 Lkw-Fahrten) hätte der Auftraggeber nicht ernstlich davon ausgehen dürfen, diese zusätzlichen Arbeiten seien vergütungsfrei.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Das OLG Dresden hat zwar die Schwächen des Auftragnehmers erkannt, im Ergebnis aber dennoch in seinem Sinne entschieden. Es handelt sich also im Ergebnis um eine auftragnehmerfreundliche Entscheidung.

Wir warnen aber davor, diese zu verallgemeinern. Insbesondere müssen Auftragnehmer in Zukunft strengstens darauf achten, dass sie die Aktivierung der Bedarfsposition beweisen können. Ansonsten droht der Totalverlust des Vergütungsanspruches. Der Weg über § 2 Nr. 8 VOB/B ist in aller Regel steinig. Der Argumentationsaufwand ist groß, insbesondere soweit es um das mutmaßliche Interesse des Auftraggebers geht. Nicht selten gelingt der Nachweis nicht, nach § 2 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B bleibt dann

der Auftragnehmer nicht nur ohne Vergütung, der Auftraggeber kann sogar Beseitigung der erbrachten Arbeiten verlangen.

Was die Ankündigung der Mehrkosten für den Einbau betrifft, so folgt das OLG Dresden der Tendenz des Bundesgerichtshofes (BGH). Dieser hat

das Ankündigungserfordernis des § 2 Nr. 6 Abs. 1 Satz 2 VOB/B in den letzten Jahren mehr und mehr entschärft. In seinem Urteil vom 08.11.2001 etwa hat der BGH entschieden, dass der Auftraggeber bei unterlassener Mehrkostenankündigung nachzuweisen habe, dass ihm dadurch ein Schaden entstanden sei. Kann er dies nicht, so ist der unterlassene Mehrkostenhinweis des Auftragnehmers unschädlich.

Auch hier gilt aber: Der Auftragnehmer sollte sich hier keinen unnötigen Risiken aussetzen. Die Ankündigung zusätzlicher Kosten ist eine Kleinigkeit, zumal der Auftragnehmer die genaue Höhe der Kosten nicht angeben muss. ■

Der theoretisch denkbare Weg über § 2 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B ist oftmals steinig

ANZEIGE:



Erläuterungen, Praxisbeispiele, Checklisten, Musterbriefe, 2. stark erw. u. überarb. Auflage 2007, id Verlag Mannheim, 660 Seiten, kartoniert, ISBN 978-3-938854-03-7, € 42,-

AKTUELLES

Mehrfachbelastung mit Grunderwerb + Umsatzsteuer

Niedersächsisches Finanzgericht ruft den Europäischen Gerichtshof an.

Das niedersächsische Finanzgericht hat den Europäischen Gerichtshof in einer Entscheidung vom 14.04.2008 um Vorabentscheidung ersucht, ob die deutsche Mehrfachbelastung von Bauherren mit Grunderwerb und Umsatzsteuer gegen das gemeinschaftsrechtliche Mehrfachbelastungsverbot verstößt. In dem der Anfrage zugrunde liegenden Fall hatte das Finanzamt nicht nur den Kaufpreis für ein Baugrundstück mit Grunderwerbsteuer belegt, sondern auch den Wert des in diesem Zusammenhang abgeschlossenen Bauvertrages. Das Finanzamt unterstellte eine personelle Verpflichtung sowie das Zusammenwirken des Grundstücksverkäufers und des Bauunternehmers und zählte daher die mit beiden Verträgen für den Grundstückskäufer verbundenen finanziellen Verpflichtungen zur Bemessung der Grunderwerbsteuer zusammen.

Der Erwerber rief daraufhin das Finanzgericht an, weil aus seiner Sicht damit gegen das

europäische Umsatzsteuer-Mehrfachbelastungsverbot des Artikel 401 der Mehrwertsteuer-Systemrichtlinie verstoßen wird. Denn die Grunderwerbssteuer wirke in diesem Fall wie eine der Mehrwertsteuer vergleichbare, weil auf den durch die Bauleistungen geschaffenen Mehrwert bezogene allgemeine Abgabe im Bereich der Errichtung von Gebäuden. Außerdem müsse er beim anschließenden Bau des Hauses auf die dann abgerechneten Bauleistungen noch einmal Steuer, nämlich Umsatzsteuer, bezahlen. Insofern läge eine unzulässige Mehrfachbesteuerung vor.

Die Tatsache, dass das niedersächsische Finanzgericht diese Frage dem EuGH vorgelegt hat, zeigt, dass Zweifel an der Praxis des Finanzamtes angezeigt sind. Insofern sollten betroffene Bauherren prüfen, ob sie derartige Grunderwerbsteuerbescheide bis zur abschließenden Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs anfechten, um die Frage der Besteuerung offen zu halten. Für entsprechende Rückfragen steht unsere Steuerabteilung gerne zur Verfügung. ■

AKTUELLES

Steuerschuldner bei Bauleistungen

Zu der Frage, wann eine Bauleistung im Sinne des § 13 b Abs. 1 Nr. 4 UStG vorliegt, gibt die Rundverfügung der OFD Frankfurt am Main vom 2.1.2008 eine Hilfestellung in Gestalt einer tabellarischen Übersicht, in der einzelne Leistungsbeschreibungen alphabetisch sortiert und entsprechend gekennzeichnet sind. Reparatur- und Wartungsleistungen erfüllen danach die Voraussetzungen der Vorschrift nur dann, wenn das Nettoentgelt für den einzelnen Umsatz die Bagatelldgrenze von € 500 überschreitet. Aber auch dann gelten sie nur als Bauleistungen, wenn Teile verändert, bearbeitet oder ausgetauscht werden und dadurch eine Auswirkung auf die Substanz des Bauwerkes gegeben ist.

Im Weiteren wird in der Verfügung ausgeführt, wie die Steuerschuldnerschaft bei Vertragspartnern zu beurteilen ist, bei denen die Umsatzsteuer nicht erhoben wird, weil es sich um Kleinunternehmer handelt. Wird danach eine Bauleistung von einem Kleinunternehmer erbracht, schuldet der Leistungsempfänger der Bauleistung nicht die Umsatzsteuer nach § 13 b UStG. Dagegen kann ein Kleinunternehmer als Leistungsempfänger, sofern er selbst Bauleistungen erbringt, die Umsatzsteuer u. a. nach § 13 b Abs. 1 Nr. 4 UStG schulden! Das Rundschreiben sowie die tabellarische Übersicht stellen wir auf Rückfrage gerne zur Verfügung.

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
RA Konstantin Trakis
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

Dr. Hans-Wolf-Straße 15
19056 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
E-Mail: frankfurt@rwwd.de

www.rwwd.de

DAS AKTUELLE INTERVIEW

Mehrkostenansprüche bei Behinderungen

Interview mit Herrn Dipl.-Ing. Bötzkes. Herr Bötzkes wird auch auf unserem nächsten Unternehmervespräch (11.06.2008) zu diesem Thema referieren.

NEWSLETTER: *Was sind aus baubetrieblicher Sicht die Gründe dafür, weshalb Ansprüche aus gestörten Bauabläufen bei Gericht nur selten durchgesetzt werden können?*

BÖTZKES: Der Grund ist meist die unvollständige Dokumentation der Störungen im Bauablauf und deren Auswirkungen. Baubegleitend wird häufig versucht, zu bauen, obwohl dies durch Störungen zumindest nicht vertragsgemäß möglich ist. Für Ingenieure und Techniker steht das Bauen im Vordergrund und nicht die Dokumentation. Das erspart zunächst Mühe, rächt sich aber dann, wenn Ansprüche durchgesetzt werden sollen. Ein weiteres Nachweisproblem ergibt sich durch das Zusammentreffen verschiedener Störungsursachen. Der Auftragnehmer hat jedoch nur Anspruch auf Mehrkosten, die eindeutig durch den Auftraggeber verursacht wurden. Selbstverschuldete Störungen müssen in der zeitlichen Darstellung des Ist-Ablaufes berücksichtigt werden. Darüber hinaus ergeben sich Schwierigkeiten bei der Zuordnung der Störungstatbestände zu den in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen. Alternativ zu einem Schadensersatzanspruch gemäß § 6 Nr. 6 VOB/B mit seinen strengen Anforderungen an den Nachweis können fallweise auch Vergütungsansprüche gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B oder Entschädigungsansprüche gemäß § 642 BGB geltend gemacht werden. Für die erforderliche Zuordnung ist es ratsam, einen erfahrenen Baujuristen zu Rate zu ziehen.

NEWSLETTER: *Was muss Ihrer Auffassung nach von der Bauleitung konkret dokumentiert werden, um die Bauzeitverlängerung und die Behinderungsmehrkosten nach den Anforderungen der Rechtsprechung bauablaufbezogen zu begründen?*

BÖTZKES: Grundvoraussetzung ist die konkrete Beschreibung des Behinderungstatbestandes in der Behinderungsanzeige, damit für den Auftraggeber mit hinreichender Klarheit

die Ursache und deren Auswirkungen erkennbar werden. Bei den Auswirkungen sollten möglichst nicht nur die zeitlichen, sondern auch die kostenmäßigen Folgen dargestellt werden, damit der Auftraggeber frühzeitig sensibilisiert wird. Ergänzend müssen die konkreten Auswirkungen, zum Beispiel Leerzeiten oder das Umstellen des Bauablaufs, im Bautagebuch eingetragen werden. Nur so lässt sich später nachvollziehen, dass der Auftragnehmer tatsächlich in der Ausführung seiner Leistungen behindert war.

tung berechnet?

BÖTZKES: Sowohl baubetriebliche Beratungsdienstleistungen als auch Sachverständigenleistungen unterliegen nicht dem Preisrecht der HOAI, sind somit frei vereinbar. Eine baubegleitende Beratung wird in den meisten Fällen nur nach Zeitaufwand abrechenbar sein. Eine Pauschalierung wird wegen der unterschiedlichen Einsatzhäufigkeit und des sehr unterschiedlichen Umfangs kaum möglich sein. Für die Erstellung von Sachverständigengutachten kann jedoch eine Pauschale kalkulierbar sein.

INTERVIEW:



mit Herrn
Dipl.-Ing. Bötzkes

NEWSLETTER: *Halten Sie es für möglich, dass ein Bauleiter diesen Dokumentationspflichten ohne sachverständige Beratung nachkommen kann und in welchen Fällen bzw. zu welchem Zeitpunkt empfiehlt sich die Einschaltung eines Sachverständigen?*

BÖTZKES: Grundsätzlich sollte es dem Polier bzw. Schachtmeister gemeinsam mit dem Bauleiter möglich sein, dieser Dokumentationspflicht nachzukommen. Insbesondere die Führung des Bautagebuches muss jedoch diszipliniert und zeitnah erfolgen. Die Qualität der Dokumentation ist meist weniger eine Frage des Sachverständigen, sondern eine Frage unzureichender Bauleitungskapazitäten auf der Baustelle. Die Einschaltung eines Sachverständigen kann punktuell erfolgen, um baubegleitend zu überprüfen, ob die Dokumentation ausreichend ist. Ein baubegleitender Einsatz eines Sachverständigen wird sich nur bei komplexen, großen Baustellen mit erheblichen Störpotenzialen lohnen.

NEWSLETTER: *Nach welchen Grundsätzen wird das Honorar für die baubegleitende Bera-*

NEWSLETTER: *Zum Schluss noch eine Fachfrage: Häufig kommt es in der Praxis nicht zu einer vollständigen Unterbrechung, sondern zu schleichenden Behinderungen. Diese führen regelmäßig zu Produktivitätsverlusten, weil die Arbeiten gestreckt werden. Eine konkrete Berechnung durch REFA-Messungen ist aufwendig und kostenintensiv. Welche sonstigen Möglichkeiten hat ein Unternehmer, solche Produktivitätsverluste zu ermitteln?*

BÖTZKES: Zunächst möchte ich bezweifeln, dass es mit REFA-Messungen möglich ist, Produktivitätsverluste objektiv festzustellen. Näheres hierzu werde ich auf Ihrem Unternehmervespräch erläutern. Aus meiner Sicht bleibt nur die Möglichkeit, die Produktivitätsminderungen unter Berücksichtigung der Behinderungen durch Schätzung auf vorkalkulatorischer Basis festzustellen. Bei der Kalkulation von Bauleistungen handelt es sich um den Blick des Bauunternehmers in die Zukunft. Ob der angenommene Leistungsansatz auf der konkreten Baustelle tatsächlich erreichbar ist, bleibt sein Risiko. Ebenso wie in der ursprünglichen Kalkulation unter Annahme bestimmter Rahmenbedingungen ein Leistungsansatz abgeschätzt wurde, sind der Einfluss der Störungen und die sich daraus ergebenden Produktivitätsverluste durch Erfahrungswerte zu ermitteln. Wichtig ist jedoch, dass für diese Erfahrungswerte entsprechend konkrete und nachvollziehbare Rahmendaten zur Verfügung stehen. ■