

Baugewerks-Innung Köln

Stadt Köln und Rhein-Erft-Kreis



16. Dezember 2009

8-2009

Chef-Info Bau



Themen



Änderung der Bezugsfrist von Kurzarbeitergeld.



Arbeitsrechtliche Folgen einer Pandemie.



Beitragsfälle für beschäftigte Familienangehörige.



ELENA-Verfahren – Arbeitgeberpflichten ab 01. Januar 2010.



Freistellung zur Berufsschule und Anrechnung der Berufsschulzeiten auf die betriebliche Ausbildungszeit.



Kündigungsschutz in Kleinbetrieben.



Urteile zum Bau- und Arbeitsrecht

- Wann fehlt einer Nachtragsrechnung nach § 2 Nr. 5 VOB/B die Prüfbarkeit?
- Freiwilligkeitsvorbehalt bei Sonderzahlungen.
- Gilt die kurze Rügepflicht des Handelskaufs auch bei Lieferung eigens hergestellter Bauteile?



Buchtipps.



Jubiläen und Geburtstage.

Sie haben die Möglichkeit diese Informationen auch per Email oder per Telefax zu erhalten. Bitte teilen Sie uns Ihre aktuelle Email-Adresse bzw. Telefaxnummer mit!



Änderung der Bezugsfrist von Kurzarbeitergeld

Das Bundeskabinett hat am 25. November 2009 beschlossen, die Höchstbezugsdauer von Kurzarbeitergeld für **Kurzarbeit, die im Kalenderjahr 2010 beginnt**, auf 18 Monate zu verlängern.

Gemäß § 177 Abs. 1 Satz 3 SGB III wird Kurzarbeitergeld zwar grundsätzlich längstens für 6 Monate gewährt. Aufgrund einer in § 182 Abs. 1 SGB III enthaltenen Verordnungsermächtigung kann die Bezugsfrist für das Kurzarbeitergeld durch Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales jedoch auf bis zu 24 Monate verlängert werden, wenn außergewöhnliche Verhältnisse auf dem gesamten Arbeitsmarkt vorliegen. Von dieser Verordnungsermächtigung wurde bereits für das Kalenderjahr 2009 Gebrauch gemacht, indem wegen der Wirtschaftskrise eine Bezugsfrist von 24 Monaten festgelegt wurde. Diese maximale Bezugsfrist gilt jedoch nur noch, wenn der Anspruch auf Kurzarbeitergeld bis zum **31. Dezember 2009** entstanden ist. Dies setzt voraus, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für den Bezug von Kurzarbeitergeld erfüllt sind und die Anzeige der Arbeitsagentur bis zum 31.12.2009 zu geht.

Ab 1. Januar 2010 kann Kurzarbeitergeld aufgrund der "Zweiten Verordnung zur Änderung der Verordnung über die Bezugsfrist für das Kurzarbeitergeld" für längstens 18 Monate in Anspruch genommen werden. Ohne den Erlass dieser Verordnung würde die Bezugsfrist für Kurzarbeit, die 2010 begonnen wird, entsprechend der gesetzlichen Regelung jedoch nur 6 Monate betragen. Insoweit ist die neue Rechtsverordnung zu begrüßen.

Da für die Betriebe des Baugewerbes ab 1. Dezember 2009 das **Saison-Kurzarbeitergeld** an die Stelle des "normalen" Kurzarbeitergeldes tritt, ist wie folgt zu differenzieren: Wird Saison-Kurzarbeitergeld wegen **wirtschaftlicher Ausfallgründe** (Auftragsmangel) in Anspruch genommen, so ist die hierzu noch im Dezember 2009 abgegebene "Erstanzeige über Arbeitsausfall (Saison-Kurzarbeitergeld)" ausreichend, um noch die 24-monatige Höchstbezugsdauer von Kurzarbeitergeld beanspruchen zu können. Wird dagegen im Dezember Saison-Kurzarbeitergeld ausschließlich aus **witterungsbedingten** Ausfallgründen (Schlechtwetter) in Anspruch genommen, so ist keine Erstanzeige des Arbeitsausfalls erforderlich. In diesem Fall wird auch nicht mehr mit der Kurzarbeit im Jahre 2009 begonnen, so dass der Baubetrieb auch nicht mehr von der 24-monatigen Bezugsdauer profitieren kann.

Für die Betriebe des Baugewerbes gilt zudem die Besonderheit, dass die Bezugszeiten des Saison-Kurzarbeitergeldes nicht auf die Höchstbezugsfrist beim "normalen" Kurzarbeitergeld angerechnet wird (§ 177 Abs. 4 Satz 2 SGB III). Dies bedeutet, dass sich die Höchstbezugsdauer von Kurzarbeitergeld (24 bzw. 18 Monate) um die Anzahl von Monaten verlängert, für die der Baubetrieb innerhalb dieser Bezugsfrist Saison-Kurzarbeitergeld beansprucht hat.



Arbeitsrechtliche Folgen einer Pandemie

Unter diesem Titel hat die Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) einen Praxisleitfaden erarbeitet, der auf der Geschäftsstelle abgerufen werden kann.

02234-911880



Beitragsfalle für beschäftigte Familienangehörige

Wenn Familienangehörige des Firmeninhabers im Unternehmen mitarbeiten, bezahlen sie Sozialversicherungsbeiträge - u.a. für die Arbeitslosenversicherung. Doch im Versicherungsfall besteht womöglich kein Leistungsanspruch. Arbeitsämter verweigern mitarbeitenden Familienangehörigen

gen im Versicherungsfall regelmäßig Leistungen - trotz jahrelanger Beitragszahlungen. Dasselbe gilt für die Rentenversicherung.

Der Grund: Zuständig für den Einzug der Beiträge ist die Krankenversicherung, die bei der Einstufung das Arbeits- und Steuerrecht zugrunde legt. Als Angestellte werden im Unternehmen beschäftigte Familienmitglieder somit als versicherungspflichtig eingestuft. Dagegen schaut die Agentur für Arbeit auf die sozialversicherungsrechtliche Seite -jedoch erst bei der Beantragung von Leistungen. An die Einstufung der Krankenkasse ist sie nicht gebunden.

So kann es passieren, dass ein Versicherter trotz Beitragseinzug kein Geld erhält. Es empfiehlt sich daher, den sozialversicherungsrechtlichen Status der beschäftigten Angehörigen des Firmeninhabers feststellen zu lassen. Wird ein Angehöriger als nicht sozialversicherungspflichtig eingestuft, sollten die Zahlungen eingestellt werden - und in eine private Vorsorge gesteckt werden. Das betrifft auch die Altersvorsorge. Denn mit dem Bescheid „nicht sozialversicherungspflichtig“ fällt auch die Rentenversicherungspflicht weg. Die Entscheidung über den Sozialversicherungsstatus treffen immer die Sozialversicherungsträger. Fällt diese Entscheidung ungünstig aus, können Betroffene vor dem Sozialgericht klagen.



ELENA-Verfahren - Arbeitgeberpflichten ab 01. Januar 2010

Ab 01. Januar 2010 besteht für Arbeitgeber die Verpflichtung, die Entgeltdaten ihrer Arbeitnehmer monatlich in elektronischer Form an eine so genannte zentrale Speicherstelle zu übermitteln. Mit dem ELENA-Verfahren wird die Verpflichtung der Arbeitgeber zur schriftlichen Ausstellung von Entgeltbescheinigungen, die als Grundlage für die Berechnung von Sozialleistungen ihrer Arbeitnehmer dienen (betrifft zunächst Arbeitslosengeld I, Eltern- und Wohngeld), durch die Verpflichtung zu einer monatlichen elektronischen Meldung von Entgeltdaten an eine zentrale ELENA-Speicherstelle ersetzt. Diese Speicherstelle ist bei der Deutschen Rentenversicherung Bund - DRV Bund angesiedelt. Die elektronischen Meldungen der Arbeitgeber erfolgen ab Januar 2010, die betreffenden heutigen Papierbescheinigungen entfallen ab Januar 2012 (nach Aufbau des „Datenpools“ bei der DRV Bund).

Dieses Verfahren des elektronischen Entgeltnachweises (ELENA) stellt einen Schritt zur Senkung der Bürokratiekosten dar. Zahlreiche Sozialleistungen bemessen sich nach dem Arbeitsentgelt des jeweiligen Leistungsbeziehers. Hierfür müssen die Arbeitgeber bisher nach Anforderung durch den Arbeitnehmer Entgeltbescheinigungen in Papierform ausstellen. Mit dem ELENA-Verfahren wird das bisher papiergebundene System der Entgeltbescheinigungen durch ein elektronisches Bescheinigungswesen mittels einer zentralen Datenbank ersetzt. Auf diese Datenbank und deren Inhalte können die Behörden, mit Zustimmung der Leistungsantragsteller, zugreifen und die jeweils benötigten Daten in ihr jeweiliges System übertragen.

Der Beschäftigte ist auf seiner Verdienstbescheinigung auf die Datenübermittlung und seinen Auskunftsanspruch gegenüber der Zentralen Speicherstelle hinzuweisen.

Die bereits im bekannten Meldeverfahren zur Sozialversicherung bisher genutzten Entgeltabrechnungsprogramme werden derzeit von den jeweiligen Softwareanbietern angepasst, sodass hier die erforderlichen Voraussetzungen geschaffen werden.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie informiert die Unternehmen über die gesetzlichen Krankenkassen und eine eigene Internetseite über das zum 01. Januar 2010 umzusetzende ELENA-Verfahren und hat auch eine Hotline geschaltet. Nähere Einzelheiten erfahren Sie im Internet unter www.das-elena-verfahren.de und über eine Telefon-Hotline: 01805/615005 (0,14

€Minute aus dem deutschen Festnetz), Montag - Donnerstag 08:00 Uhr bis 20:00 Uhr, Freitag 08:00 Uhr - 12:00 Uhr.

Nach dem ELENA-Gesetz betrifft das neue elektronische Meldeverfahren derzeit folgende Bescheinigungen:

Arbeitsbescheinigung gem. § 312 Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB)
Nebeneinkommensbescheinigung gem. § 313 Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III) - Arbeitslosengeld bei Arbeitslosigkeit (Alg)
Nebeneinkommensbescheinigung gem. § 313 Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III) - Übergangsgeld (Übg)
Auskunft über die Beschäftigung gem. § 315 Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III) - Teilarbeitslosengeld (Teil-Alg)
Auskunft über die Beschäftigung gem. § 315 Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III) - Übergangsgeld (Übg) / Arbeitslosengeld bei beruflicher Weiterbildung (Alg-W)
Auskunft über die Beschäftigung gem. § 315 Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III) - Berufsausbildungsbeihilfe (BAB) / Ausbildungsgeld (Abg)
Verdienstbescheinigung zum Antrag auf Wohngeld gem. § 23 Abs. 2 Wohngeldgesetz (WoGG)
Einkommensnachweise nach § 2 Abs. 7 Satz 4 und § 9 des Bundeselterngeld-und Elternzeitgesetzes (BEEG)

Beabsichtigt ist, dass in den nächsten Jahren weitere Bescheinigungsarten hinzukommen. Die Bundesregierung verspricht sich vom ELENA- Verfahren eine deutliche Senkung der Bürokratiekosten. Der nationale Normenkontrollrat schätzt die Einsparungen für Arbeitgeber auf jährlich rund 85 Millionen € nachdem derzeit pro Jahr durchschnittlich rund 60 Millionen Bescheinigungen durch die Arbeitgeber erstellt werden müssen.

Ein Aushang für das Schwarze Brett kann auf der Geschäftsstelle **02234-911880** abgerufen werden.



Freistellung zur Berufsschule und Anrechnung der Berufsschulzeiten auf die betriebliche Ausbildungszeit

Aus gegebenem Anlass erreichen uns immer öfter Anfragen zu der Freistellung zur Berufsschule sowie der Anrechnung der Berufsschulzeiten auf die betriebliche Ausbildungszeit. Bei der Anrechnung der Berufsschulzeiten bestehen für minderjährige und volljährige Auszubildende grundlegende Unterschiede. Wir haben die wichtigsten Grundsätze für Sie daher noch einmal zusammengefasst.

1. Freistellungspflicht des Betriebes

Der Ausbildungsbetrieb ist gemäß § 15 des Berufsbildungsgesetzes (BBiG) verpflichtet, seinen schulpflichtigen Auszubildenden zum Berufsschulunterricht anzuhalten und freizustellen, wenn sich die Zeiten der betrieblichen Ausbildung und des Berufsschulunterrichts überschneiden. Freistellen bedeutet, dass der Ausbildungsbetrieb den Auszubildenden während dieser Zeit nicht beschäftigen darf.

Die Freistellung bezieht sich auf die

- **tatsächliche Unterrichtszeit**
- **Pausenzeiten zwischen den Unterrichtsstunden**
- **notwenige Wegzeiten zwischen Betrieb und Berufsschule**

Gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 des Jugendarbeitsschutzgesetzes darf der Ausbildungsbetrieb einen Auszubildenden vor einem vor 9 Uhr beginnenden Unterricht nicht beschäftigen. Die oben genannten Grundsätze gelten sowohl für minderjährige wie auch für volljährige Auszubildende.

2. Nacharbeitungsverpflichtung

Überschneidet sich die betriebliche Ausbildungszeit und die Berufsschule, bewirkt die gesetzlich vorgeschriebene Freistellung, dass die vertragliche Ausbildungspflicht des Betriebes durch den Besuch der Berufsschule ersetzt wird. Ein Nachholen der aufgrund der Berufsschulzeit entfallenen betrieblichen Ausbildungszeit ist daher gesetzlich ausgeschlossen. **Die Freistellungszeiten dürfen nicht nachgearbeitet werden.**

3. Anrechnung der Berufsschulzeiten auf die betriebliche Ausbildungszeit

Die Berufsschulzeit gehört grundsätzlich zur Ausbildung und ist daher auf die betriebliche Ausbildungszeit anzurechnen.

a) Anrechnung bei Jugendlichen

Die Anrechnung richtet sich nach § 9 Abs. 2 des Jugendarbeitsschutzgesetzes. Sie erfolgt nur auf die gesetzliche Höchstarbeitszeit von wöchentlich 40 Stunden. Eine Ausnahme besteht jedoch dann, wenn der Tarifvertrag ausdrücklich vorsieht, dass die Berufsschulzeiten auch auf die kürzere tarifliche Ausbildungszeit anzurechnen sind.

Ú Erster Berufsschultag

Ein Berufsschultag pro Woche mit mehr als 5 Unterrichtsstunden à 45 Min. wird mit 8 Zeitstunden angerechnet. An diesem Tag darf der Jugendliche im Betrieb nicht mehr beschäftigt werden.

Ú Zweiter Berufsschultag

Ein zweiter Berufsschultag in der Woche wird mit der tatsächlichen Unterrichtszeit plus Pausen angerechnet. Sind in einer Woche zwei Berufsschultage mit jeweils mehr als 5 Unterrichtsstunden, ist der Jugendliche verpflichtet, an einem der beiden Tage wieder in den Betrieb zurückzukehren. Der Betrieb bestimmt an welchem der beiden Tage.

Ú Blockunterricht

Blockunterricht von planmäßig mindestens 25 Unterrichtsstunden à 45 Min. ist mit 40 Zeitstunden anzurechnen. In dieser Woche ist keine Beschäftigung im Betrieb mehr zulässig.

Beispiel:

Berufsschulunterricht an 2 Tagen in der Woche mit jeweils 6 Unterrichtsstunden je 45 Min. zzgl. Pausen von insgesamt 35 Minuten.

Wochenarbeitszeit:	40 Stunden
1. Berufsschultag (pauschal)	8 Stunden
<u>2. Berufsschultag (45Min. x 6 + 35 Min.)</u>	<u>5 Stunden und 5 Minuten</u>
Summe der verbleibenden Arbeitszeit	26 Std. und 55 Min.

Es verbleibt eine Arbeitszeit von 26 Stunden und 55 Minuten, in denen der Auszubildende im Betrieb ausgebildet werden kann.

b) Anrechnung bei Erwachsenen

Für volljährige Auszubildende besteht seit dem Außerkrafttreten des § 9 Abs. 4 des Jugendarbeitsschutzgesetzes im Jahr 1997 keinen gesetzlichen Anspruch auf Anrechnung von Berufs-

schulzeiten auf die Ausbildungszeiten mehr. Das Bundesarbeitsgericht hat jedoch im Jahr 2001 folgende Regelungen für eine Anrechnung festgelegt:

- soweit sich der Berufsschulunterricht (inkl. Pausen und Wegezeiten zwischen Berufsschule und Betrieb) mit der betriebsüblichen Arbeitszeit **überschneidet**, wird er auf die Ausbildungszeit **angerechnet**.
- liegt der Berufsschulunterricht (inkl. Pausen- und Wegezeiten) dagegen **außerhalb** der betriebsüblichen Arbeitszeit wird er grundsätzlich **nicht angerechnet**.

Dies kann dazu führen, dass die Ausbildungszeit insgesamt (Berufsschule + betriebliche Ausbildung) größer als die tarifliche Ausbildungszeit ist. Die gesetzliche Höchst-arbeitszeit von 48 Stunden darf aber in keinem Fall überschritten werden.

Beispiel:

Berufsschule: Montag 8-14 Uhr; Weg: Schule-Betrieb 20 Min.; betriebsübliche Arbeitszeit: Mo-Fr 9-17.30 Uhr (= 40 Stunden)

Von 9.00 Uhr bis 14.20 Uhr ist die betriebliche Ausbildungszeit mit dem Berufsschulbesuch deckungsgleich und wird daher angerechnet. Die Berufsschulzeit von 8-9 Uhr liegt außerhalb der betrieblichen Arbeitszeit und wird nicht angerechnet.

Die Ausbildungswoche ist insgesamt eine Stunde länger (nicht angerechnete Berufsschulzeit von 8-9 Uhr) als die betriebsübliche Arbeitszeit.

Ú Rückkehr in den Betrieb nach der Berufsschule

Sollte sich nach den dargelegten Regelungen ergeben, dass nach dem Berufsschulunterricht an einem Tag noch Zeit für die betriebliche Ausbildung übrig ist, ist der Auszubildende grundsätzlich verpflichtet, in den Betrieb zurückzukehren, soweit dies nicht unzumutbar ist. Unzumutbarkeit liegt vor, wenn die verbleibende betriebliche Ausbildungszeit außer Verhältnis zur aufzuwendenden Wegezeit ist oder für eine sinnvolle Ausbildung zu kurz ist. Zu beachten ist außerdem, dass auch eine Ausbildung volljähriger Auszubildender nur während der betriebsüblichen Arbeitszeiten erfolgen darf.



Kündigungsschutz in Kleinbetrieben:

Auch jahrzehntelang beschäftigte Mitarbeiter können in Kleinbetrieben grundsätzlich ohne „echten“ Kündigungsgrund gekündigt werden – lediglich Willkür (=sachfremde, außerbetriebliche Erwägungen) sind ausgeschlossen

Das Kündigungsschutzgesetz gilt nicht für Kleinbetriebe, die weniger als 10 Mitarbeiter beschäftigen (für vor 2004 im Betrieb beschäftigte Mitarbeiter liegt die Grenze bei 5 Mitarbeitern „alten Stammpersonals“). Kündigungsschutz gibt es für den Mitarbeiter erst oberhalb dieser Schwelle, d. h. erst oberhalb der Schwelle benötigt der Arbeitgeber zwingend einen „echten“ Kündigungsgrund, (betriebsbedingt oder personenbedingt/verhaltensbedingt), um eine wirksame Kündigung aussprechen zu können.

De facto besteht also in rund 80 % der Handwerksbetriebe in Deutschland aufgrund der Größenstruktur dieser Betriebe kein „echter“ Kündigungsschutz für die Mitarbeiter.

Aber auch die Kündigung in Kleinbetrieben ist kein völlig rechtsfreier Raum, sondern steht in Extremfällen unter dem Schutz von Treu und Glauben nach § 242 BGB. Danach dürfen Kündigungen selbst in Kleinbetrieben nicht willkürlich sein und auf sachfremden Motiven beruhen

(der unliebsame Mitarbeiter hat mit der „Tochter des Hauses“ unerwünscht auf der Kirmes getanzt). Solche willkürlichen Kündigungen hat das Bundesarbeitsgericht in einem Grundsatzurteil bereits im Jahre 2002, Az.: 2 AZR 333/02, verboten und dem Arbeitnehmer insoweit auch einen gewissen Kündigungsschutz in Kleinbetrieben zugesprochen. Der Vorwurf willkürlicher, sachfremder oder diskriminierender Ausübung des Kündigungsrechts im Kleinbetrieb scheidet aber immer aus, wenn ein irgendwie einleuchtender Grund für die Rechtsausübung vorliegt.

Einen solchen Fall hatte jetzt das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, Az.: § Sa 153/09, zu entscheiden. Dabei ging es um die Kündigung eines seit 40 Jahren in einer Autoreparaturwerkstatt beschäftigten Mitarbeiter, die insgesamt 3 weitere Arbeitnehmer beschäftigte. Der Arbeitgeber kündigte aus wirtschaftlichen Gründen, um eine Personalkostenreduzierung zu erreichen. Der betroffene Mitarbeiter war eine Art „Hilfsarbeiter“, der eine Lese- und Rechschreibschwäche hatte, weder mit dem PC umgehen konnte noch elektronische Messgeräte bedienen konnte und auch keinen Führerschein besaß. Alles denkbar schlechte Voraussetzungen, um in einer Autoreparaturwerkstatt qualifizierte, sprich hochtechnisierte, Arbeiten zu leisten. Diese Gründe ließ das Landesarbeitsgericht gelten und sah kein willkürliches Kündigungsverhalten des Arbeitgebers. Selbst eine extrem lange Zugehörigkeit und ein schon hohes Lebensalter sind keine Schutzargumente im Kleinbetrieb. Ansonsten würden in Kleinbetrieben besonders langjährig beschäftigte Mitarbeiter praktisch in die Unkündbarkeit hineinwachsen, was aber weder gesetzlich geregelt noch unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben gewollt ist.

Hinweis für die betriebliche Praxis:

Die Kündigungsschutzschwelle von 10 bzw. 5 Mitarbeitern ist und bleibt für die betriebliche Praxis im Normalfall das Maß der Dinge. Diese Standardgrenze wird von den Gerichten nicht wirklich aufgeweicht. Es müssen schon Extremfälle vorliegen, um auch in Kleinbetrieben für die Mitarbeiter letztlich einen Kündigungsschutz greifen zu lassen.

Ergänzender Hinweis: Angabe des „einleuchtenden“ Kündigungsgrundes im **Kündigungsschreiben nicht erforderlich**

Im Kündigungsschreiben selbst müssen für dessen Wirksamkeit nicht von vornherein diejenigen Gründe angegeben werden, mit denen die Kündigung als nicht treuwidrig und damit sozial einleuchtend begründet wird. Erst wenn der Arbeitnehmer im Prozess Tatsachen vorträgt, die auf den „ersten Blick“ eine treuwidrige, auf sachfremden Erwägungen beruhende Kündigung, möglich erscheinen lässt, muss der Arbeitgeber qualifiziert erwidern und seine Sicht der Dinge schildern.

Quelle: Dachdecker Verband Nordrhein von Nov. 2009



Urteile zum Bau- und Arbeitsrecht

Wann fehlt einer Nachtragsrechnung nach § 2 Nr. 5 VOB/B die Prüfbarkeit?

Das Problem

Eine Rechnung wird nur fällig, wenn sie schlüssig begründet wird. Aus der Rechnung müssen sich somit die Gründe ergeben, die den geltend gemachten Anspruch des Auftragnehmers rechtfertigen. Welche Voraussetzungen hierzu bei Nachträgen zu erfüllen sind, zeigt folgender

Fall:

Aufgrund unerwarteter Bodenverhältnisse wird eine komplizierte Vertragsänderung zur Erstellung der Baugrubensohle erforderlich. Der Auftragnehmer unterbreitet hierzu ein

Nachtragsangebot, in dem er lediglich die zusätzlichen Kosten für den Mehrverbrauch an Zement geltend macht. Gleichzeitig kündigt er noch zu ermittelnde weitere Kosten aus der Vertragsänderung an.

Der Auftraggeber erachtet die Rechnung als nicht prüfbar und verweigert die Zahlung. Zu Recht?

Die Entscheidung

Der BGH hat diese Frage in seinem Urteil vom 20.08.2009 - Az.: VII ZR 205/07 -**bejaht**.

Nach § 2 Nr. 5 VOB/B ist bei einer Vertragsänderung ein neuer Preis „unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren“. Kommt eine Preisvereinbarung nicht zustande, muss der Auftragnehmer in seinem Nachtrag umfassend darlegen, welche Mehr- oder Minderkosten er als Folge der Vertragsänderung hatte. **Ein Nachtrag, der lediglich erhöhte Kosten einzelner Elemente der Preisgrundlagen geltend macht und es im Übrigen bei der Ankündigung weiterer Ansprüche be-lässt, ist nicht schlüssig, damit nicht prüfbar und somit auch nicht fällig.**

Hinweise für die Praxis

Dem Auftragnehmer ist somit zu raten, bei Nachträgen aus Vertragsänderungen für die bereits geleisteten Arbeiten eine **abschließende** Mehr- und Minderkostenberechnung vorzulegen. Gemäß den Grundsätzen des § 2 Nr. 5 VOB/B sind hierbei die Preisermittlungsgrundlagen des Hauptangebots zugrunde zu legen.

Eine gesonderte Darstellung der Minderkosten wird sich natürlich dann erübrigen, wenn auf der Hand liegt, dass solche nicht eingetreten sein können.

Beispiel: Der Auftraggeber wünscht eine teurere aber gleichformatige Fliese.

- Rechtsanwalt Dr. Olaf Hofmann, Lehrbeauftragter für Baurecht, München -

Sonderzahlungen unter Freiwilligkeitsvorbehalt

1. Der Arbeitgeber kann eine jährliche Sonderzahlung unter einen Freiwilligkeitsvorbehalt stellen. Ist dieser klar formuliert, verhindert er von vornherein, dass ein Anspruch für die Zukunft entsteht. Ein Anspruch aus betrieblicher Übung scheidet dann jedenfalls aus.
2. Die Wirksamkeit eines Freiwilligkeitsvorbehaltes hängt nicht von der Höhe und dem Zweck der Leistung ab. Insbesondere kann er auch eine Sonderzahlung, die über 25 % des Gesamtgehaltes ausmacht, wirksam erfassen.

BAG, Urteil vom 18. März 2009 – 10 AZR 289/08

Sachverhalt:

Der Kläger war seit 1994 bei der Beklagten, einer Spedition, als Leiter der Befrachtungsabteilung beschäftigt. Neben seinem Grundgehalt erhielt er eine jährliche Sonderzahlung, sie betrug in den Jahren 1999 und 1995 jeweils ca. zwischen 10.000 und 35.000 €brutto. Derartige Sonderzahlungen erhielten ausgewählte, besonders leistungsstarke und für die Beklagte wichtige Mitarbeiter. Die Firma übergab jeweils ein Schreiben, in dem es hieß „Wir freuen uns, Ihnen für das Jahr ... eine Sonderzahlung in Höhe von ... zukommen zu lassen. Die Auszahlung erfolgt mit dem Gehalt für Diese Zahlung ist einmalig und schließt zukünftige Ansprüche aus. Wir danken für Ihre bisherige Tätigkeit und wünschen Ihnen auch weiterhin viel Erfolg in unserem Haus.“

Der Kläger kündigte sein Arbeitsverhältnis zum 15.10.2006. Daraufhin leistete die Beklagte ihm, anders als den weiterhin beschäftigten Mitarbeitern, im Jahre 2007 für das Jahr 2006 keine Sonderzahlung. Der Kläger machte nun gerichtlich geltend, die Sonderzahlung sei Teil seines Gehaltes. Die Beklagte habe nirgends ausgeführt, dass sie damit Betriebstreue belohnen wolle. Daher forderte er Zahlungen von über 20.000 €. Die Beklagte berief sich auf den Freiwilligkeitsvorbehalt. Bereits ausgeschiedene Mitarbeiter hätten noch nie eine solche Zahlung erhalten. Das Arbeitsgericht wies die Klage ab. Das Landesarbeitsgericht gab ihr statt und hielt den sogenannten Freiwilligkeitsvorbehalt für unwirksam.

Entscheidung:

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat das klageabweisende Urteil des Arbeitsgerichts wiederhergestellt.

Es sieht keinen Anspruch des Klägers auf die Sonderzahlung, auch keinen anteiligen. Die von der Beklagten verwendete Formulierung entsprach einem wirksamen Freiwilligkeitsvorbehalt und hält insbesondere einer AGB-Kontrolle stand.

Folgen für die Praxis

Nachdem manche im letzten Jahr bereits aufgrund einzelner Entscheidungen des BAG „Das Ende des Freiwilligkeitsvorbehaltes“ ausgerufen haben, steht nun fest:

Arbeitgeber können weiterhin jährliche Sonderzahlungen unter einen Freiwilligkeitsvorbehalt stellen. Hat das Unternehmen ihn wirksam vereinbart, steht es ihm frei, jedes Jahr neu zu entscheiden, ob es die Leistung gewährt. Dabei zeigt die Formulierung, die die Beklagte hier verwendet hat, wie ein wirksamer Freiwilligkeitsvorbehalt aussehen kann.

Der vorliegende Fall macht deutlich, dass der Arbeitgeber auf der sicheren Seite ist, wenn er zu den Voraussetzungen der Sonderzahlung im Arbeitsvertrag selbst gar nichts sagt, sondern einfach die Auszahlung jeweils mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt verbindet.

So behält er sowohl bezüglich des „ob“ als auch des „wie“ der Zahlung die größtmöglichen Freiheiten. Er kann sich – in den Grenzen des Gleichbehandlungsgrundsatzes – jedes Jahr neu entscheiden.

Im vorliegenden Fall beschloss die Beklagte die Ausschüttung erst, nachdem der Kläger das Unternehmen verlassen hatte. Daher konnte sie festlegen, dass nur solche Arbeitnehmer eine Sonderzahlung erhalten, die zu diesem Zeitpunkt noch in einem Arbeitsverhältnis stehen.

Da sie dies auch in anderen Fällen so gehandhabt hatte, schied ein Anspruch nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz aus.

Praxistipps für die Arbeitgeber:

Will der Arbeitgeber zusätzlich zum Grundgehalt Leistungen erbringen, sich aber gleichzeitig nicht dauerhaft binden, bietet eine jährliche Auszahlung unter Freiwilligkeitsvorbehalt hier die beste Möglichkeit. Hierbei sind folgende Punkte unbedingt zu beachten:

- Am sichersten ist es, wenn der Arbeitsvertrag zu Sonderzahlungen keine Regelung enthält, und das Unternehmen bei der Auszahlung ein entsprechendes Schreiben mit dem wirksamen Freiwilligkeitsvorbehalt übergibt.
- Will der Arbeitgeber dennoch einen Anreiz auf die Leistung im Arbeitsvertrag geben, muss er besonders vorsichtig sein, damit der Freiwilligkeitsvorbehalt wirksam ist. Insbesondere ist zu vermeiden, einerseits einen Anspruch zuzusagen („Sie bekommen eine jährlichen Bonus von...“) und diesen gleichzeitig unter Freiwilligkeitsvorbehalt zu stellen („Dies ist eine freiwillige Leistung, auf die kein Anspruch für die Zukunft besteht“).

Aufgrund des Widerspruchs zwischen den beiden Regelungen wäre der Vorbehalt der Freiwilligkeit hier komplett wirkungslos.

- Die Auszahlung darf nicht monatlich erfolgen. Ansonsten handelt es sich um ein laufendes Entgelt, das nicht unter einen Freiwilligkeitsvorbehalt gestellt werden kann.
- Die Höhe der Sonderzahlung im Verhältnis zur Gesamtvergütung ist dabei unbeachtlich, zumindest solange die Grundvergütung nicht unangemessen niedrig ist.
- Bei der Entscheidung über die Ausschüttung der Sonderzahlung ist der Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten (alle Mitarbeiter dasselbe). Selbst bei einem wirksamen Freiwilligkeitsvorbehalt ist der Arbeitgeber verpflichtet, vergleichbaren Arbeitnehmern/Arbeitnehmergruppen den gleichen Bonus/Sonderzahlung zu zahlen.

Gilt die kurze Rügepflicht des Handelskaufs auch bei Lieferung eigens hergestellter Bauteile?

Das Problem

Im Gegensatz zum Werkvertragsrecht muss bei einem so genannten Handelskauf (Kaufvertrag unter Kaufleuten; § 377 HGB) der Käufer die Ware unverzüglich nach deren Anlieferung auf offenkundige Mängel untersuchen und – wenn ein Mangel erkennbar ist – gegenüber dem Verkäufer eine Mangelanzeige erstatten. Unterlässt er dies, ist er mit Gewährleistungsansprüchen wegen dieses Mangels ausgeschlossen.

Es fragt sich daher, ob Werkvertragsrecht oder Kaufrecht zur Anwendung kommt, wenn eine bauausführende Firma **ein speziell zum Einbau in ein Bauwerk bestimmtes Bauteil** von einem Hersteller anfertigen lässt.

Fall:

Für die Errichtung einer technischen Anlage beauftragt der Auftraggeber eine Firma mit der **Herstellung und Lieferung** der benötigten Bauteile einschließlich einer prüffähigen Statik.

Nach dem Einbau durch den Auftraggeber stellt sich heraus, dass einige Bauteile eine zu geringe Dimensionierung aufweisen.

Die Mängelrüge des Auftraggebers weist der Lieferant mit dem Hinweis zurück, dass hier **Kaufrecht** gelte, die Mängel bei der Anlieferung erkennbar waren und der Auftraggeber mangels unverzüglicher Rüge mit Mängelansprüchen ausgeschlossen sei.

Der Auftraggeber ist der Auffassung, dass er nicht unverzüglich zu rügen brauchte, weil hier nicht Kaufrecht, sondern Werkvertragsrecht anzuwenden sei.

Die Entscheidung

Der BGH – Az.: VII ZR 151/08 – gibt dem Lieferanten mit Urteil vom 23.07.2009 Recht. Auf das geschilderte Vertragsverhältnis ist Kaufrecht anzuwenden.

Dies gilt nach § 651 BGB **für alle Verträge, die allein die Lieferung von herzustellenden Bau- oder Anlageteilen zum Gegenstand haben.**

Insoweit hat sich die **Rechtslage** durch den neu gefassten § 651 BGB (Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts) **geändert**, der für alle ab dem 01.01.2002 geschlossenen Verträge zur Anwendung kommt.

Nur derjenige, der die **Errichtung eines Bauwerks** schuldet und dazu die **Teile herstellt und anliefert**, ist nach der geänderten Rechtslage nach **Werkvertragsrecht** zu beurteilen.

Derjenige, der die **Bauteile lediglich herstellt und anliefert**, unterliegt dagegen grds. dem **Kaufrecht**.

Hinweise für die Praxis

Zwar unterliegen **Planungsleistungen** für ein Bauwerk nach wie vor dem Werkvertragrecht. Das führt nach Meinung des BGH vorliegend jedoch nicht zu einer anderen Beurteilung, da die vom Lieferanten geleisteten Planungsleistungen nicht von entscheidendem Gewicht sind.

} Die Frage, ob der Auftraggeber vorliegend seine Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 HGB tatsächlich verletzt hat konnte der BGH nicht entscheiden. Er hat das Verfahren deshalb an die Vorinstanz zurückverwiesen.

- Rechtsanwalt Eckhard Frikell, Lehrbeauftragter für Baurecht, München –

Quelle: Baurechts-Report 9/2009

Buchtipps

Schadenfrei Bauen

Erkennen und Vermeiden von Planungs- und Ausführungsfehlern durch Qualitätssicherung

Hrsg.: Institut für Bauforschung e.V. (IFB).

Planungs- und baubegleitende Qualitätsprüfungen sind ein wirksames und im Verhältnis kostengünstiges Instrument, um ein qualitativvolles Bauergebnis zu erhalten. Kern der baubegleitenden Qualitätsprüfung ist die Überwachung der Arbeitszwischenstände während der laufenden Bauausführung, um Planungs- und Ausführungsmängel zu vermeiden - im Gegensatz zur Abnahme von Bauleistungen, bei der die abgeschlossene Leistung kontrolliert wird, um Mängel festzustellen und zu beheben.

Die Neuerscheinung „Schadenfrei Bauen“ unterstützt alle am Bau Beteiligten bei der Eigen- und Fremdüberwachung von Bauleistungen. Das Buch erklärt kurz den Ablauf planungs- und baubegleitender Qualitätsprüfungen und zeigt neben den technischen und normativen Anforderungen typische, während der Ausführungsplanung und Bauausführung auftretende Schwachstellen und Fehler im Bereich der Bau- und Anlagentechnik. Zahlreiche Abbildungen erleichtern das Erkennen und Vermeiden von Planungs- und Ausführungsfehlern. Umfangreiche, von Baupraktikern entwickelte und nach Bauteilen sowie Bauelementen gegliederte Arbeitshilfen ermöglichen die konsequente Qualitätsprüfung und zeigen, auf welche Details bei Baubegehungen während der Bauphase besonders zu achten ist, um Fehler aufzuspüren und Mängel bzw. Schäden zu vermeiden.

Käufer dieses Buches können die Checklisten für die baubegleitende Qualitätsprüfung als PDF-Dokumente unter www.hochbau-praxis.de kostenlos herunterladen.

2009. 17 x 24 cm. Gebunden. 333 Seiten mit 121 Abbildungen und 45 Tabellen.

VERLAGSGESELLSCHAFT RUDOLF MÜLLER GmbH & Co. KG

Stolberger Str. 84

50933 Köln

Telefon: 0221 5497-120

Telefax: 0221 5497-130

service@rudolf-mueller.de

www.baufachmedien.de

Betriebsjubiläum

Allen unseren Mitgliedsfirmen, die im November und Dezember ein rundes Jubiläum feiern, gratulieren wir recht herzlich – auch nachträglich - und wünschen das Beste für die Zukunft!

01.11.	50 Jahre	Architekten Lennartz & Lennartz
03.12.	30 Jahre	Tiefbauunternehmung Zöllner GmbH
04.12.	75 Jahre	Bauunternehmung Oberhoff KG
20.12.	75 Jahre	Firma EM-Martinez

Geburtstagskinder

Allen "runden" Geburtstagskindern unter den Firmeninhabern und Geschäftsführern gratulieren wir – auch nachträglich - recht herzlich zu Ihrem Ehrentag!

85 Jahre

05.12.	Herr Matthias Erbertz	Fa. Erbertz Fußboden GmbH
20.12.	Herr Enea Martinez	Fa. EM – Martinez

70 Jahre

04.11.	Herr Jürgen Monnerjahn	Bauunternehmung Schorn GmbH & Co. KG
09.11.	Herr Jürgen Schäfer	Fa. Jürgen Schäfer
20.11.	Herr Hans Stüßer	Fliesenfachgeschäft Stüßer

65 Jahre

03.11.	Herr Hans-Dieter Zander	Bauunternehmung H. D. Zander GmbH
10.11.	Herr Christoph Neumeier	Fliesenfachgeschäft Chr. Neumeier

60 Jahre

29.12.	Herr Wolfgang Katzenburg	Fa. Katzenburg Isolierungs-GmbH
--------	--------------------------	---------------------------------

55 Jahre

09.11.	Herr Wilfried Zirwes	Fliesenfachgeschäft Schmitz GmbH, Inh. B. Zirwes
--------	----------------------	---



Weihnachten

Auch wenn es jedes Jahr dasselbe
Freut man auf Weihnachten sich sehr
Sei es am Rhein oder der Elbe
Im flachen Land oder am Meer.

Denkt an die Kindheit gern zurück
Man glaubte an den Weihnachtsmann
Der Tannenbaum Paradestück
Vor Spannung hielt die Luft man an.

So kommt auch dieses Jahr das Fest
Lässt Kinderaugen leuchten
Sind ein paar Tage nicht gestresst
Ob wir es öfter bräuchten?

(Heinz Bornemann)

Der Vorstand und die Geschäftsstelle der Baugewerks-Innung Köln &
Rhein-Erft wünschen

Frohe Weihnachten
sowie
Gesundheit, Glück und Erfolg für das Jahr 2010

**Unsere Geschäftsstelle ist vom 24. Dezember 2009
bis zum 03. Januar 2010 einschließlich geschlossen!**