

GTGA · Hinter Hoben 149 · 53129 Bonn

**Verteiler:**

Vorstand, Fachprüfer,  
Geschäftsführer und betrieblich Verantwortliche  
der Mitgliedsunternehmen der GTGA e.V.

Bonn, den 7. September 2021

**Rechtliche Entwicklungen August 2021**

Sehr geehrte Damen und Herren,

wie gewohnt, möchten wir Ihnen mit diesem Rundschreiben in knapper Form einen Überblick über ausgesuchte, aus unserer Sicht relevante Corona-Informationen und rechtliche Entwicklungen aus den Bereichen Arbeits- Sozialversicherungs- und Tarifrecht, Bauvertragsrecht, Vergaberecht, Zivilrecht und Steuerrecht zur Verfügung stellen:

**GTGA**  
Güte- und Überwachungs-  
gemeinschaft Technische  
Gebäudeausrüstung e.V.

Hinter Hoben 149  
D-53129 Bonn

Tel.: +49(0)2 28 21 46 26  
Fax: +49(0)2 28 26 50 82

www.gtga.de  
e-mail: info@gtga.de

**I. Corona Informationen**

**Bund-Länder-Beschlüsse vom 10.08.2021 (Auszüge)**

Spätestens ab dem 23. August gilt die 3G-Regel, d.h. Zutritt nur für geimpfte, genesene oder getestete Personen mit einem Antigenschnelltest (max. 24 Stunden alt) oder PCR-Test (max. 48 Stunden alt) als Besucher in Krankenhäusern, Alten- und Pflegeheimen sowie Einrichtungen der Behindertenhilfe, in der Innengastronomie, bei Veranstaltungen und Festen in Innenräumen, bei Inanspruchnahme körpernaher Dienstleistungen, bei Sport im Innenbereich, bei Beherbergung. Dies gilt für alle ab sechs Jahre.

Länder können vorsehen, dass die 3G-Regel ganz oder teilweise ausgesetzt wird, solange die 7-Tage-Inzidenz in einem Landkreis stabil unter 35 Neuinfektionen pro 100.000 Einwohnern liegt.

Der Bund wird das Angebot kostenloser Bürgertests mit Wirkung vom 11. Oktober 2021 beenden. Für Personen, die nicht geimpft werden können und für die keine allgemeine Impfempfehlung vorliegt (insbesondere Schwangere, Kinder und Jugendliche unter 18 Jahren), wird es weiterhin die Möglichkeit zum kostenlosen Antigen-Schnelltest geben.

Zu den Hilfen für die Katastrophengebiete wurde u.a. Folgendes vereinbart:

Der Bund beteiligt sich an den bewilligten Soforthilfen der Länder zunächst in Höhe von 400 Millionen Euro. Eine Deckelung der Gesamtsumme ist nicht vorgesehen.

Für den Wiederaufbau soll ein nationaler Fonds „Aufbauhilfe 2021“ als Sondervermögen des Bundes mit 30 Milliarden Euro eingerichtet werden. Die Wiederaufbaumaßnahmen der

Länder werden je zur Hälfte von Bund und Ländern finanziert. Der Bund wird die bundeseigene Infrastruktur zügig wiederherstellen.

Die dezentrale Warnung der Bevölkerung im Katastrophenfall soll verbessert werden. Mit dem Sirenenförderprogramm des Bundes werden den Ländern bis 2023 insgesamt bis zu 88 Millionen Euro für die Ertüchtigung und Errichtung von Sirenen zur Verfügung gestellt. Mit dem Cell-Broadcasting-System soll künftig auch die Warnung der Bevölkerung mit Textnachrichten auf Mobiltelefonen ermöglicht werden.

[Pressemitteilung der BReg v. 10.08.2021.](#)

[Die geltenden Regelungen und Einschränkungen, Stand 23.08.2021](#)

## **II. Arbeits- Sozialversicherungs- und Tarifrecht**

### **Rückzahlungsklausel einer Corona-Sonderzahlung unwirksam**

Eine Regelung in AGB, die eine Rückforderung von freiwilligen Zuwendungen (von über 100,- €) für den Fall ermöglicht, dass der Arbeitnehmer den Betrieb innerhalb von 12 Monaten nach Gewährung der freiwilligen Zuwendung freiwillig verlässt, benachteiligt den Vertragspartner unangemessen und ist nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam. Wird mit einer Sonderzahlung zumindest auch erbrachte Arbeitsleistung honoriert, kann sie nicht vom ungekündigten Bestand des Arbeitsverhältnisses zu einem Zeitpunkt außerhalb des Bezugszeitraums abhängig gemacht werden, sodass eine Rückforderung schon aus dem Grund ausgeschlossen wäre.

[ArbG Oldenburg v. 25.5.2021 - 6 Ca 141/21](#)

### **Home-Office für Auszubildende?**

Gem. § 2 BBiG sind Lernorte der Berufsbildung nur die Betriebe, die berufsbildenden Schulen und die sonstigen Berufsausbildungseinrichtungen. Gem. § 14 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m § 28 Abs. 2 BBiG muss der Ausbildende den Auszubildenden selbst ausbilden oder einen Ausbilder ausdrücklich damit beauftragen, die Ausbildungsinhalte in der Ausbildungsstätte unmittelbar, verantwortlich und in wesentlichem Umfang zu vermitteln. Ausnahmen sind aber denkbar, wenn die Ausbildungsinhalte digital mittelbar sind, sofern ein entsprechendes Konzept vorliegt, um durch eine direkte virtuelle Begleitung des Auszubildenden die unmittelbare Ausbildung weiter zu gewährleisten.

Wird der Berufsschulunterricht digital durchgeführt ist der Ausbildende nicht verpflichtet, dem Auszubildenden die technischen Mittel zur Teilnahme am Home-Schooling zur Verfügung zu stellen., § 14 Abs. 1 Nr. 3 BBiG sieht eine Verpflichtung, kostenlos Ausbildungsmittel zur Verfügung zu stellen, nur für die betriebliche Ausbildung vor.

Weitere Informationen finden Sie [hier](#).

### **Unwirksamkeit einer umfassenden Verfallklausel (Neues vom BAG)**

2013 hatte das BAG entschieden, dass Ausschlussklauseln trotz der gesetzlichen Regelung der §§ 202 Abs. 1, 276 Abs. 3 BGB auch dann wirksam sind, wenn sie Ansprüche aus Haf-

tung wegen Vorsatzes nicht ausnehmen. Der BGH sieht dies außerhalb des Arbeitsrechts grundsätzlich anders. Nunmehr hat auch das BAG seine Rechtsprechung geändert. § 202 Abs. 1 BGB, wonach die Verjährung bei Haftung wegen Vorsatzes nicht im Voraus durch Rechtsgeschäfte leichter beendet werden kann, verbietet nach der neuen Rechtsprechung des BAG nicht nur Vereinbarungen über die Verjährung, sondern auch über Ausschlussfristen insgesamt, die sich auf eine Vorsatzhaftung des Schädigers beziehen.

Folgende Klausel lag der Entscheidung zugrunde: „Alle Ansprüche, die sich aus dem Arbeitsverhältnis ergeben, sind binnen einer Ausschlussfrist von zwei Monaten nach Fälligkeit schriftlich geltend zu machen und im Falle der Ablehnung durch die Gegenpartei binnen einer Ausschlussfrist von einem Monat einzuklagen.“ Diese Klausel erfasst Schadensersatzansprüche wegen vorsätzlicher Vertragsverletzung und vorsätzlicher unerlaubter Handlung. Angesichts der eindeutigen gesetzlichen Regelung ist die Ausschlussklausel wegen Verstoßes gegen § 202 Abs. 1 BGB nach § 134 BGB nichtig, womit das BAG von seiner Rechtsprechung aus dem Jahr 2013 abweicht.

Neu ist, dass sich hierauf auch der Arbeitgeber berufen kann. Hat der Arbeitgeber eine Ausschluss- bzw. Verfallklausel verwandt, wonach alle Ansprüche nach drei Monaten verfallen, kann er sich nun darauf berufen, diese Klausel sei unwirksam und die Ansprüche weiter geltend machen (womit das BAG von bisher als gefestigt geltenden Rechtsgrundsätzen des AGB-Rechts abweicht).

Formulierungsvorschlag für die Praxis:

§ XY Ausschlussfrist

Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und mit diesem im Zusammenhang stehende Ansprüche verfallen, wenn sie nicht binnen drei Monaten nach Fälligkeit bei einem Vertragspartner in Textform (§ 126b BGB) geltend gemacht werden.

Die Ausschlussfrist gilt nicht:

- für die Haftung aufgrund Vorsatzes,
- für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit oder
- für Ansprüche des Arbeitnehmers, die kraft Gesetzes dieser Ausschlussfrist entzogen sind (z.B. AEntG, MiLoG, BetrVG, TVG).“

(Formulierungsvorschlag des Richters am BAG Dr. *Roloff* in der Festschrift für Willemsen, 2018, Seite 416)

BAG, [Urteil vom 26.11.2020 \(8 AZR 58/20\)](#)

### **Urlaub kann auch bei angeordneter Quarantäne gewährt werden**

Bei einer angeordneten Quarantäne werden die Quarantänetage auf den Urlaub angerechnet und somit nicht wie Krankheitstage behandelt.

Wer im Erholungsurlaub arbeitsunfähig erkrankt, dem werden die Krankheitstage nicht auf den Urlaub angerechnet (§ 9 BUrlG). Der Arbeitgeber zahlt dann Entgeltfortzahlung und

nicht Urlaubsentgelt. Wenn sich ein Arbeitnehmer im Urlaub - ohne selbst infiziert zu sein - nur aufgrund eines Kontaktes mit einer an Covid-19 erkrankten Person in Quarantäne begeben muss, gewährt der Arbeitgeber dennoch den – beantragten und genehmigten – Urlaub des Arbeitnehmers, mit der Folge, dass die Quarantänetage auf den Urlaub angerechnet werden.

§ 9 BUrlG ist nicht auf den Fall der Anordnung einer Quarantäne analog anzuwenden. Bei der Schaffung der Vorschrift war die Unterscheidung zwischen Krankheit und bloßem zu einer Quarantäneanordnung führenden seuchenbezogenen Risiko bereits bekannt. Seinerzeit galt das Bundesseuchengesetz. Der Gesetzgeber hat mit § 9 BUrlG eine besondere Situation der Urlaubsstörung herausgegriffen und die anderen Fälle nicht entsprechend geregelt. Es handelt sich um eine nicht verallgemeinerungsfähige Ausnahmegesetzvorschrift.

[Pressemitteilung des LArbG Kiel Nr. 2/2021 v. 25.08.2021](#)

### **III. Bauvertragsrecht**

#### **Unterzeichnung von Anlagen führt nicht zu Vertragsschluss**

Unterbreitet der Auftraggeber mit seiner Unterschrift auf einem "Hausvertrag"-Formular ein Angebot auf Abschluss des "Hausvertrags", dass der Auftragnehmer *"innerhalb eines Monats nach Unterzeichnung"* durch den Auftraggeber annehmen kann, kommt kein Vertrag zu Stande, wenn eine solche Annahme nicht innerhalb der Monatsfrist stattfindet. Durch die Unterzeichnung von Anlagen zu einem "Hausvertrag" kommt es nicht zum Abschluss eines (Bau-)Vertrags, wenn die Parteien davon ausgehen, dass vor einem bindenden Vertragsschluss noch (technische) Prüfungen erfolgen müssen.

[OLG München, Urteil vom 14.07.2021 - 20 U 7008/20 Bau](#)

#### **Einrede der Verjährung auch wenn eigene Pflichten nicht erfüllt wurden**

Vereinbaren die Parteien eines Bauvertrags, dass der Auftragnehmer die Mängelbeseitigung bis zu einem gewissen Zeitpunkt durchführt und die Mängelansprüche des Auftraggebers an einem bestimmten Termin verjähren, kann der Auftragnehmer nach diesem Termin auch dann die Einrede der Verjährung erheben, wenn er die von ihm übernommenen Mängelbeseitigungspflichten nicht vollständig erfüllt hat.

OLG Frankfurt, Urteil vom 09.10.2020 - 29 U 169/19, IBRRS 2021, 2106

BGH, Beschl. v. 10.03.2021 - VII ZR 241/20 (Nichtzulassungsbeschw. zurückgenommen)

#### **Architekt schuldet dauerhaft genehmigungsfähige Planung**

Ein Architekt, der sich zur Erstellung einer Genehmigungsplanung verpflichtet, schuldet als Werkerfolg eine dauerhaft genehmigungsfähige Planung. Die Parteien eines Architektenvertrags können zwar vereinbaren, dass und in welchen Punkten der Auftraggeber das Risiko übernimmt, dass die vom Architekten zu erstellende Planung nicht genehmigungsfähig ist. Von einer solchen Vereinbarung kann aber nur in Ausnahmefällen ausgegangen werden,

etwa wenn sich der Bauherr bewusst über die Vorschriften des öffentlichen Baurechts hinwegsetzen oder diese an die Grenze des Möglichen "ausreizen" will.

[OLG Nürnberg, Urteil vom 16.06.2021 - 2 U 2751/19](#)

### **Verbrauchervertrag schon bei Beauftragung eines einzelnen Gewerks möglich**

Die Vorschriften zum Verbraucherbauvertrag nach den §§ 650i ff. BGB können schon dann Anwendung finden, wenn ein Unternehmer von einem Verbraucher im Zuge eines Neubaus oder erheblicher Umbauarbeiten lediglich mit der Ausführung eines untergeordneten Gewerks (etwa Maler- und Verputzerarbeiten) beauftragt wird.

[OLG Hamm \(Urt. v. 24.04.2021 – 24 U 198/20\)](#)

Der Fall: Der Inhaber eines Handwerksbetriebes für Stahl- und Hallenbau (AN) wird von der Eigentümerin eines Grundstücks (AG) mit der Errichtung einer Mehrzweck-Industriehalle auf dem Grundstück der AG beauftragt. Das Fundament der Industriehalle wird durch einen Drittunternehmer errichtet. Die Halle wird nach Fertigstellung der Bauarbeiten durch ein metallverarbeitendes Unternehmen genutzt. Die AG will das Grundstück nebst Halle an das Unternehmen vermieten.

Nach Fertigstellung seiner Leistungen stellt der AN die Schlussrechnung. Die AG weigert sich unter Berufung auf angebliche Mängel, weitere Zahlungen zu leisten. Der AN verlangt daraufhin die Stellung einer Bauhandwerkersicherung nach § 650f BGB. Dies lehnt der AG ab, da es sich nach seiner Ansicht bei dem mit dem AN geschlossenen Bauvertrag um einen Verbraucherbauvertrag im Sinne von § 650i BGB handelt und der AN nach § 650f Abs. 6 Nr. 2 BGB daher keine Bauhandwerkersicherung verlangen kann.

Das Urteil: Nach OLG Hamm liegt ein Verbraucherbauvertrag vor, sodass kein Anspruch auf Stellung einer Bauhandwerkersicherung besteht.

Gemäß § 650f Abs. 6 Nr. 2 BGB findet § 650f Abs. 1 bis 5 BGB keine Anwendung, wenn der Besteller Verbraucher ist und es sich um einen Verbraucherbauvertrag nach § 650i BGB oder einen Bauträgervertrag nach § 650u BGB handelt. Verbraucherbauverträge sind gemäß § 650i Abs. 1 BGB Verträge, durch die der Unternehmer von einem Verbraucher zum Bau eines neuen Gebäudes oder zu erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude verpflichtet wird.

Verbraucher ist nach § 13 BGB jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Gegenstand des Bauvertrages ist die Errichtung einer Halle zur Erzielung von Mieteinnahmen. Die Verbrauchereigenschaft des AG ist gegeben.

(Die Verwaltung eigenen Vermögens stellt grundsätzlich keine gewerbliche Tätigkeit dar (BGH in ständiger Rechtsprechung, vgl. etwa Urt. v. 03.03.2020 – XI ZR 461/18). Erst dann, wenn der Umfang der hiermit verbundenen Geschäfte einen planmäßigen Geschäftsbetrieb erfordert, wird die Vermögensverwaltung zu einer Berufs- oder gewerbsmäßigen Tätigkeit, wofür im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte vorliegen müssen).

Bei der Errichtung der Halle handelt es sich um den Bau eines neuen Gebäudes im Sinne von § 650i Abs. 1 BGB. Der Gebäudebegriff ist entgegen einer teilweise vertretenen Ansicht (vgl. Merkle, in: beck-online.GK, Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Stand: 01.04.2021, § 650i BGB Rn. 34) nicht auf den Bau von Wohngebäuden beschränkt.

Problem: Muss der Unternehmer sich mit dem Vertrag zum Bau des gesamten Gebäudes „aus einer Hand“ verpflichtet haben, damit ein Verbraucherbauvertrag im Sinne von § 650i Abs. 1 BGB vorliegt? Im konkreten Fall war der AN nicht mit sämtlichen Bauleistungen beauftragt, da der AG die Herstellung des Fundaments an ein Drittunternehmen beauftragt hatte.

Nach einer Ansicht ist dies notwendige Voraussetzung (so etwa Jurgeleit, in: Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage 2020, Teil 2, Rn. 49; BeckOK BauVertrR/Langjahr, 8. Ed. 31.1.2020, BGB § 650i Rn. 14; Retzlaff, in: Palandt, BGB, 80. Auflage 2021, § 650i BGB Rn. 3; Kniffka/Retzlaff, Ibr-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand: 04.05.2020, § 650i BGB Rn. 8). In diesem Fall wäre ein Verbraucherbauvertrag grundsätzlich nur gegeben, wenn der Unternehmer mit sämtlichen Neubauleistungen beauftragt ist. Nur Gewerke, die eine lediglich untergeordnete Bedeutung haben (wie z. B. Maler- oder Bodenbelagsarbeiten), sollen im Leistungsumfang des Unternehmers fehlen dürfen, ohne dass die Herstellungsverpflichtung „aus einer Hand“ entfällt (vgl. Jurgeleit, in: Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage 2020, Teil 2, Rn. 49). Diese Ansicht stützt sich in erster Linie auf den Wortlaut der Regelung und den Regelungszweck.

Nach anderer Ansicht ist im Interesse des Verbraucherschutzes eine weite Auslegung geboten. Daher soll auch bei einer Aufteilung des Neubaus in Einzelgewerke, die für den jeweiligen Unternehmer erkennbar in einem engen Zusammenhang mit der Gesamtbaumaßnahme stehen, ein Verbraucherbauvertrag vorliegen (so etwa Lenkeit, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3. Auflage 2018, § 650i BGB, Rn. 24; Merkle, in: beck-online.GK, Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Stand: 01.04.2021, § 650i BGB, Rn. 48).

Das OLG Hamm schließt sich der letztgenannten Auffassung an und kommt zu dem Ergebnis, dass schon bei der Beauftragung eines einzelnen Gewerks ein Verbraucherbauvertrag vorliegen kann, sofern das Gewerk zum Bau des neuen Gebäudes beiträgt, die Beauftragung zeitgleich oder jedenfalls in einem engen zeitlichen Zusammenhang erfolgt und die Erstellung eines neuen Gebäudes für den Unternehmer ersichtlich ist.

Dies führt für den Unternehmer zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit. So bedarf z.B. der Verbraucherbauvertrag gem. § 650i Abs. 2 BGB der Textform, sodass ein Verstoß dazu führt, dass der Vertrag gemäß § 125 Abs. 1 BGB von Anfang an nichtig ist. Zudem ist der Verbraucher nach § 650i BGB berechtigt, den Verbraucherbauvertrag zu widerrufen. Die 14-tägige Widerrufsfrist beginnt frühestens, wenn der Unternehmer den Verbraucher über sein Widerrufsrecht ordnungsgemäß belehrt hat. Die Ausübung des Widerrufsrechts nach Ausführungsbeginn kann für den Unternehmer empfindliche Folgen haben. Insbesondere kann der Unternehmer Wertersatz gemäß § 357d BGB nur für bis zum Widerruf erbrachte Leistungen verlangen, deren Rückgewähr ihrer Natur nach ausgeschlossen ist. (Wurden z.

B. für das Bauvorhaben speziell angefertigte Fenster produziert, aber noch nicht eingebaut, kann hierfür keine Vergütung verlangt werden, da nicht eingebaute Bauteile und -stoffe noch keine erbrachte Leistung darstellen.) Schließlich kann von den Vorschriften des Verbraucherbauvertrages mit wenigen Ausnahmen nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden, § 650o S. 1 BGB und die Vorschriften zum Verbrauchervertrag finden gemäß § 650o S. 2 BGB auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.

(Die Revision gegen das Urteil wurde nicht zugelassen, da das OLG lediglich über ein Teilurteil des LG Münster zu entscheiden hatte, welches schon aus formalen Gründen unzulässig war. Die rechtlichen Ausführungen des OLG zu der Frage, ob ein Verbraucherbauvertrag auch bei gewerkeweiser Vergabe vorliegt, sind daher lediglich als Hinweise zu seiner derzeitigen rechtlichen Bewertung zu verstehen. Es bleibt abzuwarten, welche Ansichten andere Gerichte insbesondere der BGH zu dieser Frage vertreten werden.)

### **Keine Nutzungsausfallentschädigung für Kellerräume**

Ein Anspruch auf Nutzungsausfallentschädigung besteht nur für solche Lebensgüter, deren ständige Verfügbarkeit von zentraler Bedeutung sind. Hierzu zählen grundsätzlich nicht Kellerräume, die für Abstellzwecke vorgesehen sind, weil der betroffene Auftraggeber typischerweise auf ihre ständige Verfügbarkeit für seine eigenwirtschaftliche Lebenshaltung nicht nachhaltig angewiesen ist. Auch für einen Raum im Keller, der als Büroraum eingerichtet ist bzw. werden soll, kann der Auftraggeber keine Nutzungsausfallentschädigung beanspruchen, wenn es an einer fühlbaren Nutzungsbeeinträchtigung fehlt.

OLG München, Beschluss vom 19.06.2020 - 20 U 6219/19 Bau, IBRRS 2021, 2240

BGH, Beschl. v. 27.01.2021 - VII ZR 116/20 (Nichtzulassungsbeschw. zurückgewiesen)

### **Folgen im Abnahmeprotokoll vorbehaltener Mängel**

Im Abnahmeprotokoll vorbehaltene Mängel verhindern den Eintritt der Fälligkeit der Forderung nicht. Allerdings begründen diese ein Zurückbehaltungsrecht. Der Vorbehalt führt lediglich dazu, dass auch nach der Abnahme die Beweislast für die Mängelfreiheit vom Auftragnehmer getragen wird.

[OLG Köln, Urteil vom 06.08.2020 – 24 U 29/16](#)

### **Keine Mängelrüge und Prüffrist abgelaufen, Leistung gilt als abgenommen**

Sofern der Auftragnehmer ein anderes als das vertraglich vorgesehene Bauprodukt verwendet, ist seine Leistung dann nicht mangelhaft, sofern sich der Auftraggeber zuvor mit dem Wechsel des Herstellers einverstanden erklärt hat. Ist die Leistung vollständig erbracht, gilt die Leistung des Auftragnehmers als abgenommen, sofern eine gewisse Prüffrist verstrichen ist und der Auftraggeber keine Mängelrügen erhoben hat. Im Falle des Einbaus einer Heizungsanlage mit Warmwasser-Solarthermie gilt eine zweimonatige Prüffrist als angemessen

OLG Oldenburg, Urteil vom 29.09.2020 – 13 U 89/18, IBRRS 2021, 1461

### **Ohne Frist zur Mängelbeseitigung kein Ersatz der Selbstvornahmekosten**

Im Falle der Kündigung des Werkvertrags hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber grundsätzlich die Möglichkeit zu geben, sogar schwerwiegende, bzw. zur Unbrauchbarkeit der Leistung führende Mängel nachzubessern. Etwas anderes kann sich nur dann ergeben, soweit die Mängel der Leistung der Kündigungsgrund waren. Die Aufforderung zur Mängelbeseitigung ist nur entbehrlich, wenn der Auftragnehmer vor Durchführung der Ersatzvornahme die Mängelbeseitigung ernsthaft und endgültig bestreitet. Der fruchtlose Ablauf einer zur Aufnahme der Mängelbeseitigungsarbeiten gesetzten Frist, rechtfertigt nicht den Rückschluss, der Auftragnehmer werde sich seiner Pflicht zur Mängelbeseitigung entziehen, sofern diese keine ausreichende Nacherfüllungsfrist darstellt.

OLG Oldenburg, Urteil vom 13.10.2020 – 2 U 87/20; IBRRS 2021, 1854

### **Auch ohne schriftliche Beauftragung Anspruch auf Nachtragsvergütung**

Eine Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers, wonach dem Auftragnehmer für die Ausführung einer Änderungs- oder Zusatzleistung nur dann ein Anspruch auf Mehrvergütung zusteht, wenn sie auf einem schriftlichem Nachtragsauftrag beruht, benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen und ist unwirksam.

[OLG München, Urteil vom 21.07.2021 - 20 U 5268/20 Bau](#)

### **Beantragung von Fördermitteln – Verantwortlichkeit für Korrektheit der Angaben**

Das korrekte Ausfüllen der Antragsformulare zur Erlangung von Fördermitteln ist in Ermangelung einer abweichenden Vereinbarung die Aufgabe des Auftraggebers. Ein Energieberater ist deshalb nicht dazu verpflichtet, die ihm von seinem Auftraggeber bzw. dessen Architekten übermittelten Angaben zur Beschäftigtenzahl des Unternehmens des Auftraggebers zu hinterfragen, wenn er davon ausgehen darf, dass die genannte Mitarbeiterzahl korrekt ermittelt wurde.

OLG Celle, Urteil vom 30.06.2021 - 14 U 188/19, IBRRS 2021, 2443

### **Notwendige Leistungen sind auch ohne wirksamen Auftrag zu bezahlen**

Die Regelung des § 2 Abs. 8 Nr. 2 Satz 2 VOB/B ist auch anwendbar, wenn vertragliche Ansprüche gegen einen öffentlichen Auftraggeber mangels wirksamer Beauftragung ausscheiden. Ein Anspruch auf Vergütung einer auftragslos erbrachten Leistung setzt u. a. voraus, dass ihre Ausführung (technisch) zwingend notwendig war. Lediglich zweckmäßige oder nützliche Zusatzleistungen sind nicht notwendig. Notwendig ist eine Leistung auch dann, wenn der Auftraggeber diese selbst für erforderlich hält, aber eine Anordnung zu ihrer Ausführung unterlässt, um so vermeintlich einer Nachtragsvergütung zu entgehen. Der mutmaßliche Wille des Auftraggebers beurteilt sich danach, was er bei objektiver Betrachtung vernünftigerweise entschieden hätte. Insoweit muss der Auftragnehmer den Willen des Auftraggebers vor Beginn der Ausführung mit zumutbarem Aufwand erforschen. Für eine unverzügliche Anzeige ist es erforderlich, aber auch ausreichend, wenn der Auftragnehmer die nicht beauftragten Leistungen nach Art und Umfang so beschreibt, dass der Auftragge-

ber rechtzeitig informiert wird und ihm die Möglichkeit gegeben wird, billigere Alternativen zu wählen. Nähere Angaben zur Höhe der für die nicht in Auftrag gegebenen Leistung anfallenden Vergütung sind nicht erforderlich.

OLG Jena, Urteil vom 25.03.2021 - 8 U 592/20, IBRRS 2021, 1821

#### **IV. Vergaberecht**

##### **Nachunternehmerpreise sind aufzuschlüsseln**

Der öffentliche Auftraggeber kann auch dann in eine Preisprüfung eintreten, wenn zwar die sog. Aufgreifschwelle nicht erreicht ist, das Angebot aber aus anderen Gründen – etwa weil der Angebotspreis unangemessen niedrig erscheint und zugleich Anhaltspunkte für eine Mischkalkulation bestehen – konkreten Anlass zur Preisprüfung gibt. Mit dem Nachforderungs- und Aufklärungsschreiben kann der Auftraggeber den Bieter zugleich dazu auffordern, sich zu bestimmten Einzelpreispositionen näher zu erklären. Es ist einem Bieter dabei grundsätzlich zumutbar, auch die Preise solcher Leistungspositionen aufzuschlüsseln, die von Nachunternehmern erbracht werden.

[OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.05.2021 - Verg 13/21](#)

##### **Nachforderung oder Aufklärung bei unzureichenden Unterlagen**

Wird in den Vergabeunterlagen nicht mit der gebotenen Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht, dass eine bestimmte Erklärung vom Bieter schon bis zum Ablauf der Angebotsfrist beizubringen ist, darf der Auftraggeber ein Angebot, in dem diese Erklärung fehlt, nicht ohne Weiteres ausschließen, sondern muss die Erklärung entweder nachfordern oder das Angebot aufklären. Die Nachforderung und die Aufklärung stehen in einem Entweder/Oder-Verhältnis. Beide Vorschriften stellen eine Art der Aufklärung dar, deren Anwendbarkeit sich nach dem Ziel des Aufklärungsverlangens richtet. Will der Auftraggeber fehlende oder unvollständige Unterlagen aufklären, hat er den Weg über die Nachforderung zu wählen. Möchte er hingegen den Inhalt eines vollständig eingereichten Angebots aufklären, hat er Aufklärung zu ersuchen. Geht es um die Aufklärung zwar fehlerhaft, aber tatsächlich doch eingereichter Unterlagen, ist im Zweifel auf die Nachforderung zurückzugreifen.

[OLG München, Beschluss vom 30.11.2020 - Verg 6/20](#)

##### **Sonn- und Feiertagregelung bei Vorabinformation**

Die Vorschrift des § 193 BGB, wonach an die Stelle eines Samstags, Sonntags oder Feiertags der nächste Werktag tritt, wenn eine Willenserklärung innerhalb einer Frist abzugeben ist und der letzte Tag der Frist auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag fällt, findet auf eine Vorabinformation nach § 134 Abs. 1, 2 GWB keine Anwendung.

[VK Bund, Beschluss vom 28.06.2021 - VK 2-77/21](#)

### **Nachweis der eigenen Leistungsfähigkeit schließt Eignungsleihe nicht aus**

Ein Bieter kann sich zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten anderer Unternehmen berufen, wenn er nachweist, dass ihm die erforderlichen Mittel tatsächlich zur Verfügung stehen. Der Umstand, dass der Auftraggeber in Bewerbungsschreiben formuliert, der Bewerber habe "seine" Leistungsfähigkeit nachzuweisen, ist kein Hinweis auf einen Ausschluss der Eignungsleihe. Aus dem Umstand, dass der Auftraggeber üblicherweise Angaben zur Eignungsleihe in seinen Ausschreibungen trifft, kann nicht geschlossen werden, dass eine Eignungsleihe ausgeschlossen ist, wenn derartige Angaben fehlen. Jede Ausschreibung ist isoliert zu betrachten.

[VK Bund, Beschluss vom 29.04.2021 - VK 2-5/21](#)

### **Kommunale Wohnungsbaugesellschaften sind öffentliche Auftraggeber**

Im Bereich des sozialen Wohnungsbaus tätige kommunale Wohnungsbaugesellschaften sind in der Regel als öffentliche Auftraggeber i.S.v. § 99 Nr. 2 GWB anzusehen.

VK Sachsen, Beschluss vom 11.06.2021 - 1/SVK/006-21, IBRRS 2021, 2563

### **Eignungsprüfung im Verhandlungsverfahren**

Im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb prüft der öffentliche Auftraggeber die Eignung der am vorgeschalteten Wettbewerb teilnehmenden Unternehmen, bevor er sie zum Verhandlungsverfahren zulässt. Mit der positiven Eignungsprüfung wird – anders als im offenen Verfahren – ein Vertrauenstatbestand für die zum Verhandlungsverfahren zugelassenen Unternehmen begründet, so dass sie nicht damit rechnen müssen, dass ihre Eignung auf gleichbleibender tatsächlicher Grundlage später nochmals abweichend beurteilt wird. Mitbieter im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb haben einen Vergaberechtsverstoß, der in der fehlerhaften Bejahung der Eignung eines Unternehmens am Ende des Teilnahmewettbewerbs liegt, ab der Begründung des Vertrauenstatbestands hinzunehmen.

[OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.03.2021 - Verg 9/21](#)

## **V. Zivilrecht**

### **Update im Kaufrecht (Umsetzung der EU-Warenkaufrichtlinie)**

#### Neuer allgemeiner Sachmangelbegriff (§ 434 BGB)

Eine Ware ist frei von Sachmängeln, wenn sie den subjektiven und den objektiven Anforderungen sowie den Montageanforderungen entspricht.

Den subjektiven Anforderungen entspricht die Sache, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat, sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet und mit dem vereinbarten Zubehör und den vereinbarten Anleitungen, einschließlich Montage- und Installationsanleitungen, übergeben wird. Den objektiven Anforderungen entspricht die Sache, soweit nicht wirksam etwas anderes vereinbart wurde (negative Beschaffenheitsvereinba-

zung), wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und sie die übliche Beschaffenheit aufweist.

### **Zusätzlicher Sachmangelbegriff für Waren mit digitalen Elementen (§ 475 b BGB)**

Waren mit digitalen Elementen sind frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang und in Bezug auf die Aktualisierungspflicht auch während des Aktualisierungszeitraums den subjektiven und objektiven Anforderungen, den Montageanforderungen und den Installationsanforderungen entsprechen.

Unternehmer müssen vertraglich vorgesehene und notwendige Updates bereitstellen, damit die Waren den subjektiven und objektiven Anforderungen entsprechen. Diese „Updatepflicht“ besteht für die Dauer des Bereitstellungszeitraums, mindestens für einen Zeitraum von 2 Jahren. Abweichende Vereinbarungen sind nach § 476 BGB möglich.

### **Ergänzung zum Nacherfüllungsanspruch (§ 439 BGB)**

Die Ersatzpflicht der Aus- und Wiedereinbaukosten wurde beibehalten. Zur Vermeidung, dass der Käufer Ersatz verlangen kann, wenn er den Einbau in Kenntnis des Mangels vorgenommen hat, wurde die Vorschrift dahingehend konkretisiert, dass die Kaufsache „installiert“ worden sein muss, bevor der Mangel offenbar wurde.

Weiterhin wurden die Obliegenheit des Käufers, dem Verkäufer die Sache zum Zweck der Nacherfüllung zur Verfügung zu stellen (§439 Absatz 5 BGB) und des Verkäufers zur Rücknahme der ersetzten mangelhaften Sache (§ 439 Absatz 6 BGB) festgeschrieben.

### **Beweislastumkehr (§ 477 BGB) und Lieferantenregress**

Die Vermutungsregelung wird auf ein Jahr ausgedehnt. Zeigt sich binnen eines Jahres nach Lieferung (vorher 6 Monate) ein von den Anforderungen der §§ 434, 475b BGB abweichender Zustand der Ware (vorher Sachmangel), wird vermutet, dass diese bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war.

Bei Waren mit dauerhafter Bereitstellung von digitalen Elementen gilt die Vermutung während der Dauer der Bereitstellung oder innerhalb eines Zeitraums von zwei Jahren seit Gefahrübergang.

Der Lieferantenregress wird auf die Rücknahmekosten nach § 439 Absatz 6 Satz 2 BGB und auf Mängel aufgrund der Verletzung einer Aktualisierungspflicht nach § 475 Absatz 4 BGB erweitert. Er unterliegt keiner absoluten Verjährung mehr, § 445 b Absatz 2 Satz 2 BGB, wonach der Anspruch aus Lieferantenregress innerhalb der Lieferkette nach spätestens fünf Jahren verjährt, wurde gestrichen, weil eine Haftung des Letztverkäufers gegenüber dem Käufer insbesondere auf Grundlage der neu geschaffenen Updatepflicht auch noch nach mehr als fünf Jahren möglich ist.

Die neuen Vorschriften gelten für Verträge, die ab dem 01.01.2022 geschlossen werden.

[Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags](#) (vom 25.06.2021)

## **VI. Steuerrecht**

### **Pfändungsfreiheit von Soforthilfegeldern wegen „Hochwasser“**

Die im Rahmen der Soforthilfe „Hochwasser“ auf sogenannte Pfändungsschutzkonten ausbezahlten Beträge sind auf entsprechenden Antrag über den Sockelbetrag hinaus pfandfrei zu stellen. Hierfür spricht die mit der Soforthilfe verbundene Zweckbindung, erste finanzielle Belastungen zu mildern, die durch die Unwetterkatastrophe vom 14./15. Juli 2021 erlittenen Schäden verursacht wurden. Die vom Bundesgerichtshof für die Corona-Soforthilfe aufgestellten Grundsätze (Beschluss vom 10.03.2021, VII ZB 24/20) müssen auch für den Fall der Soforthilfe „Hochwasser“ gelten.

[Pressemitteilung des OLG Köln v. 05.08.2021](#)

### **Hohe Nachzahlungszinsen sind seit 2014 verfassungswidrig**

Die Verzinsung von Steuernachforderungen und Steuererstattungen in § 233a i.V.m. § 238 Abs. 1 Satz 1 AO ist verfassungswidrig, soweit der Zinsberechnung für Verzinsungszeiträume ab Januar 2014 ein Zinssatz von monatlich 0,5 % zugrunde gelegt wird. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, bis zum 31.7.2022 eine verfassungsgemäße Neuregelung zu treffen.

[BVerfG PM Nr. 77 vom 18.8.2021](#)

### **Steuerliche Förderung der betrieblichen Altersversorgung**

Mit BMF-Schreiben v. 12.8.2021 hat die Finanzverwaltung ihren Erlass zur Förderung der betrieblichen Altersversorgung aktualisiert.

[BMF-Schreiben v. 12.8.2021](#)

Mit freundlichen Grüßen

GTGA  
Geschäftsführerin



RAin Britta Brass