

GTGA · Hinter Hoben 149 · 53129 Bonn

Verteiler:

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

Bonn, den 2. Februar 2022

Rechtliche Entwicklungen Januar 2022

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 und Zivilrecht sowie zu aktuellen Gesetzgebungsvorhaben zur Verfügung stellen.

I. Corona Informationen

Einrichtungsbezogene Impfpflicht auch für externe Handwerker, d.h. Personen, die Reparaturen im Gebäude durchführen

Bundestag und Bundesrat haben am 10.12.2021 das Gesetz zur Stärkung der Impfprävention gegen COVID-19 und zur Änderung weiterer Vorschriften im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie beschlossen. Danach müssen Beschäftigte in Einrichtungen des Gesundheits- und Pflegebereichs bis zum 15.03.2022 nachweisen, dass sie geimpft oder genesen sind oder aus medizinischen Gründen nicht geimpft werden können (= einrichtungsbezogene Impfpflicht). Die einrichtungsbezogene Impfpflicht gilt grundsätzlich für Personen, die in den in § 20 a IfSG aufgelisteten Einrichtungen oder Unternehmen tätig sind. Dabei dürfte es erforderlich sein, dass die Personen nicht nur zeitlich ganz vorübergehend (nicht nur jeweils wenige Minuten, sondern über einen längeren Zeitraum) in der Einrichtung oder dem Unternehmen tätig sind. Das bedeutet, dass auch (...) (externe) Handwerker, (...) bzw. Personen, die Reparaturen im Gebäude durchführen der Nachweispflicht unterfallen.

[Fragen und Antworten zur Impfprävention in Bezug auf einrichtungsbezogene Tätigkeiten](#)

Änderung der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung:

Am 15. Januar 2022 trat die Verordnung zur Änderung der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung und der Coronavirus-Einreiseverordnung in Kraft. Grundlage war der [Beschluss der Ministerpräsidentenkonferenz am 7. Januar 2022](#).

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

Bekanntermaßen dürfen Arbeitgeber und Beschäftigte Arbeitsstätten, in denen physische Kontakte von Arbeitgebern und Beschäftigten untereinander oder zu Dritten nicht ausgeschlossen werden können, nach § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG nur betreten, wenn sie eine geimpfte Person, eine genesene Person oder eine getestete Person im Sinne der COVID19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung sind und einen Impfnachweis, einen Genesenennachweis oder einen Testnachweis im Sinne dieser Verordnung mit sich führen. Arbeitgeber sind nach § 28 b Abs. 3 Satz 1 IfSG verpflichtet, die Einhaltung dieser Verpflichtungen durch Nachweiskontrollen täglich zu überwachen und regelmäßig zu dokumentieren. Geschieht dies nicht oder nicht richtig, begeht der Arbeitgeber nach § 73 Abs. 1a Nr. 11d IfSG eine Ordnungswidrigkeit, die nach § 73 Abs. 2 IfSG mit einer Geldbuße von bis zu 25.000 € geahndet werden kann.

Arbeitgeber müssen vor diesem Hintergrund wissen, worauf sie bei den entsprechenden Dokumenten achten müssen.

Für Isolation und Quarantäne gilt: Isolation (für Infizierte) und Quarantäne (für Kontaktpersonen) enden in der Regel nach 10 Tagen. Betroffene können sich nach einer nachgewiesenen Infektion oder als Kontaktperson nach sieben Tagen durch einen PCR-Test oder einen zertifizierten Antigen-Schnelltest „freitesten“.

Beschäftigte in Krankenhäusern, Pflegeeinrichtungen und Einrichtungen der Eingliederungshilfe können die Isolation nach erfolgter Infektion nach sieben Tagen nur durch einen obligatorischen PCR-Test mit negativem Ergebnis beenden. Sie können den Dienst wieder aufnehmen, wenn sie zuvor 48 Stunden symptomfrei waren.

Ausnahmen von der Quarantäne gelten für:

1. Dreimal Geimpfte (Vollständig geimpft + Boosterimpfung)
2. Genesene innerhalb der ersten 3 Monate nach Erkrankung
3. Vollständig (frisch) Geimpfte innerhalb der ersten 3 Monate nach der 2. Impfung
4. Genesene mit zusätzlicher Impfung
5. Mit dem J&J-Impfstoff Geimpfte, die zusätzlich 2 Mal geimpft sind.

Zum Nachweis der Infektion ist ein Testnachweis erforderlich, der auf einer Labordiagnostik mittels Nukleinsäurenachweis (PCR, PoC-PCR oder weitere Methoden der Nukleinsäureamplifikationstechnik) beruht.

Impfnachweis: Der Impfnachweis muss den jeweils vom [Paul-Ehrlich-Institut](https://www.pei.de) veröffentlichten Maßgaben entsprechen. Neben den bisher erforderlichen Angaben sieht § 2 Nr. 3 SchAusnahV n.F. nun vor, dass die zugrunde liegenden Schutzimpfungen den im Internet unter der Adresse www.pei.de/impfstoffe/covid-19 unter Berücksichtigung des aktuellen Stands der medizinischen Wissenschaft veröffentlichten Vorgaben hinsichtlich folgender Kriterien entsprechen müssen:

- verwendete Impfstoffe,
- die für den vollständigen Impfschutz erforderliche Anzahl an Einzelimpfungen,
- die für den weiterhin vollständigen Impfschutz erforderlichen Auffrischungsimpfungen,
- Intervallzeiten.

Genesenenstatus: Ein Genesenennachweis gilt ab dem 15.01.2022 nach 28 Tagen ab dem Zeitpunkt der bestätigten Infektion. Die Geltungsdauer wurde vom RKI auf 90 Tage begrenzt. Nach § 2 Nr. 5 SchAusnahV n.F. muss der Genesenennachweis zudem den vom RKI unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Genesenenachweis.html unter Berücksichtigung des aktuellen Stands der medizinischen Wissenschaft veröffentlichten Vorgaben hinsichtlich folgender Kriterien entsprechen:

- Art der Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion;
- Zeit, die nach der Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion vergangen sein muss oder Nachweis zur Aufhebung der aufgrund der vorherigen Infektion erfolgten Absonderung;
- Zeit, die die Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion höchstens zurückliegen darf.

Arbeitgeber müssen sich unter den genannten Internetadressen auf dem Laufenden halten, welche Voraussetzungen, insbesondere zum Beginn und dem Ende der Gültigkeitsdauer, jeweils gelten und den 3G-Zutritt ggf. anpassen. Sie müssen dies bei den Einzelprüfungen vor dem Betreten des Betriebes berücksichtigen. Es besteht kein Bestandsschutz für ältere, bereits hinterlegte Genesenennachweise und Impfausweise, auch diese sind daraufhin zu kontrollieren, ob sie noch den aktuellen Vorgaben entsprechen.

[Verordnung zur Änderung der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung und der Coronavirus-Einreiseverordnung](#) (nebst Fragen + Antworten zu Quarantäne/ Isolationsregeln)

Ausschluss der Entschädigung nach § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG

KEINE Entschädigung erhält, „wer durch Inanspruchnahme einer Schutzimpfung oder anderen Maßnahme der spezifischen Prophylaxe, die gesetzlich vorgeschrieben ist oder im Bereich des gewöhnlichen Aufenthaltsorts des Betroffenen öffentlich empfohlen wurde, [...] ein Verbot in der Ausübung seiner bisherigen Tätigkeit oder eine Absonderung hätte vermeiden können.“

Gem. § 20 Abs. 3 IfSG gibt die Ständige Impfkommission (STIKO) Empfehlungen zur Durchführung von Schutzimpfungen ab, die über das RKI an die Landesgesundheitsbehörden übermittelt werden. Zu öffentlichen Empfehlungen i.S.v. § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG werden diese Empfehlungen, soweit sie von den obersten Landesgesundheitsbehörden ausgesprochen werden. ([RKI: Aktuelle Impfeempfehlungen der Bundesländer](#))

Aktuell empfiehlt die STIKO allen Personen ab dem 18. Lebensjahr eine Auffrischungsimpfung mindestens 3 Monate nach der Grundimmunisierung.

Laut MPK-Beschluss vom 07.01.2022 nebst anschließender Änderung der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung und der Coronavirus-Einreiseverordnung sind insbesondere vollständig Geimpfte innerhalb der ersten 3 Monate nach der 2. Impfung und Personen mit einer Auffrischungsimpfung von der Quarantänepflicht ausgenommen. Für zweifach (nicht frisch) Geimpfte besteht jedoch eine Quarantäneverpflichtung, eine Auffrischungsimpfung hätte die Quarantäne vermieden. Das Fehlen der Auffrischungsimpfung führt folglich zur Quarantäneverpflichtung und damit zum Verlust des Entschädigungsanspruchs für den Verdienstausfall nach § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG.

Infizierte Personen müssen sich isolieren, auch wenn sie dreifach geimpft sind, sodass sich in diesem Fall eine fehlende Auffrischungsimpfung wohl nicht auf den Entschädigungsanspruch auswirkt, die Entschädigung müsste zu gewähren sein.

In Zweifelsfällen sollte vor Auszahlung das zuständige Gesundheitsamt kontaktiert werden.

Im Falle von Quarantäne oder Isolation, ohne dass ein Bescheid des zuständigen Gesundheitsamtes vorliegt bzw. erforderlich ist (siehe Landesverordnungen), muss der vorleistungspflichtige Arbeitgeber das Startdatum der Quarantäne/Isolation kennen. Die Einreichung des offiziellen positiven Testergebnisses durch den Arbeitnehmer ist für die Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs zwingend erforderlich.

Scheidet ein Entschädigungsanspruch nach § 56 IfSG aus (s.o.) aus, wird auch ein Anspruch aus § 616 BGB (kurzzeitige Arbeitsverhinderung) wohl nicht bestehen. Sofern § 616 BGB nicht wirksam ausgeschlossen wurde, wird fehlendes Verschulden an der Verhinderung i.d.R. zu verneinen sein, sodass nach dem Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ dann kein Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers besteht.

[Kurzinformation des wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages](#)

EU: 270-Tage-Akzeptanzfrist für digitales COVID-Impfzertifikat

Ab dem 01.02.2022 gelten die neuen Regeln für eine Standard-Akzeptanzfrist von 270 Tagen für digitale COVID-Impfbescheinigungen, die für Reisen innerhalb der EU verwendet werden, d.h. die Mitgliedstaaten müssen Impfbescheinigungen für einen Zeitraum von 270 Tagen (9 Monaten) nach Abschluss der Erstimpfungsserie akzeptieren. Für einen Einzeldosis-Impfstoff bedeutet dies 270 Tage ab der ersten und einzigen Impfung. Bei einem Zweifach-Impfstoff sind es 270 Tage ab der zweiten Impfung oder, im Einklang mit der nationalen Impfstrategie, ab der ersten und einzigen Impfung nach der Genesung. Die Mitgliedstaaten können weder eine kürzere noch eine längere Akzeptanzfrist vorsehen. Die Standardannahmefrist gilt nicht für Bescheinigungen von Auffrischungsimpfungen.

Die Vorschriften gelten nur für die Impfbescheinigungen, die für Reisen in der EU verwendet werden. Die Mitgliedstaaten können bei der Verwendung des digitalen COVID-Zertifikats der EU im Inland andere Regeln anwenden, werden aber aufgefordert, sich an die auf EU-Ebene festgelegte Akzeptanzfrist anzupassen.

Auffrischungsimpfungen werden wie folgt vermerkt: 3/3 für eine Auffrischungsdosis im Anschluss an eine primäre 2-Dosen-Impfserie; 2/1 für eine Auffrischungsdosis im Anschluss

an eine Einzeldosis-Impfung oder eine Einzeldosis eines 2-Dosen-Impfstoffs, die einer genesenen Person verabreicht wurde.

[Presseartikel 31.01.2022, Europäische Kommission, Vertretung Deutschland](#)

II. Arbeits- Sozialversicherungs- und Tarifrecht

Elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

Die Krankschreibung für gesetzlich Versicherte wird digital: Arztpraxen übermitteln zukünftig die Bescheinigungen über eine Arbeitsunfähigkeit (AU) online an die Krankenkassen. Der "gelbe Schein" auf Papier hat jedoch noch nicht vollends ausgedient, da Arbeitgeber die elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (eAU) erst ab dem 1. Juli 2022 bei den Krankenkassen ihrer Beschäftigten abrufen können.

Gesetzlich Versicherte haben die Pflicht, ihrer Krankenkasse die Krankschreibung rechtzeitig zu melden, um nicht später einen möglichen Krankengeldanspruch zu verlieren. Dieses Risiko entfällt durch den direkten Kommunikationsweg zwischen Arztpraxen und Krankenkassen.

Arbeitnehmer müssen den „gelben Ausdruck“ ab 1. Oktober 2021 nicht mehr selbstständig an Ihre Krankenkasse schicken, sondern können sich auf die digitale Übertragung über die sogenannte Telematikinfrastruktur (TI) verlassen. Es sollte vorab beim Arzt geklärt werden, ob die notwendigen technischen Voraussetzungen vorliegen.

Wer länger als drei Tage arbeitsunfähig ist, muss grundsätzlich eine ärztliche Bescheinigung beim Arbeitgeber vorlegen, sofern dieser nicht schon früher ein Attest verlangt. Die Bescheinigung muss von den Beschäftigten zunächst weiter als Papierausdruck vorgelegt werden, da Arbeitgeber erst ab Juli 2022 in das elektronische Verfahren zum Abruf der eAU einbezogen werden.

Anstelle von vier Papierausdrucken (Krankenkassen, Arbeitgeber, Arzt, Versicherte) ist ab Juli 2022 nur noch ein Exemplar für die persönlichen Unterlagen der Versicherten vorgesehen, um Anspruchsverluste durch verspätete Weiterleitung der AU-Bescheinigung zu verhindern, Bürokratie und Kosten für den Papierversand einzusparen und eine lückenlose Dokumentation von AU-Zeiten bei den Krankenkassen sicherzustellen.

Weitere ausführliche Informationen finden Sie im aktualisierten [Fragen- und Antwortkatalog des BDA für Arbeitgeber zur elektronischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung \(eAU\)](#)

Arbeitsrechtliche Folgen von sogenannten „Corona-Partys“

Wird ein Arbeitnehmer durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert, ohne dass ihn ein Verschulden trifft, so hat er nach § 3 Abs. 1 Satz 1 EFG Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den Arbeitgeber für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von 6 Wochen. Schuldhaft handelt nach der Rechtsprechung des BAG ein Arbeitnehmer, der gröblich gegen das von einem verständigen Menschen im

Eigeninteresse zu erwartende Verhalten verstößt (BAG v. 30.3.1988 – 5 AZR 42/87), wovon bei der Teilnahme an Corona-Partys grundsätzlich auszugehen ist.

Der Arbeitgeber muss darlegen und ggf. beweisen, dass der Arbeitnehmer seine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit schuldhaft herbeigeführt hat, der Arbeitnehmer hat an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken. Bei tatsächlichen Anhaltspunkten für eine provozierte Ansteckung, sollte der Arbeitgeber die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall verweigern (wovon die Krankenkasse des Arbeitnehmers zu unterrichten ist). Eine vorgelegte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung hat zwar einen hohen Beweiswert hinsichtlich des Vorliegens einer Arbeitsunfähigkeit, nicht aber hinsichtlich eines fehlenden Verschuldens (BAG v. 08.09.2021 – 5 AZR 149/21). In einem Prozess müsste der Arbeitgeber Tatsachen vortragen und ggf. beweisen, die auf eine provozierte Infizierung hindeuten, die dann der Arbeitnehmer entkräften müsste.

Ein Arbeitsvertrag begründet i.d.R. nur Rechte und Pflichten während des Arbeitsverhältnisses, das pflichtwidrige Verhalten des Arbeitnehmers fand aber in dessen Freizeit statt, so dass es nur kündigungsrelevant sein kann, wenn es geeignet ist, das Arbeitsverhältnis konkret zu beeinträchtigen. In Betracht kommt die Verletzung der vertraglichen Rücksichtnahmepflicht i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB, wonach der Arbeitnehmer auch außerhalb der Arbeitszeit verpflichtet ist, auf die berechtigten Interessen des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen. Diese werden beeinträchtigt, wenn das außerdienstliche Verhalten des Arbeitnehmers negative Auswirkungen auf den Betrieb oder das Arbeitsverhältnis hat, was sowohl bei einer vorsätzlichen Infizierung (Arbeitsunfähigkeit) als auch beim bloßen Versuch (Gefährdung der Belegschaft) der Fall ist. Zudem verstößt der Arbeitnehmer gegen § 15 Absatz 1 Satz 1 und 2 ArbZG, wonach er verpflichtet ist, sowohl für seine eigene Gesundheit bei der Arbeit Sorge zu tragen als auch für die Sicherheit und Gesundheit der Person zu sorgen, die von seinen Handlungen oder Unterlassungen bei der Arbeit betroffen sind.

Kann der Arbeitgeber also beweisen, dass der Arbeitnehmer sich vorsätzlich infiziert hat oder den Versuch einer solchen Infizierung unternommen hat, wird man regelmäßig einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB annehmen können, auch wenn es nicht zu einer Infektion bei anderen Arbeitnehmern oder Dritten gekommen ist. Einer vorherigen vergeblichen Abmahnung bedarf es wegen der Schwere der Pflichtverletzung i.d.R. nicht.

Selbst der dringende Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung kann bereits einen Kündigungsgrund darstellen (BAG v. 31.1.2019 – 2 AZR 426/18), denn er kann zum Verlust der vertragsnotwendigen Vertrauenswürdigkeit des Arbeitnehmers und damit zu einem Eignungsmangel führen, der die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar macht. Vor Ausspruch der Kündigung ist der Arbeitnehmer unbedingt anzuhören.

Corona-Mietminderungen im Zusammenhang mit § 313 BGB

Zur Frage, ob der Vermieter einer Gewerbeimmobilie zu einem Verzicht auf einen Teil der Miete gezwungen werden kann, wenn der Gewerbetreibende sein Geschäft aufgrund hoheitlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie schließen musste, führt

der BGH aus, dass staatliche Betriebsschließungen einerseits keinen Mangel nach § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB bedeuten, da derartige Beschränkungen ihre Ursache nicht unmittelbar in der Mietsache selbst haben, andererseits hat der Mieter aber grundsätzlich einen Anspruch auf Anpassung der Miete wegen Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 BGB. Dabei sind im Einzelfall allerdings die konkreten Umsatzrückgänge im betreffenden Geschäft, nicht des Konzerns insgesamt, einzupreisen genauso wie staatliche Leistungen zum Ausgleich von pandemiebedingten Nachteilen, wobei Kredite nicht berücksichtigt werden. Eine pauschale Reduzierung um die Hälfte der Miete, scheidet damit aus.

[Pressemitteilung des BGH 04/2022 vom 12.01.2022](#)

Bundesarbeitsministerium: Was ändert sich in 2022?

Das Bundesarbeitsministerium hat eine Übersicht über die wesentlichen Änderungen und Neuregelungen zusammengestellt, die zum Jahresbeginn und im Laufe des Jahres 2022 im Arbeits- und Sozialrecht wirksam werden.

[BMAS: Zusammenstellung der Änderungen für 2022](#)

III. Bauvertragsrecht

Bei Einzelgewerkvergabe kein Verbraucherbaupertrag

Ein Verbraucherbaupertrag über erhebliche Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude (§ 650i Abs. 1 BGB) setzt voraus, dass das Auftragsvolumen dem eines Vertrags über die Errichtung eines Neubaus gleichkommt und der Verbraucher grundsätzlich mit sämtlichen der von ihm geplanten Baumaßnahmen nur einen einzigen Unternehmer beauftragt hat.

[KG, Urteil vom 16.11.2021 - 21 U 41/21](#)

Auch bei Mängelrüge ist fiktive Abnahme möglich

Eine fiktive Abnahme nach § 640 Abs. 2 BGB tritt auch dann ein, wenn der Besteller bereits vor der Fristsetzung Mängel des Werks gerügt hat. Das gilt jedenfalls dann, wenn dem Werkunternehmer keine erheblichen Mängel des Werks bekannt sind.

[OLG Schleswig, Urteil vom 10.12.2021 - 1 U 64/20](#)

Keine Haftung des Auftraggebers für Schäden durch Neben- oder Nachfolgeunternehmer

Der Auftragnehmer trägt die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung des Werks bis zur Abnahme. Wird die Leistung des Auftragnehmers vor der Abnahme durch einen parallel am Gesamtwerk arbeitenden Drittunternehmer beschädigt,

kann der Auftragnehmer vom Auftraggeber keine Mehrvergütung für erforderlich werdende Nach- oder Reparaturarbeiten verlangen.

[OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.04.2020 - 5 U 131/18](#)

BGH, Beschl. v. 24.02.2021 - VII ZR 72/20 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Keine Überwachung der Dachkonstruktion bei Beauftragung mit Grundleistungen

Die Parteien eines Architektenvertrags können die Leistungsbilder oder -phasen der HOAI durch Bezugnahme zum Gegenstand der vertraglichen Leistungspflicht machen. Diese stellen dann eine Auslegungshilfe zur Bestimmung der vom Architekten vertraglich geschuldeten Leistung dar. Wird ein Architekt mit "sämtlichen Grundleistungen gem. HOAI" beauftragt, gehören „Besondere Leistungen“ im Sinne der HOAI nicht zum beauftragten Leistungsumfang. Das gilt auch, wenn der Architekt nach dem Vertrag "eine mangelfreie Leistung schuldet". Die Überwachung einer Dachkonstruktion stellt eine Besondere Leistung dar, so dass der Architekt insoweit nicht zur Bauüberwachung verpflichtet ist, wenn er nur mit den Grundleistungen beauftragt wurde.

OLG München, Beschluss vom 28.05.2019 - 28 U 3553/18 Bau, IBRRS 2021, 3796

BGH, Beschl. v. 19.08.2021 - VII ZR 135/19 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Folgen der Unionsrechtswidrigkeit der verbindlichen HOAI-Mindestsätze

Obwohl der EuGH bereits festgestellt hat, dass die deutsche Regelung, die Mindesthonorare für die Leistungen von Architekten und Ingenieuren festsetzt (HOAI), gegen die Dienstleistungsrichtlinie verstößt, ist ein nationales Gericht, bei dem ein Rechtsstreit zwischen Privatpersonen anhängig ist, nicht allein aufgrund des Unionsrechts verpflichtet, diese deutsche Regelung unangewendet zu lassen. Zugleich hat der EuGH klargestellt, dass derjenigen Partei, der die Mindestsätze weiterhin entgegengehalten werden, unter Umständen Schadensersatz vom Staat verlangen könne.

[Pressemitteilung des EuGH zum Urteil](#)

Angestellter Bauleiter: Bedenken können immer an ihn gerichtet werden

Der Grundsatz, dass dann, wenn der Bauleiter sich den vorgetragenen Bedenken des Werkunternehmers verschließt, der Bauherr selbst informiert werden muss, betrifft die Fälle, in denen der Bauleiter außerhalb der Sphäre des Bauherrn steht, insbesondere weil er mit dem Bauherrn durch einen Werkvertrag verbunden ist. Steht der Bauleiter in einem Arbeitsverhältnis zum Bauherrn, so gelangt der Bedenkenhinweis unmittelbar in die Sphäre des Bauherrn. Die den Hinweis missachtende Anweisung ist dann ebenfalls der Sphäre des Bauherrn zuzurechnen.

[OLG Köln, Beschluss vom 05.10.2021 - 16 U 55/21](#)

Verteidigung gegen Stundenlohnabrechnungen

Erforderliche Darlegungen des Bestellers bei der Behauptung überhöhter Stundenlohnabrechnungen durch den Unternehmer:

Demnach ist es „zwar grundsätzlich Sache des Bestellers, eine Begrenzung der Stundenlohnvergütung dadurch zu bewirken, dass er Tatsachen vorträgt, aus denen sich die Unwirtschaftlichkeit der Betriebsführung des Unternehmers ergibt. An die dem Besteller obliegende Darlegung solcher Tatsachen sind jedoch keine hohen Anforderungen zu stellen. Insoweit muss er die ihm bekannten oder ohne weiteres ermittelbaren Umstände vortragen, aus denen sich die Unwirtschaftlichkeit der Betriebsführung ergibt. Ausreichend in diesem Sinne ist sein Vortrag, wenn er das Gericht in die Lage versetzt, hierüber Beweis zu erheben. Die Angabe von Einzelheiten ist dazu nicht notwendig. Es genügt, wenn der Besteller Tatsachen vorträgt, die den Anspruch auf Freistellung von überhöhten Stundenlohnforderungen rechtfertigen. Dafür reicht es aus, dass der Besteller im ihm möglichen Umfang Anhaltspunkte darlegt, nach denen der vom Unternehmer für die feststellbar erbrachten Leistungen abgerechnete Zeitaufwand nicht den Grundsätzen einer wirtschaftlichen Leistungsausführung entspricht (vgl. BGH, Urteil vom 28.05.2009, VII ZR 74/06 = BauR2009,1291)“.

[OLG Köln, Urteil vom 16.12.2021 - 7 U 12/20](#)

Bedenken anmelden bei "günstiger" Mängelbeseitigungsmaßnahme

Verlangt der Auftraggeber einen Kostenvorschuss für eine Maßnahme, die günstiger ist als die vom Auftragnehmer vertretene Mängelbeseitigungsmaßnahme, aber möglicherweise den allgemein anerkannten Regeln der Technik nicht entspricht, besteht dieser Anspruch, wenn der Auftraggeber das Risiko des Fehlschlagens der Mängelbeseitigungsmaßnahme wegen einer Abweichung gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik übernimmt. Dies erfordert, dass der Auftragnehmer den Auftraggeber auf die Bedeutung der allgemein anerkannten Regeln der Technik und die mit der Nichteinhaltung verbundenen Konsequenzen und Risiken hinweist oder sich diese ohne Weiteres aus den Umständen ergeben oder der Auftraggeber hierüber bereits z. B. durch Privat- oder Gerichtsgutachten informiert ist.

[OLG Stuttgart, Urteil vom 26.10.2021 - 10 U 336/20](#)

Bedenken sind ernst zu nehmen

Weist der ausführende Werkunternehmer den Architekten auf einen Planungsfehler hin, ist dies jedenfalls im Innenverhältnis zwischen dem Architekten und dem ausführenden Unternehmer ausreichend, um die Haftung vollständig auf den Architekten zu verlagern.

[LG Flensburg, Urteil vom 17.12.2021 - 2 O 278/20](#)

Grenzen unverhältnismäßiger Mängelbeseitigung

Der Auftragnehmer kann die Mängelbeseitigung verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde. Unverhältnismäßigkeit ist anzunehmen, wenn der damit in Richtung auf die Beseitigung des Mangels erzielte Erfolg bei Abwägung aller Umstände

des Einzelfalls in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe des dafür gemachten Geldaufwands steht. Bei der Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit ist auch das Verschulden des Auftragnehmers zu berücksichtigen.

OLG Celle, Urteil vom 05.03.2020 - 6 U 48/19, IBRRS 2022, 0014

BGH, Beschl. v. 04.08.2021 - VII ZR 42/20 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Verjährung von (Begleit-)Schäden vor Abnahme

Jedenfalls für Ansprüche wegen (Begleit-)Schäden, die dem Besteller bereits vor Abnahme entstanden sind und die ihrerseits - wie Verzögerungsschäden - durch die Erfüllung bzw. Nacherfüllung nicht mehr behoben werden können, greift die Regelverjährung; § 634a BGB findet auf einen Anspruch nach allgemeinem Leistungsstörungenrecht auf Schadensersatz neben der Leistung gem. § 280 Abs. 1 BGB keine Anwendung. Liegt der den Schaden auslösende Mangel bei Abnahme bzw. Eintritt eines Abnahmesurrogats nicht mehr vor, weil er noch während der Erfüllungsphase nachgebessert worden ist, bleibt es bei der regelmäßigen Verjährung.

OLG Nürnberg, Beschluss vom 23.08.2021 - 2 U 2524/20, IBRRS 2022, 0146

Kälterohre mangelhaft bei fehlendem Korrosionsschutz

Auch wenn laut (undatiertem) Exemplar einer Herstellerinformation ein Korrosionsschutzanstrich nicht explizit gefordert ist, kann das Tabellenwerk eines Herstellers (hier: von Rohren einer Kälteanlage) nicht losgelöst von den konkreten baulichen Gegebenheiten betrachtet werden. Darüber hinaus sind die allgemeinen Herstellervorgaben, die einschlägige DIN sowie die anerkannten Regeln der Technik, wonach bereits 2010, bei Errichtung des Gebäudes ein Anstrich für erforderlich erachtet wurde, in die Betrachtung einzubeziehen. Der fehlende Korrosionsschutz für die Rohre einer Kälteanlage begründet einen Mangel der vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistung.

[OLG Köln, Urteil vom 07.01.2021 – 7 U 187/19](#)

BGH, Beschl. v. 19.05.2021 – Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen.

IV. Vergaberecht

Auch Vergaberechtsverstöße im Unterschwellenbereich müssen gerügt werden

Auch bei Auftragsvergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte ist ein Bieter gehalten, erkannte oder erkennbare Vergaberechtsverstöße umgehend zu rügen. Andernfalls ist sein auf primären Rechtsschutz gerichteter Antrag unzulässig.

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 11.10.2021 - 1 U 93/20, IBRRS 2022, 0138

Aufklärung eines unangemessen niedrig erscheinenden Preises

Der öffentliche Auftraggeber ist verpflichtet, in die Prüfung der Preisbildung einzutreten, wenn der Abstand zwischen dem Angebot des bestplatzierten und dem Angebot des zweit-

platzierten Bieters mehr als 20% beträgt. Eine Aufklärung ist nicht zufriedenstellend, wenn sie trotz pflichtgemäßer Anstrengung des öffentlichen Auftraggebers keine gesicherte Tatsachengrundlage für die Feststellung bietet, das Angebot sei entweder angemessen oder der Bieter sei im Falle eines Unterkostenangebots wettbewerbskonform in der Lage, den Vertrag ordnungsgemäß durchzuführen. Die Aufklärung betrifft neben rechnerischen Unklarheiten auch alle preisrelevanten inhaltlichen Aspekte des Angebots. Eine ordnungsgemäße Aufklärung nach erfolgter Vorlage der Unterlagen über die Preisermittlung erfordert zudem eine konkrete Auseinandersetzung mit den Angaben des Bieters im Sinne einer Überprüfung.

[VK Bund, Beschluss vom 15.11.2021 - VK 1-112/21](#)

Referenz als zulässiges Eignungskriterium

Mit der Pflicht zur Eignungsprüfung korrespondiert die Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers, Eignungskriterien festzulegen. Dabei dürfen nur solche Eignungskriterien gestellt werden, die mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen. Eignungskriterien müssen objektiv dazu dienen und geeignet sein, die Leistungsfähigkeit des Bieters im Hinblick auf den konkret ausgeschriebenen Auftragsgegenstand nachzuweisen. Eignung und Erforderlichkeit der Kriterien sind in Relation zum Auftragsgegenstand zu bestimmen. Je komplexer der Auftragsgegenstand, desto höhere Eignungsanforderungen können gestellt werden. Die singuläre Forderung einer Referenz ohne Rückbezug zu eigenständig definierten Eignungskriterien ist zulässig, sofern aus der Referenz Rückschlüsse auf damit mittelbar gestellte Eignungskriterien möglich sind. Die Referenz stellt in einem solchen Fall nicht nur einen Nachweis für die Eignung dar, sondern definiert zugleich (konkludent) die materiellen Eignungskriterien.

[OLG Frankfurt, Beschluss vom 23.12.2021 - 11 Verg 6/21](#)

Funktionale Betrachtungsweise bei vorbefasstem Bieter maßgeblich

Der Beantwortung der Frage, ob ein Unternehmen vorbefasst ist, ist keine formelle, sondern eine funktionale Betrachtungsweise zu Grunde zu legen. Hat ein Unternehmen im Rahmen eines ersten Auftrags den Auftraggeber dabei unterstützt und begleitet, die Ziele, deren Konkretisierung und Umsetzung im Rahmen eines zweiten Auftrags erfolgen soll, zu finden und festzulegen, handelt es sich bei dem ersten Auftrag nicht um einen vom zweiten Auftrag losgelösten Vorauftrag, sondern bei einer materiellen Betrachtung um eine Vorbereitung des zweiten Auftrags.

[VK Bund, Beschluss vom 21.09.2021 - VK 2-87/21](#)

Abweichen des Bieters von zwingenden Mindestanforderungen: Angebotsausschluss

Nimmt der öffentliche Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung mehrfach den Begriff der „Mindestanforderung“ auf, muss jeder Anbieter dies auch als von ihm zu erfüllende Mindestanforderung auffassen. Weicht ein Angebot von einer solchen verbindlich gesetzten Vorgabe der Vergabeunterlagen ab, ändert es die Vergabeunterlagen und ist auszuschlie-

ßen. Der Auftraggeber, der zunächst eine ihm möglicherweise eher zufällig bekannte Spezifikation benutzt, darf während des Vergabeverfahrens lernen, z. B. auf Hinweise eines Bieters auf eine andere Spezifikation umsteigen oder mehrere Spezifikationen gleichwertig zulassen, dabei auch die inhaltlichen Anforderungen reduzieren. Dies muss der Auftraggeber allerdings transparent allen Bietern, soweit es Inhalte der Bekanntmachung betrifft, auch mit einer neuen Bekanntmachung allen Marktteilnehmern, mitteilen. Angebotsfristen sind angemessen zu verlängern.

Vergabekammer Lüneburg; Beschluss vom 02.03.2021 – VgK-01/2021, VPRRS 2021, 0207

V. Zivilrecht

Verschärfte Transparenzvorschriften für Unternehmen

Bisher war das deutsche Transparenzregister als sog. Auffangregister ausgestaltet, d.h. eine Meldung des wirtschaftlich Berechtigten an das Transparenzregister war i.d.R. entbehrlich, soweit bereits ausreichende Registerpublizität, vorlag weil sich die Angaben zu den wirtschaftlich Berechtigten bereits aus anderen Registern, wie beispielsweise dem Handelsregister ergaben. Mit der GwG-Novelle 2021 wurde das Transparenzregister nun zu einem sog. Vollregister umgestellt, mit der Folge, dass Gesellschaften, die bislang von der Mitteilungsfiktion gem. § 20 Abs. 2 GwG profitiert haben, künftig erstmals eine Mitteilung zum Transparenzregister abzugeben haben. Die Mitteilungspflicht besteht ohne Ausnahme und unabhängig von der Rechtsform, insbesondere ist künftig bei allen Gesellschaften in Rechtsform der GmbH eine Mitteilung zum Transparenzregister erforderlich. Daneben sind auch eingetragene Personengesellschaften mitteilungspflichtig, bei Gesellschaften in Rechtsform der GmbH & Co. KG bestehen für die Komplementärgesellschaft sowie die KG jeweils gesonderte Mitteilungspflichten.

Diese Meldungen müssen für AGs bis zum 31.03.2022, für GmbHs bis zum 30.06.2022 und für alle übrigen registrierten Gesellschaften (OHG, GmbH & Co. KG und KG) bis zum 31.12.2022 zwingend vorgenommen werden. Da künftig – mit Ausnahme der GbR (wenn nicht das Gewerbe einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb) benötigt – alle in Deutschland registrierten Gesellschaften in die Pflicht genommen werden und sich keine Gesellschaft mehr auf eine Mitteilungsfiktion berufen kann, ist davon auszugehen, dass nach Ablauf der Übergangszeiträume systematische Prüfungen der Behörden stattfinden werden, ob die im Handelsregister eingetragenen Gesellschaften ihren zusätzlichen Mitteilungspflichten zum Transparenzregister nachgekommen sind. Verstöße gegen die neuen Meldepflichten können empfindlich sanktioniert werden.

Es ist daher allen Unternehmen dringend zu empfehlen, den Übergangszeitraum zu nutzen, um das Bestehen von Mitteilungspflichten zu prüfen, die erforderlichen Mitteilungen vorzunehmen und bereits erfolgte Mitteilungen nochmals zu kontrollieren und ggf. zu aktualisieren.

Rezension

Energieausweise für die Praxis

Fraunhofer IRB Verlag, Reguvis, ISBN: 978-3-8462-1049-9, Erscheinungsdatum:
20.12.2021

Das neue Gebäudeenergiegesetz (GEG) bringt auch für Energieausweise zahlreiche Neuerungen, auf die das Praxisbuch detailliert eingeht. So werden insbesondere die Themen Ausstellungsberechtigung, Energieausweismuster, Gebäudeangaben, Immobilienmakler und Bußgeld und Kontrolle behandelt.

Das Buch gibt klare Antworten zu praxisnahen und übersichtlichen Inhalten, veranschaulicht durch zahlreiche Praxisbeispiele und stellt so eine wertvolle Hilfe für die angesprochenen Zielgruppen dar, nämlich die Aussteller von Energieausweisen, Bauherren, Eigentümer oder Vertreter der Immobilienwirtschaft.

Autoren:

Melita Tuschinski, Dipl.-Ing./UT, Freie Architektin, bekannt als Herausgeberin des Experten-Portals EnEV-online.de | GEG-info.de sowie als Autorin des Fachbuchs „EnEV und EE-WärmeG parallel anwenden“.

Michael Brieden-Segler ist Mitautor des Kapitels „Energieausweise ausstellen“ und Geschäftsführer des Bielefelder Unternehmens „e&u energiebüro gmbh“.

Mit freundlichen Grüßen

GTGA
Geschäftsführerin



RAin Britta Brass