

GTGA · Hinter Hoben 149 · 53129 Bonn

Verteiler:

Vorstand, Landesverbände,
DiMi, FöMi, FAR, ZSPA
mit der Bitte um Kenntnisnahme

Bonn, den 6. Oktober 2021

RS Rechtliche Entwicklungen September 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 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

Corona-Arbeitsschutzverordnung verlängert und ergänzt

Die Corona-Arbeitsschutzverordnung wird an die Dauer der epidemischen Lage gekoppelt und somit bis einschließlich 24. November 2021 verlängert.

NEU ist die Verpflichtung der Arbeitgeber, Beschäftigte über die Risiken einer COVID-19 Erkrankung und bestehende Möglichkeiten einer Impfung zu informieren, die Betriebsärzte bei betrieblichen Impfangeboten zu unterstützen sowie Beschäftigte zur Wahrnehmung von Impfangeboten freizustellen.

Die Änderungen sind am 10. September 2021 in Kraft getreten.

[Pressemitteilung BMAS vom 01.09.2021](#)

Neue Indikatoren zur Beurteilung der Infektionslage

Mit zunehmender Durchimpfung der Bevölkerung ändert sich die Aussagekraft der Sieben-Tage-Inzidenz der Neuinfektionen. Künftig wird daher wesentlicher Indikator für die Entscheidung über Schutzmaßnahmen, die die Länder gemäß § 28a des Infektionsschutzgesetzes treffen können, vor allem die Hospitalisierungs-Inzidenz sein, die die Anzahl der in den vergangenen sieben Tagen stationär zur Behandlung aufgenommenen Covid-19-Patienten je 100.000 Einwohnerinnen und Einwohner wiedergibt.

Weitere Indikatoren zur Bewertung der Infektionslage sind: die nach Alter differenzierte Sieben-Tage-Inzidenz der Neuinfektionen, die verfügbaren intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten und die Anzahl der gegen Covid-19 geimpften Personen

Das geänderte Infektionsschutzgesetz sieht zudem in bestimmten Einrichtungen eine Auskunftspflicht der Mitarbeiter zu ihrem Impf- oder Serostatus (Genesung) vor, nämlich Einrichtungen und Unternehmen, in denen besonders vulnerable Personengruppen betreut werden oder untergebracht sind beziehungsweise aufgrund der räumlichen Nähe zahlreiche Menschen einem Infektionsrisiko ausgesetzt sind. Das sind dann beispielsweise Pflegeheime, Obdachlosenunterkünfte, aber auch Schulen und Kitas. Eine entsprechende Regelung für Krankenhäuser und andere medizinische Einrichtungen gibt es bereits. Eine Impfpflicht ist mit dieser Regelung nicht verbunden.

[Newsletter der BReg v. 10.09.2021](#)

"Vierte Verordnung zur Änderung der Kurzarbeitergeldverordnung"

Durch die „Vierte Verordnung zur Änderung der Kurzarbeitergeldverordnung“, die am 15. September im Kabinett beschlossen wurde, werden die bis zum Ende dieses Jahres geltenden Sonderregelungen beim Kurzarbeitergeld allen Betrieben zugänglich gemacht - unabhängig davon, wann sie die Kurzarbeit in ihrem Betrieb einführen. Die geltende Stichtagsregelung zum 30. September 2021 für die Einführung der Kurzarbeit wird damit aufgegeben. Die volle Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge wird bis Ende des Jahres 2021 verlängert.

Auch wenn die Kurzarbeit erst nach dem 30. September 2021 eingeführt wurde

- bleiben die Voraussetzungen für den Zugang zum Kurzarbeitergeld bis zum 31. Dezember 2021 herabgesetzt,
- bleibt die Zahl der Beschäftigten, die vom Arbeitsausfall betroffen sein müssen, für diese Betriebe von mindestens einem Drittel auf mindestens 10 Prozent abgesenkt
- wird weiter vollständig auf den Aufbau negativer Arbeitszeitsalden vor der Gewährung von konjunkturellem Kurzarbeitergeld und Saison-Kurzarbeitergeld verzichtet.
- bleibt der Zugang von Leiharbeiterinnen und Leiharbeitern zum Kurzarbeitergeld bis zum 31. Dezember 2021 eröffnet
- werden den Arbeitgebern die Sozialversicherungsbeiträge über September 2021 hinaus bis zum 31. Dezember 2021 weiter voll erstattet.

Die Änderungen treten am Tag nach der Verkündung der Vierten Verordnung zur Änderung der Kurzarbeitergeldverordnung in Kraft.

[Pressemitteilung des BMAS v. 15.09.2021](#)

Verlängerung der Überbrückungshilfen bis zum Jahresende

Die Bundesregierung verlängert die Überbrückungshilfe III Plus über den 30. September hinaus bis zum 31. Dezember 2021. Dabei werden die bewährten Förderbedingungen der

Überbrückungshilfe III Plus weitgehend beibehalten. Auch die Neustarthilfe Plus wird verlängert. Im Einzelnen:

Die bis Jahresende verlängerte Überbrückungshilfe III Plus ist inhaltlich weitgehend deckungsgleich mit der Überbrückungshilfe III Plus für die Monate Juli, August und September. Auch in der verlängerten Überbrückungshilfe III Plus sind Unternehmen mit einem Corona-bedingten Umsatzeinbruch von mindestens 30 Prozent antragsberechtigt und die Antragstellung erfolgt durch prüfende Dritte.

Die sogenannte Restart-Prämie läuft plangemäß im September aus. Der Eigenkapitalzuschuss, zur Substanzstärkung besonders stark und andauernd betroffener Unternehmen, wird auch über den September hinaus bis Dezember 2021 zur Verfügung stehen.

Die FAQ zur Überbrückungshilfe III Plus und zur Neustarthilfe Plus werden überarbeitet und zeitnah veröffentlicht. Nach Anpassung des Programms kann die Antragstellung über die bekannte Plattform ueberbrueckungshilfe-unternehmen.de erfolgen. Antragsbearbeitung und Auszahlung erfolgen in der Verantwortung der Länder.

[Pressemitteilung BMWi, BMF vom 08.09.2021](#)

Keine Entschädigungsleistungen für Ungeimpfte ab spätestens 1. November 2021

Die Gesundheitsministerkonferenz (GMK) will spätestens zum 1. November deutschlandweit Entschädigungszahlungen für Ungeimpfte, die als Kontaktpersonen oder Rückkehrer in Quarantäne müssen und sich hätten impfen lassen können, beenden. Wer aus nicht medizinisch indizierten Gründen eine Impfung ablehnt, kann nicht von der Gemeinschaft erwarten, dass sie für den Verdienstaufschlag aufkommt, der durch die Quarantänepflicht entsteht. Wer sich aus medizinischen Gründen nicht impfen lassen kann, kann dies mit einem ärztlichen Attest nachweisen. Zudem wird für Personen weiter gezahlt für die noch keine öffentliche Impfpflicht vorliegt oder bis zu acht Wochen vor der Absonderungsanordnung vorlag.

Die Regelung ist bereits in § 56 Absatz 1 des Infektionsschutzgesetzes festgeschrieben und rechtlich zwingend, es gibt keinen Ermessensspielraum.

[Gesundheitsministerkonferenz PM Nr. 258 vom 22.9.2021](#)

Fragerecht des Arbeitgebers nach dem Impfstatus

Medizinische Einrichtungen dürfen nach § 23a Satz 1 IfSG personenbezogene Daten eines Beschäftigten über dessen Impf- und Serostatus verarbeiten, soweit dies zur Erfüllung von Verpflichtungen aus § 23 Abs. 3 IfSG erforderlich ist. Das Fragerecht wird durch die Erfüllung infektionsschutzrechtlicher Verpflichtungen legitimiert und dient der Verringerung infektionsschutzrechtlicher Risiken.

Für Unternehmen außerhalb medizinischer Einrichtungen fehlen entsprechende Regelungen, insbesondere kann die Spezialregelung nach § 23a Satz 1 IfSG nicht analog angewendet werden.

Der Arbeitgeber ist gem. § 618 BGB, §§ 3, 4 ArbSchG verpflichtet, die Arbeit so zu gestalten, dass eine Gefährdung für das Leben sowie die Gesundheit möglichst vermieden und die verbleibende Gefährdung möglichst geringgehalten wird. Vollständig geimpfte Personen haben nach der Bewertung RKI ein erheblich vermindertes Erkrankungsrisiko und auch das Risiko einer Virusübertragung ist stark vermindert, sodass es für Unternehmen wichtig ist, den Impfstatus der Beschäftigten zu kennen, zumal ein Test nur eine Momentaufnahme liefert.

Die Zulässigkeit der Frage nach dem Impfstatus wird überwiegend unter Verweis auf das Datenschutzrecht abgelehnt. Es ist bereits zweifelhaft, ob die allgemeinen Voraussetzungen für eine Datenverarbeitung vorliegen, da der Impfstatus in der Regel nicht zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich im Sinne von § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG ist. Der Impfstatus ist ein Gesundheitsdatum, für dessen Verarbeitung die besonders hohen Anforderungen gemäß Art. 9 Abs. 2 DSGVO bzw. Art. 88 DSGVO iVm. §§ 22, 26 Abs. 3 Satz 1 BDSG gelten. Die mit der Abfrage des Impfstatus einhergehende Datenverarbeitung erfolgt im Zweifel nicht zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht, sodass eine datenschutzrechtliche Rechtfertigung ausgeschlossen ist und allgemeine Abfragen des Impfstatus im Unternehmen außerhalb medizinischer Einrichtungen somit ein hohes Risiko datenschutzrechtlicher Sanktionen bergen.

Die neue SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung schafft keine Klarheit im Hinblick auf das Fragerecht von Arbeitgebern zum Impfstatus. Sie enthält lediglich eine Regelung, wonach Arbeitgeber eine Information zum Impfstatus eines Arbeitnehmers, woher auch immer sie stammt, verwenden darf. Eine Ermächtigungsgrundlage zur Abfrage wird gerade nicht geschaffen.

II. Arbeits- Sozialversicherungs- und Tarifrecht

Anspruch auf Entgeltgleichheit kraft Primärrecht

Der in Art. 157 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) verankerte Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen entfaltet aufgrund der Notwendigkeit einer einheitlichen und effektiven Auslegung auch hinsichtlich „gleichwertiger Arbeit“ unmittelbare Wirkung zwischen Privaten.

Das deutsche Recht enthält in §§ 3, 4, 7 EntgTranspG ein umfassendes Verbot der Entgelt-diskriminierung, das sowohl bei gleicher als auch bei gleichwertiger Tätigkeit greift, sodass die vom EuGH hergeleiteten Ansprüche bereits dem EntgTranspG zu entnehmen sind.

Die Entscheidung des EuGH (s.u.) hebt zudem das Gebot einer betriebsübergreifenden Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich der Entgelte hervor. Sofern es sich bei den Arbeitgebern in beiden Betrieben um eine „einheitliche Quelle“ handelt, muss also eine Gleichbehandlung erfolgen, wobei eine einheitliche Quelle anzunehmen ist, wenn ein Arbeitgeber unmittelbaren Einfluss auf die Gehälter in beiden Betrieben nehmen kann. Entgeltgleichheit hat auch in verschiedenen Betrieben desselben Unternehmens zu gelten. Jedoch bleibt die Definition der gleichwertigen Arbeit den nationalen Gerichten überlassen.

Da völlige Gleichheit praktisch nie vorkommen wird, wird insoweit ein großzügiger Maßstab zugrunde zu legen sein.

[EuGH Urt. v. 3.6.2021 – C-624/19](#)

Geltung einer versehentlich zu lang gewählten Kündigungsfrist

Kündigt ein Arbeitgeber fristlos, hilfsweise fristgerecht zum nächstmöglichen Termin und benennt als Beendigungstermin ein konkretes Datum mit versehentlich zu lang gewählter Kündigungsfrist, kann die Auslegung nach dem Empfängerhorizont trotz des erkennbaren, schnellstmöglichen Beendigungswillens des Arbeitgebers die Auflösung des Arbeitsverhältnisses erst zu dem genannten Datum ergeben. Der ausdrücklich in der Kündigung genannte Termin ist maßgeblich, denn das Bestimmtheitsgebot steht einer Auslegung der Kündigungserklärung zu einem anderen Termin entgegen, wenn eine ordentliche Kündigung ohne weiteren Zusatz zu einem bestimmten Datum erklärt worden ist. Es ist nicht die Aufgabe des Arbeitnehmers darüber zu rätseln, zu welchem anderen als in der Kündigungserklärung angegebenen Termin der Arbeitgeber die Kündigung gewollt haben könnte.

[LAG Hamm Urteil vom 16.6.2021 \(10 Sa 122/21\)](#)

Anrechnung anderweitig erzielten Verdienstes bei unwiderruflicher Freistellung

Anderweitig erzielter Verdienst wird bei einer unwiderruflichen Freistellung grds. nur bei entsprechender ausdrücklicher Vereinbarung auf Vergütungsansprüche angerechnet. Jedoch kann eine Vereinbarung zum vorzeitigen Ausscheiden in einem Aufhebungsvertrag als konkludente Vereinbarung einer Anrechnung anderweitigen Verdienstes ausgelegt werden, wenn der Vertrag zur Frage, was gelten soll, wenn der Arbeitnehmer zwar in der Freistellungszeit eine neue Beschäftigung aufnehmen, jedoch nicht von der sog. Sprinterklausel Gebrauch machen will, keine Aussage trifft. Dann enthält der Aufhebungsvertrag eine planwidrige Regelungslücke, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gefüllt werden muss. Um dies zu vermeiden, sollten Klauseln zum vorzeitigen Ausscheiden unbedingt klare Regelungen hinsichtlich der Anrechnung anderweitig erzielten Verdienstes enthalten.

[BAG Urt. v. 23.2.2021 – 5 AZR 314/20](#)

Anhebung des Mindestlohns ist keine Änderung betrieblicher Entlohnungsgrundsätze

Der Mindestlohnanspruch aus § 1 Abs. 1 MiLoG ist ein gesetzlicher Anspruch, der eigenständig neben den arbeits- oder tarifvertraglichen Entgeltanspruch tritt. § 3 MiLoG führt bei Unterschreiten des gesetzlichen Mindestlohns zu einem Differenzanspruch. Mit der Erfüllung des Mindestlohnanspruchs setzt der Arbeitgeber gesetzliche Vorgaben um und trifft gerade keine Entscheidung betreffend die Änderung eines mitbestimmt aufgestellten Vergütungssystems, so dass kein Raum für eine Mitbestimmung des Betriebsrats gem. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG gegeben ist.

[BAG Beschl. v. 27.4.2021 – 1 ABR 21/20](#)

Arbeitgeber darf Rückkehr aus Homeoffice anordnen

Ein Anspruch auf Arbeiten im Homeoffice kann sich aus dem Arbeitsvertrag oder sonstiger ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung ergeben. Die SARS-CoV-2-ArbSchV begründet nach dem Willen des Ordnungsgebers kein subjektives Recht auf Homeoffice. Auch §106 Satz 1 GewO begründet keine Pflicht des Arbeitgebers, sein Direktionsrecht dahingehend auszuüben, das Arbeiten im Homeoffice weiterhin zu bewilligen. Die Konkretisierung der Arbeitspflicht ist Sache des Arbeitgebers. Die allgemeine Gefahr, sich auf dem Weg zur Arbeit mit Covid-19 anzustecken und das allgemeine Infektionsrisiko am Arbeitsort und in der Mittagspause stehen einer Verpflichtung zum Erscheinen im Büro nicht entgegen. Ist der Arbeitsort weder im Arbeitsvertrag noch kraft späterer ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung der Parteien auf die Wohnung des Arbeitnehmers festgelegt, darf der Arbeitgeber unter Wahrung billigen Ermessens den Arbeitsort durch Weisung neu bestimmen.

[Pressemitteilung des LArbG München v. 31.08.2021](#)

Beendigungsmöglichkeiten für die mobile Arbeit sind in Form eines Widerrufsvorbehaltes oder Kündigungsrechts denkbar, es sollten beispielhaft einige Beendigungsgründe genannt werden. Dazu können neben den „betrieblichen Gründen“ insbesondere die Nichtbeachtung konkreter Anforderungen durch den Beschäftigten, bspw. zum Daten- oder Arbeitsschutz, zählen. Zu beachten ist, dass durch solche Klauseln das Weisungsrecht des Arbeitgebers begrenzt wird. Alternativ kann sich die Aufnahme einer Versetzungsklausel anbieten. Die Weisung zurück in den Betrieb ist Ausübung des arbeitsvertraglichen Direktionsrechtes. Allerdings muss auch in diesem Fall die konkrete Weisung billigem Ermessen entsprechen. (LArbG München, Urteil v. 26.08.2021 – 3 SaGa 13/21). Unabhängig von der rechtlichen Ausgestaltung kommt es im Ergebnis auf den Einzelfall an. Arbeitgeber sind gut beraten, konkrete Vorfälle zu dokumentieren, um Gründe für die Beendigung der mobilen Arbeit und des Homeoffice im Zweifel darlegen zu können. Schließlich geht mit der Weisung zur Rückkehr in den Betrieb regelmäßig eine Versetzung nach § 95 Abs. 3 BetrVG einher (vgl. LAG Düsseldorf v. 10.9.2014 – 12 Sa 505/14).

[LAG Nürnberg, Urteil vom 11.05.2021 \(7 Sa 289/29\)](#)

Betriebsrat kann elektronische Zeiterfassung erzwingen

Bislang galt, dass dem Betriebsrat kein Initiativrecht bei der Einführung und Anwendung technischer Einrichtungen iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG zusteht (BAG vom 28.11.1989 – 1 ABR 97/88). Der Betriebsrat kann danach nicht die Einführung einer technischen Kontrolleinrichtung verlangen und ggf. über den Spruch einer Einigungsstelle erzwingen. Sinn des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ist es, Eingriffe in den Persönlichkeitsbereich der Beschäftigten durch Verwendung anonymer technischer Kontrolleinrichtungen nur bei gleichberechtigter Mitbestimmung des Betriebsrats zuzulassen. Dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats kommt insoweit eine Abwehrfunktion zu. Dieser Zweckbestimmung widerspricht es, wenn der Betriebsrat selbst die Einführung einer solchen technischen Kontrolleinrichtung verlangen könnte. Nach bislang einhelliger Auffassung in Literatur

und Rechtsprechung kann der Betriebsrat weder die Einführung einer technischen Kontrolleinrichtung verlangen noch sich gegen deren Abschaffung wenden. Er kann lediglich Änderungen bestehender Kontrolleinrichtungen initiieren.

Abweichend hiervon hat das LAG Hamm nun festgestellt, dass dem Betriebsrat bei der Einführung einer elektronischen Zeiterfassung ein Initiativrecht zusteht. Begründet wird dies zunächst mit dem Wortlaut des Einleitungssatzes von § 87 Abs. 1 BetrVG („mitzubestimmen“) und § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG („Einführung“). Mitbestimmung „im Wortsinn“ beschreibe das Recht auf Mitgestaltung im Sinne gleichwertiger Verhandlungspartner. Die Ausübung der Mitbestimmung als reines „Vetorecht“ komme insoweit nicht in Betracht. Im Sinne eines Mitgestaltungsrechts müsse grundsätzlich auch dem Betriebsrat die Initiative zukommen können, in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten Verhandlungen aufzunehmen und zu verlangen.

[Landesarbeitsgericht \(LAG\) Hamm, Urteil vom 27. Juli 2021 \(7 TaBV 79/20\)](#)

(Gegen die Entscheidung des LAG Hamm wurde Rechtsbeschwerde beim BAG eingelegt)

Entschädigung der Folgen einer Gripeschutzimpfung als Arbeitsunfallfolgen?

Unterbreitet ein Arbeitgeber ein Impfangebot, zu dessen Annahme der Arbeitnehmer weder aus dem Tarif- oder Arbeitsvertrag noch aufgrund einer Weisung des Arbeitgebers im Rahmen des Direktionsrechts verpflichtet ist, besteht für etwaige gesundheitliche Folgen aus der Impfung kein Anspruch gegen die Berufsgenossenschaft auf Entschädigungsleistungen. Ein Arbeitsunfall im Sinne des Rechts der gesetzlichen Unfallversicherung liegt nicht vor. Die Teilnahme an der Gripeschutzimpfung dient nicht einer objektiv bestehenden Haupt- oder Nebenpflicht aus dem Beschäftigungsverhältnis. Eine subjektive Vorstellung, durch die Impfung auch den Interessen des Arbeitgebers zu dienen, genügt nicht, um den Versicherungsschutz zu begründen.

[LSG Rheinland-Pfalz PM Nr. 1 vom 7.9.2021](#)

Erschütterung des Beweiswerts einer AU-Bescheinigung

Zum Nachweis der Arbeitsunfähigkeit ist die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung grundsätzlich das gesetzlich vorgesehene Beweismittel. Dessen Beweiswert kann der Arbeitgeber erschüttern, wenn er tatsächliche Umstände darlegt und ggf. beweist, die Anlass zu ernsthaften Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit geben. Gelingt das dem Arbeitgeber, muss der Arbeitnehmer substantiiert darlegen und beweisen, dass er arbeitsunfähig war. Kündigt ein Arbeitnehmer sein Arbeitsverhältnis und wird er am Tag der Kündigung arbeitsunfähig krankgeschrieben, kann dies den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung insbesondere dann erschüttern, wenn die bescheinigte Arbeitsunfähigkeit passgenau die Dauer der Kündigungsfrist umfasst.

[Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 8. September 2021 – 5 AZR 149/21](#)

Kein Beschäftigungsanspruch bei ärztlich attestierter Masken-Unverträglichkeit

Ein Arbeitgeber darf die Beschäftigung seines Arbeitnehmers im Betrieb verweigern, wenn es diesem – belegt durch ein ärztliches Attest – nicht möglich ist, eine Mund-Nasen-Bedeckung zu tragen. Der Arbeitnehmer ist in diesem Fall arbeitsunfähig. Der Gesundheits- und Infektionsschutz der übrigen Mitarbeiter und ggf. Besucher ist gewichtiger als das Interesse des Arbeitnehmers an einer Beschäftigung ohne Mund-Nasen-Bedeckung. Die Maskenpflicht ist durch die geltende Coronaschutzverordnung und das Direktionsrecht des Arbeitgebers gedeckt. Ist der Arbeitnehmer ärztlich attestiert nicht zum Tragen der Maske in der Lage, ist er arbeitsunfähig und hat keinen Anspruch auf Beschäftigung und Annahmeverzugslohn oder Schadensersatz. Insbesondere besteht kein Anspruch auf Einrichtung eines Homeoffice-Arbeitsplatzes, wenn zumindest Teile der übertragenen Aufgaben vor Ort erledigt werden müssen. Weder beseitigt eine partielle Tätigkeit die bestehende Arbeitsunfähigkeit noch kennt das Entgeltfortzahlungsgesetz eine partielle Arbeitsunfähigkeit.

[Pressemitteilung des ArbG Siegburg v. 14.09.2021](#)

III. Bauvertragsrecht

Preiserhöhungen: Sicherung der AN-Rechte gem. § 16 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 VOB/B

Von Lieferanten und Herstellern werden erneut Materialpreiserhöhungen vorgenommen auf die sich die ausführenden Firmen gegenüber den Auftraggebern einzustellen haben. Die Preissteigerungen sind nicht nur bei Angeboten zu berücksichtigen, sondern müssen insbesondere bei laufenden Bauverträgen bedacht werden. So ist zu prüfen, ob im Hinblick auf die Nichteinhaltung der Ausführungstermine durch bauseits bedingte Verhältnisse rechtzeitig unter Hinweis auf die Behinderung gemäß § 6 VOB/B gegenüber dem Auftraggeber erklärt werden muss, dass die Preise nicht mehr gehalten werden können.

Der Auftragnehmer hat die Möglichkeit, gemäß der Behinderungsanzeige nach § 6 VOB/B zu erklären, dass sich das aufgrund der Nichteinhaltung der Bauzeit nicht zu den „alten“ Preisen abgerufene Material verteuert hat und durch diese Behinderung Materialpreiserhöhungen in der Abrechnung eintreten bzw. dem Auftraggeber nach § 16 Abs. 1 VOB/B die Möglichkeit zu geben, das Material zu den „alten“ Konditionen einzukaufen und entweder zu Lasten des Auftraggebers beim Großhändler oder an anderer Stelle einzulagern bzw. dem Auftraggeber das noch zu „alten“ Preisen eingekaufte Material gegen entsprechende Zahlung zu übereignen. Nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 VOB/B kann eine Abschlagszahlung für diese Bauteile verlangt werden, wenn dem AG nach seiner Wahl das Eigentum an ihnen übertragen ist oder entsprechende Sicherheit gegeben wird.

Um zu vermeiden, dass Mehrkostenforderungen des durch den Auftraggeber mit Hinweis auf die (nicht genutzte) Möglichkeit nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 VOB/B zurückgewiesen werden, sollten sich Auftragnehmer dieses Instruments der Abrufung von Materialien zu alten Preisen im Rahmen des ursprünglich vereinbarten Bauvertrages, bedienen und auf eine entsprechende Vereinbarung mit dem Auftraggeber hinwirken. Lehnt der Auftraggeber dies ab, ist er im Rahmen der Behinderung gemäß § 6 Abs. 1 VOB/B auf die Mehrkosten

hinzuweisen und kann die Möglichkeit des § 16 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 VOB/B nicht mehr entgegenhalten.

Zeitpunkt der Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers (§ 642 BGB)

Unterlässt der Auftraggeber eine ihm obliegende, bei der Herstellung des Bauwerks erforderliche Mitwirkungshandlung und gerät er hierdurch in Annahmeverzug, steht dem Auftragnehmer aus § 642 BGB ein verschuldensunabhängiger Entschädigungsanspruch zu. Die dem Auftraggeber obliegende Mitwirkungsleistung bei Bauverträgen besteht u. a. darin, dass er das Baugrundstück als für die Leistung des Auftragnehmers aufnahmebereit zur Verfügung stellt, die erforderlichen Vorunternehmerleistungen insoweit also erbracht sind und die erforderlichen Pläne vorgelegt werden. Die Frage, zu welchem Zeitpunkt einzelne Mitwirkungshandlungen zu erbringen sind, richtet sich nach dem Bauablauf, wie er vom Auftragnehmer in den Grenzen der vertraglichen Terminvereinbarungen nach seinen bautechnischen und baubetrieblichen Anforderungen vorgesehen ist. Bei ungestörtem Bauablauf kann dies dem aufgestellten Bauablauf- oder Terminplan zu entnehmen sein. Etwas anderes gilt, wenn der tatsächliche Bauablauf von Verzögerungen und zahlreichen Umplanungen geprägt ist.

OLG Hamburg, Urteil vom 16.11.2018 - 1 U 40/17, IBRRS 2021, 2661

BGH, Beschl. v. 05.05.2021 - VII ZR 251/18 (Nichtzulassungsbeschw. zurückgewiesen)

Sachverständigenkosten zur Ermittlung der Schadenshöhe sind erstattungsfähig

Der Auftraggeber kann vom Architekten diejenigen Aufwendungen als Schaden ersetzt verlangen, die ein wirtschaftlich denkender Mensch in der Lage des Geschädigten für zweckmäßig und notwendig halten durfte, um die auf Fehlleistungen des Architekten zurückzuführenden Mängel zu beseitigen. Der Anspruch richtet sich seinem Inhalt nach auf Ersatz des zur Mängelbeseitigung "erforderlichen" bzw. "notwendigen" Geldbetrags. Die Kosten für die Planung und Überwachung der Mängel- und Schadensbeseitigungsarbeiten (sog. Regiekosten) sind dem Grunde nach genauso erstattungsfähig wie die Sachverständigenkosten zur Ermittlung der Schadenshöhe.

OLG Dresden, Urteil vom 23.07.2020 - 10 U 1863/19, IBRRS 2021, 2570

BGH, Beschl. v. 09.06.2021 - VII ZR 122/20 (Nichtzulassungsbeschw. zurückgewiesen)

Wird Weiterarbeit an Abschlagszahlung geknüpft, kann der Auftraggeber kündigen

Eine Werklohnforderung wird grundsätzlich erst mit der Abnahme fällig. Der Auftragnehmer kann die weitere Ausführung seiner Arbeiten deshalb nicht von einer Zahlung abhängig machen. Die unberechtigte Einstellung der Arbeiten berechtigt den Auftraggeber zur Kündigung des Bauvertrags aus wichtigem Grund.

OLG Koblenz, Beschluss vom 21.09.2020 - 3 U 490/20, IBRRS 2021, 2763

BGH, Beschl. v. 05.05.2021 - VII ZR 156/20 (Nichtzulassungsbeschw. zurückgewiesen)

Vortrag von Mängeln ins Blaue hinein ist nicht ausreichend

Zwar genügt es nach der sogenannten Symptomrechtsprechung im Werkvertrag, die Mangelercheinung konkret darzustellen, d.h. der Auftraggeber muss die technischen Ursachen für das Mangelsymptom nicht benennen. Diese Rechtsprechung gilt auch für Planungs-, Ausführungs- und Überwachungsfehler. Jedoch reicht es nicht aus, wenn die Mangelsymptome lediglich „ins Blaue hinein“ beschrieben werden, sodass eine Überprüfung durch einen Sachverständigen nicht möglich ist, weil dieser erst selbst ermitteln müsste, worin etwaige Unzulänglichkeiten bestehen.

Hinweis für die Praxis: Um einen Mangel anzuzeigen und geltend zu machen, reicht es aus, den Mangel zu beschreiben. Nicht notwendig ist, dass der Auftraggeber auch die Ursache für den Mangel benennen muss, er hat hier die Möglichkeit, Vermutungen anzustellen, muss jedoch das Symptom des Mangels konkret beschreiben. Wenn z.B. eine Heizung einen Raum nicht mit einer bestimmten Gradzahl aufheizt, kann das ein Mangelsymptom sein. Der Sachverständige kann dann prüfen, unter welchen Voraussetzungen diese Raumtemperaturen gegeben sind. Das bedeutet, es muss vorgetragen werden, welche Funktion das Werk unter welchen Einsatzbedingungen hat. Weiterhin muss beschrieben werden, wo das Leistungsdefizit gesehen wird. Letztendlich muss dem Planer das entsprechende Mangelsymptom auch zugeordnet werden können. Das heißt, der Planer muss auch den Planungsauftrag für diese mangelhafte Leistung gehabt haben.

OLG München, Beschluss vom 28.03.2019 (Gz.: 27 U 213/19), IBRRS 2021, 0037
(BGH, Beschl. v. 25.03.2020 – VII ZR 94/19- Nichtzulassungsbeschw. zurückgewiesen)

Der Unternehmer kann bei Abnahmeverweigerung direkt auf Zahlung klagen

Liegt weder eine förmliche Abnahme (§ 640 Abs. 1 BGB) noch -mangels Fristsetzung- eine fiktive Abnahme (§ 640 Abs. 2 Satz 1 BGB) vor, kann dennoch bei sog. Abnahmereife unmittelbar auf Zahlung des Werklohns geklagt werden, wenn der Werkbesteller die Abnahme zu Unrecht verweigert, da im Zahlungsantrag ein konkludentes Abnahmeverlangen liegt.

Praxishinweis: Gleichwohl ist es sinnvoll, vor Klageerhebung Klarheit zu schaffen und eine Abnahmefrist zu setzen. Dadurch wird der Besteller gezwungen, sich kurzfristig zu erklären und angebliche Mängel zu benennen. Anschließend kann es zur Klärung z. B. im Rahmen einer Zustandsfeststellung kommen. Das erhöht die Chance auf eine schnelle außergerichtliche Einigung. Verstreicht die Abnahmefrist ungenutzt, werden abgesehen von der Fälligkeit alle weiteren für den Unternehmer günstigen Wirkungen der Abnahme bereits im Vorfeld der Klage herbeigeführt: Beweislastumkehr, Gefahrübergang, Zinsbeginn, Beginn der Verjährung von Mängelansprüchen, was die Position des Unternehmers im Prozess stärkt.

[OLG Nürnberg, Beschluss vom 17.05.2021 – 13 U 365/21](#)

Ein mündlicher Bedenkenhinweis kann ausreichen

Seiner Bedenkenhinweispflicht kommt der Auftragnehmer nur nach, wenn er die nachteiligen Folgen und die sich daraus ergebenden Gefahren der unzureichenden Vorgaben konk-

ret darlegt, damit dem Auftraggeber die Tragweite der Nichtbefolgung hinreichend verdeutlicht wird. Der Bedenkenhinweis hat zwar nach § 4 Abs. 3 VOB/B schriftlich zu erfolgen, das bedeutet aber nicht, dass ein mündlicher Hinweis unerheblich ist. Vielmehr reicht ein mündlicher Hinweis aus, wenn dieser eindeutig, inhaltlich klar, vollständig und erschöpfend ist.

[OLG Brandenburg, Urteil vom 29.07.2021 - 12 U 230/20](#)

Keine Stundenlohnvereinbarung durch die Abzeichnung von Stundenlohnzetteln

Arbeiten werden nur dann im Stundenlohn vergütet, wenn dies vereinbart worden ist. Die Abzeichnung von Stundenlohnzetteln durch den Auftraggeber genügt in der Regel nicht für die Annahme einer nachträglichen Vereinbarung einer Stundenlohnzahlung.

[OLG Köln, Urteil vom 04.01.2021 - 17 U 165/19](#)

BGH, Beschl. v. 19.05.2021 - VII ZR 73/21 (Nichtzulassungsbeschw. zurückgenommen)

Mehrvergütung bei nicht angeordneter Leistungsänderung

Problem: AN meldet Bedenken gegen die vorgesehene Ausführung an, weil aus seiner Sicht eine notwendige Leistung vertraglich nicht vorgesehen ist. Der AG besteht auf einer funktionstauglichen Leistung, ohne dass das als vergütungspflichtige Anordnung zu werten sein soll, da die vom AN genannte Leistung nicht notwendig, jedenfalls aber mit den vereinbarten Preisen abgegolten ist.

Durchsetzung des Mehrvergütungsanspruchs für vertraglich nicht eingepreiste, aber objektiv notwendige Leistungen: Grundsätzlich ist eine wirksame Anordnung des AG Voraussetzung für einen Mehrvergütungsanspruch des AN. Dies gilt sowohl für Mehrvergütungsansprüche nach § 2 Abs. 5 VOB/B (geänderte Leistung) bzw. § 2 Abs. 6 VOB/B (zusätzliche Leistung) als auch nach § 650c BGB für eine Anordnung nach § 650b BGB (hierfür ist sogar eine Anordnung in Textform erforderlich, § 650b Abs. 3 BGB).

Erklärt der AG ausdrücklich, keine Anordnung zu erteilen und verlangt gleichzeitig eine funktionstaugliche Leistung vom AN, ist die objektive Sichtweise entscheidend. Danach kommt es darauf an, ob die Leistungsänderung aus objektiver Sicht erforderlich ist, um ein funktionstaugliches Werk herzustellen und ob die Erbringung der geänderten Leistung aus objektiver Sicht noch nicht mit den vertraglich vereinbarten Preisen abgegolten ist.

Liegen beide Voraussetzungen vor, ist das Verhalten des AG widersprüchlich: Einerseits hat er erklärt, eine Leistungsänderung nicht anordnen zu wollen. Andererseits hat er gleichzeitig die Herstellung eines funktionstauglichen Werks verlangt, was wiederum in objektiver Hinsicht gerade voraussetzt, dass der AN die Leistungsänderung ausführt. Dieses objektiv widersprüchliche Verhalten des AG ist unkooperativ und stellt im Rahmen der Durchführung eines Bauvorhabens einen Verstoß gegen das bauvertragliche Kooperationsgebot dar.

Entscheidet sich der AN in dieser Situation, die Werkleistung geändert auszuführen, kann sich der AG wegen seines eigenen Kooperationsverstoßes nicht darauf berufen, eine entsprechende Leistungsänderung weder begehrt noch angeordnet zu haben. Dies gilt auch,

wenn eine wirksame Anordnung nach § 650b BGB wegen eines Verstoßes gegen das Textformerfordernis gemäß § 650b Abs. 3 BGB fehlt.

Der AG kann die Zahlung einer Mehrvergütung nur vermeiden, wenn er vor Ausführung der Leistungsänderung durch den AN klar und eindeutig erklärt, dass der AN unter keinen Umständen eine Leistung ausführen soll, die zu einer Mehrvergütung führt. Er muss klarstellen, dass dies selbst dann gilt, wenn die Leistungsänderung zur Funktionstauglichkeit des Werks zwingend erforderlich ist. Braucht der AG Bedenkzeit, kann er ausdrücklich den Stopp der Arbeiten anzuordnen, hat er das nicht getan, muss er in Kauf nehmen, dass der AN die geänderten Leistungen ausführt und hierfür den Mehrvergütungsanspruch geltend macht.

Neben den genannten Voraussetzungen (Leistungsänderung objektiv erforderlich und noch nicht mit den Vertragspreisen abgegolten) muss der AN vor der Ausführung zwingend Bedenken angemeldet haben. Erst dann kann er vom AG erwarten, dass dieser sich klar und eindeutig erklärt, ob die Leistungsänderung ausgeführt werden soll.

Diese Grundsätze gelten sowohl für § 650b BGB als auch für Anordnungen nach § 1 Abs. 3 bzw. 1 Abs. 4 VOB/B.

Die Höhe des Mehrvergütungsanspruchs bestimmt sich nach § 650c BGB. Dies gilt auch dann, wenn sich die Parteien über die Änderung des Leistungsinhalts eines Bauvertrags einig sind, dabei aber keine Vereinbarung über die Höhe getroffen haben. Maßgeblich sind demnach die tatsächlich erforderlichen Kosten, zuzüglich angemessener Zuschläge für Allgemeine Geschäftskosten (AGK) sowie Wagnis und Gewinn (die Baustellengemeinkosten, kurz BGK, werden im Rahmen der tatsächlich erforderlichen Kosten vergütet). Hat der AN vereinbarungsgemäß eine Urkalkulation beim AG hinterlegt, wird – wenn der AN dies nach seiner Wahl möchte – gemäß § 650c Abs. 2 S. 2 BGB vermutet, dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung der Vergütung nach § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB entspricht.

Darüber hinaus kann der Auftragnehmer unter den Voraussetzungen des § 2 Abs. 8 VOB/B auch ohne Anordnung des Auftraggebers einen Mehrvergütungsanspruch geltend machen. Als weitere Anspruchsgrundlage kommen (auch beim VOB-Vertrag) jeweils subsidiär außerdem die Vorschriften des BGB über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB) und die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff. BGB) in Betracht.

[Kammergericht Berlin, Urteil vom 07.09.2021 – 21 U 86/21](#)

IV. Vergaberecht

Umsteigen auf andere technische Spezifikation während des Vergabeverfahrens

Der Auftraggeber, der zunächst eine ihm möglicherweise eher zufällig bekannte Spezifikation benutzt, darf während des Vergabeverfahrens lernen, z. B. auf Hinweis 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 und die Angebotsfristen verlängern.

VK Lüneburg, Beschluss vom 02.03.2021 - VgK-01/2021, IBRRS 2021, 2662

Abgrenzung Bieterfrage - Verfahrensrüge

Grundsätzlich ist bei reinen Verständnisfragen, Unklarheiten in den Vergabeunterlagen bzw. wenn zu einzelnen Aspekten insbesondere der Leistungsbeschreibung nähere Informationen erlangt werden sollen, eine Bieterfrage das probate Mittel.

Eine Rüge ist geboten, wenn der Bieter einen spezifischen Vergaberechtsverstoß identifiziert hat. Hierbei ist die 10-Tages-Frist gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB zu beachten, um sich nicht dem Risiko auszusetzen, mit der Geltendmachung dieses Verstoßes präkludiert zu sein. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich um eine nach Auffassung des Bieters rechtswidrige Bestimmung in Vergabeunterlagen handelt, die ihn daran hindert, ein Angebot abzugeben, die er als „unzumutbar“ bewertet oder die zur Folge hat, dass seine Erfolgsaussichten im Vergabeverfahren sich konkret verschlechtern.

Die Abgrenzung zwischen Bieterfrage und Rüge ist wichtig. Wenn ein Bieter eine Rüge erhebt und der Auftraggeber diese zurückweist, wird gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB eine 15-Tages-Frist für die Einreichung des Nachprüfungsantrags ausgelöst. Eine Rügezurückweisung muss nicht explizit als solche bezeichnet werden, es ist ausreichend, wenn aus der Antwort inhaltlich hervorgeht, dass einer Rüge nicht abgeholfen wird. Ist der Bieter sich nicht bewusst, dass er de facto eine Rüge erhoben hat und antwortet der Auftraggeber nicht explizit mit „Wir weisen ihre Rüge zurück“, besteht die Gefahr, dass diese 15-Tages-Frist versäumt wird.

Zur Abgrenzung von „Fragen“ und „Rügen“ führt die Vergabekammer des Bundes aus:

- Es kommt nicht darauf an, als was der Bieter seine Beanstandung verstanden wissen will. Ob er (subjektiv) eine Frage stellen will, ist irrelevant. Allein entscheidend ist, ob diese „Frage“ bei objektiver Betrachtung (noch) eine Frage oder (schon) eine Rüge ist.
- Es kommt nicht darauf an, ob der Bieter mit dem Auftraggeber bereits vorher „in diesem Stil“ kommuniziert, vergleichbare Fragen gestellt hat und es daher zwischen Bieter und Auftraggeber „üblich“ ist, dass man derartige Probleme „im Dialog“ löst.
- Eine objektive Betrachtungsweise ist entscheidend: Es kommt auf den Zweck der Rügeobliegenheit an. Eine Rüge soll dem Auftraggeber frühzeitig Gelegenheit geben, ein vergaberechtswidriges Verhalten zu erkennen und dieses zu beseitigen, um das Vergabeverfahren möglichst ohne ein Nachprüfungsverfahren zum Abschluss zu bringen. Eine Rüge liegt bereits dann vor, wenn der Bieter die Tatsachen, auf die er seine Beanstandung stützt, so konkret wie nötig benennt und deutlich macht, dass es sich aus seiner Sicht um einen Vergaberechtsverstoß handelt, dessen Abhilfe er begehrt. Ob dies als explizit „Frage“ verpackt wird oder ob das Schreiben des Bieters als rhetorisches Mittel mit einem Fragezeichen endet, ist unerheblich.

- Für die Nichtabhilfemitteilung kommt es nicht darauf an, ob diese explizit als „Rügezurückweisung“ bezeichnet wird. Ausreichend für die Auslösung der 15-Tages-Frist nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB ist vielmehr, dass der Auftraggeber klar zum Ausdruck bringt, dass er der Auffassung des Bieters nicht folgt. Dies kann auch bereits dann der Fall sein, wenn der Auftraggeber schlichtweg antwortet, er werde die Vergabeunterlagen nicht anpassen.

[Vergabekammer des Bundes, 28. Mai 2020 \(VK 1-34/20\)](#)

Umgang mit widersprüchlichen Preisangaben

Lassen sich die vom Bieter angebotenen Preise nicht zweifelsfrei ermitteln, weil die Eintragungen der Preise im Leistungsverzeichnis nicht denen im Angebotsblatt entsprechen, enthält das Angebot nicht die erforderlichen Preisangaben und ist auszuschließen. Eine Nachforderung bzw. Aufklärung von nicht eindeutigen Preisen ist unzulässig.

[VK Bund, Beschluss vom 12.03.2021 - VK 1-20/21](#)

V. Steuerrecht

Vorsteuerabzug - Angabe des Leistungszeitpunkts bzw. -zeitraums in der Rechnung

In Reaktion auf die aktuelle BFH-Rechtsprechung hat die Finanzverwaltung den Umsatzsteuer-Anwendungserlass angepasst.

Die Angabe des Kalendermonats als Leistungszeitpunkt (§ 14 Abs. 4 Satz 1 Nr. 6 UStG i. V. m. § 31 Abs. 4 UStDV) kann sich unter Beachtung der unionsrechtlichen Vorgaben aus dem Ausstellungsdatum der Rechnung ergeben, wenn nach den Verhältnissen des jeweiligen Einzelfalls davon auszugehen ist, dass die Leistung in dem Monat bewirkt wurde, in dem die Rechnung ausgestellt wurde. (BFH Urteil v. 1. 3. 2018 - V R 18/17),

Erlaubt die Leistungsbeschreibung keinen Rückschluss auf den Ort der Leistungserbringung und eine mögliche Steuerpflicht, erfüllen die Rechnungen mangels ordnungsgemäßer Leistungsbeschreibung nicht die Voraussetzungen für einen Vorsteuerabzug.

Rechnungen, die nicht den Zeitpunkt der Lieferung oder sonstigen Leistung nach § 14 Abs. 4 Nr. 6 UStG enthalten, sind nicht ordnungsgemäß ausgestellt. Ein Vorsteuerabzug aus solchen Rechnungen ist nur dann ausnahmsweise möglich, wenn die Finanzverwaltung über sämtliche Angaben verfügt, um die materiellen Voraussetzungen zu überprüfen.

[BMF-Schreiben v. 9.9.2021 - III C 2 - S 7280-a/19/10004 :001](#)

Mit freundlichen Grüßen

GTGA
Geschäftsführerin



RAin Britta Brass