

GTGA · Hinter Hoben 149 · 53129 Bonn

Verteiler:

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

Bonn, den 2. März 2022

Rechtliche Entwicklungen Februar 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, Steuerrecht und Zivilrecht 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

Aufhebung der Erlasse zu bauvertraglichen und vergaberechtlichen Fragen sowie Hygienemehrkosten

Nach Auslaufen der epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 IfSG zum 25.11.2021 wurden bzw. werden nun die weitreichenden Corona-Schutzmaßnahmen schrittweise bis zum 20.03.2022 zurückgefahren. Auch die im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie erlassenen Sonderregeln für die Vergabe und Abwicklung von Bundesbaumaßnahmen werden zum Teil aufgehoben.

Für bestehende Verträge ändert sich nichts. Bis zum Ende des Vertragsverhältnisses gelten die Regelungen der Bezugserlasse (z.B. vereinfachte Beweisanforderungen, Abrechnung der Hygienemaßnahmen zum Nachweis) fort.

In Vergabeverfahren, deren Angebotsfrist nach dem 20.03.2022 abläuft, sind das „Hinweisblatt zum Umgang mit Bauablaufstörungen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie“ sowie das VHB-Formblatt 217 den Vergabeunterlagen nicht mehr beizufügen. Die vom FB 217 umfassten Corona-bedingten Mehrkosten sind im Rahmen dieser Verträge nicht gesondert zu erstatten.

Bereits begonnene Vergabeverfahren, deren Angebotsfrist vor dem 20.03.2022 endet, können unter Verwendung der beiden Unterlagen weitergeführt werden, wenn eine Änderung der Vergabeunterlagen zu nicht hinnehmbaren zeitlichen Verzögerungen führen würde. Soweit von den Bundesländern zur Begrenzung von Inzidenzen erlassene Regeln die Ein-

haltung von Vergabevorschriften unmöglich machen (z.B. Zutrittsbeschränkung zum Dienstgebäude), wird bis zu deren Rücknahme Dispens von der entsprechenden Vergabevorschrift unter der Voraussetzung erteilt, dass ein adäquater Ersatz (z.B. Übermittlung der Submissionsergebnisse) an deren Stelle tritt.

Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung, Erlass BW17-70406/21#1 vom 01.03.2022 (angehängt)

Verlängerung der pandemiebedingten Sonderregelungen zum Kurzarbeitergeld

Mit der Verlängerung der Sonderregelungen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie beim Kurzarbeitergeld und anderen Leistungen wird die Bezugsdauer für das Kurzarbeitergeld befristet bis zum 30.06.2022 auf bis zu 28 Monate verlängert.

Die Verlängerung der Bezugsdauer soll rückwirkend zum 1. März in Kraft treten, da Betriebe, die seit Anfang der Pandemie im März 2020 durchgehend in Kurzarbeit sind, die maximale Bezugsdauer für das Kurzarbeitergeld von derzeit 24 Monaten schon im Februar 2022 ausschöpfen.

[Pressemitteilung des BMAS Nr. 4/2022 v. 09.02.2022](#)

Die Corona-Wirtschaftshilfen werden bis Ende Juni 2022 verlängert

Gemäß dem Beschluss der Konferenz der Regierungschefinnen und -chefs der Länder mit der Bundesregierung am 16.02.2022 werden die Corona-Wirtschaftshilfen bis Ende Juni 2022 verlängert, die bewährten Programmbedingungen der Überbrückungshilfe IV fortgesetzt und die ergänzenden Programme der Neustarthilfe für Soloselbständige und Härtefallhilfen ebenfalls verlängert. Zudem sollen alle notwendigen Maßnahmen ergriffen werden, um den kriminellen Missbrauch der Wirtschaftshilfen zu verhindern.

Die FAQ zur [Überbrückungshilfe IV](#) und [Neustarthilfe 2022](#) werden zeitnah überarbeitet. Nach Anpassung des Programms kann die Antragstellung über die bekannte Plattform ueberbrueckungshilfe-unternehmen.de erfolgen.

[Pressemitteilung des BMWK v. 16.02.2022](#)

Genesenenstatus: Verkürzung auf drei Monate rechtswidrig

Das VG Berlin hat in einem Eilverfahren entschieden, dass die bundesrechtliche Verkürzung der Geltungsdauer des Genesenenstatus durch das Robert Koch-Institut (RKI) rechtswidrig ist. Nach der im Eilverfahren allein möglichen und gebotenen summarischen Prüfung sei mit der erforderlichen hohen Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass die Vorschriften, auf denen die gerügte Verkürzung durch das Robert Koch-Institut beruhe (§ 2 Nr. 5 SchAusnahmV und § 2 Nr. 8 CoronaEinreiseV), sich im Hauptsacheverfahren als rechtswidrig erweisen würden. Über die Geltungsdauer des Genesenenstatus habe nach den Verordnungsermächtigungen im Infektionsschutzgesetz die Bundesregierung selbst zu entscheiden. Indem diese die Entscheidung, bei welchen Personen von einer Immunisierung auszugehen ist, in beiden Verordnungen auf das Robert Koch-Institut als Bundesober-

behörde übertragen habe, überschritten diese Regelungen die Grenzen der gesetzlichen Ermächtigung.

[Pressemitteilung des VG Berlin Nr. 6/2022 v. 17.02.2022](#)

[So auch VG Hannover: Pressemitteilung vom 23.02.2022](#)

Anmerkung: Bei der Überarbeitung der SchAusnahmV entfällt in Hinblick auf die Festlegungen zum Geimpften- und Genesenenstatus die Delegation auf das Paul-Ehrlich-Institut und Robert-Koch-Institut (RKI), sodass die Kompetenz wieder beim Bundesgesundheitsministerium liegt.

Johnson & Johnson-Impfstoff: Einfach Geimpfte gelten weiter als vollständig geimpft

Der Ausschluss von mit dem Vakzin von Johnson & Johnson nur einmal geimpften Personen vom vollständigen Impfschutzstatus durch das Paul-Ehrlich-Institut ist rechtswidrig.

[Pressemitteilung des VG Berlin Nr. 8/2022 v. 18.02.2022](#)

Corona-Regelungen, die mit Ablauf des 19.03.2022 entfallen

Laut [Beschluss des Corona-Gipfels](#) sollen „auch alle sonstigen tiefgreifenderen Schutzmaßnahmen ab dem 20.03.2022 entfallen“. [§ 28 b IfSG](#) gilt gem. Absatz 7 bis zum Ablauf des 19. März 2022, sodass auch ohne den Beschluss die Arbeitgeber belastende Regelungen mit Ablauf des 19.03.2022 entfallen würden, insbesondere

- die drei G-Regelungen für das Betreten von Arbeitsstätten nach § 28b Abs. 1 IfSG („Betretungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt“),
- die besonderen Zugangsvoraussetzungen für Arbeitgeber, Beschäftigte und Besucher in besonderen Einrichtungen und Unternehmen nach § 28b Abs. 2 IfSG,
- die entsprechenden Kontroll- und Dokumentationspflichten der Arbeitgeber nach § 28b Abs. 3 IfSG sowie
- die entsprechenden Nachweispflichten der Beschäftigten bzw. Besucher nach § 28b Abs. 3 Satz 2 IfSG

Auch die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung ([Corona-ArbSchV](#)) tritt nach deren § 7 ebenfalls mit Ablauf des 19.03.2022 automatisch außer Kraft. In ihr ist z. B. in § 4 Abs. 1 geregelt, dass der Arbeitgeber Beschäftigten, soweit diese nicht ausschließlich in ihrer Wohnung arbeiten, mindestens zwei Mal pro Kalenderwoche kostenfrei eine Testung anzubieten hat. Außerdem muss nach § 2 dieser Verordnung eine Gefährdungsbeurteilung hinsichtlich zusätzlich erforderlicher Maßnahmen des betrieblichen Infektionsschutzgesetzes überprüft und aktualisiert werden. Auf der Grundlage einer solchen Gefährdungsbeurteilung hat der Arbeitgeber ferner in einem Hygienekonzept die erforderlichen Maßnahmen zum betrieblichen Infektionsschutz festzulegen und umzusetzen.

Weiterhin werden die nach Infektionsschutzgesetz verpflichtenden Home-Office-Regelungen gem. § 28b Abs. 4 IfSG entfallen. Wurde die Möglichkeit, im Home-Office zu arbeiten, nicht bis zum 19.03.2022 befristet, müssen Arbeitgeber prüfen, ob ein Widerruf der

Tätigkeit im Home-Office vorbehalten wurde, (die Voraussetzungen an eine derartige Klausel sind soweit ersichtlich höchstrichterlich noch nicht geklärt) oder ob sie sich im Rahmen ihres Direktionsrechts ausdrücklich die Möglichkeit offengehalten haben, den Arbeitnehmer an den betrieblichen Arbeitsplatz zurückzuholen. (eine solche Klausel müsste den Vorgaben der Rechtsprechung entsprechen, z.B. LAG Düsseldorf v. 10.09.2014 – 12 Sa 505/14).

II. Arbeits- Sozialversicherungs- und Tarifrecht

Gesetzlicher Mindestlohn steigt ab 01.10.2022 auf 12 Euro

Das Bundeskabinett hat am 23.02.2022 den Entwurf eines Gesetzes zur Erhöhung des Schutzes durch den gesetzlichen Mindestlohn und zu Änderungen im Bereich der geringfügigen Beschäftigung beschlossen: Der Gesetzentwurf sieht vor, dass der Mindestlohn zum 01.10.2022 auf 12 Euro angehoben und die Entgeltgrenze für Minijobs auf 520 Euro erhöht wird. Zukünftige Anpassungen des Mindestlohns erfolgen weiterhin auf Grundlage von Beschlüssen der Mindestlohnkommission, erstmals wieder bis zum 30. Juni 2023 mit Wirkung zum 1. Januar 2024. Als Folgeänderung zur Erhöhung des gesetzlichen Mindestlohns enthält der Entwurf eine Anpassung der Schwellenwerte der Mindestlohndokumentationspflichten-Verordnung, die Ausnahmen von den Dokumentationspflichten der §§ 16, 17 Mindestlohngesetz vorsieht.

Mit dem vom Kabinett beschlossenen Gesetzentwurf wird auch die Entgeltgrenze für Minijobs auf 520 Euro monatlich erhöht und dynamisch ausgestaltet, so dass künftig eine Wochenarbeitszeit von 10 Stunden zum Mindestlohn ermöglicht wird. Die Höchstgrenze für eine Beschäftigung im Übergangsbereich wird auf 1.600 Euro angehoben.

[Pressemitteilung des BMAS Nr. 6/22 v. 23.02.2022](#)

Kein Annahmeverzug bei Verweigerung von Corona-Tests

Nach §297 BGB kommt der Arbeitgeber nicht in Annahmeverzug, wenn der Arbeitnehmer außerstande ist, die Arbeitsleistung zu bewirken. Der Arbeitnehmer muss für einen Anspruch auf Annahmeverzugslohn leistungsfähig und leistungswillig sein. Lehnt er eine rechtmäßig angeordnete Mitwirkungshandlung wie einen Test auf das SARS-CoV-2-Virus ab, ist er bezüglich seiner vertraglich geschuldeten Leistung nicht leistungswillig.

Die Anweisung zur Vornahme der Corona-Tests entspricht billigem Ermessen. Der Arbeitgeber hat ein erhebliches Interesse an der Durchführung des Tests, da er sowohl aufgrund seiner Fürsorgepflicht gem. § 618 BGB als auch öffentlich-rechtlich gem. §§ 3, 4 ArbSchG verpflichtet ist, die Belegschaft vor Gesundheitsgefahren zu schützen. Die Anweisung ist angemessen, denn der mit der Durchführung des PCR-Tests verbundene Eingriff in die körperliche Unversehrtheit ist nur kurz und minimal. Das Recht des Arbeitnehmers auf informationelle Selbstbestimmung (Weitergabe des Testergebnisses) wird zwar unwesentlich beeinträchtigt, die Sicherstellung der Gesundheit der übrigen Beschäftigten überwiegt als Schutzgut jedoch eindeutig.

[LAG München Urteil vom 26.10.2021 – 9 Sa 332/21](#)

Arbeitnehmer, die weder genesen noch geimpft sind und sich weigern, dem Arbeitgeber bei Betreten der Arbeitsstätte einen negativen Corona-Test vorzulegen, sind bzgl. ihrer Arbeitsleistung nicht leistungswillig und riskieren nicht nur die Nicht-Zahlung der Vergütung, sondern auch den Bestand seines Arbeitsverhältnisses. Die Weigerung stellt eine Pflichtverletzung dar, die - ggf. nach Abmahnung und erneuter Aufforderung durch den Arbeitgeber - eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen kann.

[ArbG Bielefeld, Urt. v. 9.12.2021 – 1 Ca 1781/21,](#)

[ArbG Hamburg, Urt. v. 24.11.2021 – 27 Ca 208/21\).](#)

Kein Anspruch auf Versetzung wegen Maskenbefreiungsattest

Die Vorlage eines „Maskenbefreiungsattestes“ schließt das Direktionsrecht des Arbeitgebers, im Betrieb das Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung anzuordnen, nicht aus. Das Interesse des Arbeitgebers, den Ausstoß von Aerosolen durch eine solche Anordnung auf dem geringstmöglichen Niveau zu halten, geht dem Interesse des Arbeitnehmers auch dann vor, wenn er aus gesundheitlichen Gründen keine Mund-Nasen-Bedeckung tragen kann. Aus § 296 BGB folgt keine Verpflichtung des Arbeitgebers, die Arbeitspflicht nach den Wünschen oder Belangen des Arbeitnehmers zu bestimmen.

LAG Hamburg Urt. v. 13.10.2021 – 7 Sa 23/21 (Volltext liegt noch nicht vor)

Verspätete Einführung der elektronischen Krankmeldung

Der Gesetzgeber hat bereits im Jahr 2019 vorgeschrieben, dass ab dem Jahresbeginn 2021 die Ärzte und Einrichtungen die Arbeitsunfähigkeitsdaten elektronisch an die Krankenversicherungen übermitteln müssen. Seitdem sind gesetzlich Krankenversicherte nicht mehr selbst für die Weitergabe der „Krankenscheine“ an die Krankenkasse verantwortlich. Arztpraxen sind jedoch zum Teil technisch noch nicht in der Lage, die Arbeitsunfähigkeitsdaten elektronisch an die Versicherung zu übermitteln, da die elektronischen Übermittlungswege zwischen der Ärzteschaft und den Krankenkassen nur mit einer Verzögerung von mehreren Monaten geschaffen werden konnten. Zwar haben sich Verbände der Kassenärzte und Krankenkassen auf ein weiteres Aufschieben des Geltungsbeginns verständigt, jedoch wirken diese Vereinbarungen nicht gegenüber den Krankenversicherten, da sie im Gesetz keinen Niederschlag gefunden haben. Die verspätete Umsetzung der Rechtslage darf also keine negativen Folgen für die Versicherten haben. Ob den Versicherten die Schwierigkeiten bei der Umsetzung der neuen Rechtslage bekannt waren, spielt für die Krankengeldansprüche keine entscheidende Rolle.

Gegen das Urteil steht die Berufung zum Sächsischen Landessozialgericht in Chemnitz offen. Zugleich hat die 45. Kammer wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Angelegenheit die Sprungrevision zum Bundessozialgericht zugelassen.

[Pressemitteilung des SG Dresden Nr. 1/2022 v. 02.02.2022](#)

Aufhebungsvertrag - Gebot des fairen Verhandeln

Ob ein Aufhebungsvertrag unter Verstoß gegen das Gebot fairen Verhandeln zustande gekommen ist, ist anhand der Gesamtumstände der konkreten Verhandlungssituation im jeweiligen Einzelfall zu entscheiden. Allein der Umstand, dass der Arbeitgeber den Abschluss eines Aufhebungsvertrags von der sofortigen Annahme seines Angebots abhängig macht, stellt für sich genommen keine Pflichtverletzung gemäß § 311 Abs. 2 Nr. 1 iVm. § 241 Abs. 2 BGB dar, auch wenn dies dazu führt, dass dem Arbeitnehmer weder eine Bedenkzeit verbleibt noch der Arbeitnehmer erbetenen Rechtsrat einholen kann.

[Pressemitteilung des BAG Nr. 8/22 v. 24.02.2022](#)

Wirksamkeit von Rückzahlungsklauseln in Fortbildungsvereinbarungen

Eine vertragliche Vereinbarung, nach welcher sich ein Arbeitnehmer an den Kosten einer vom Arbeitgeber finanzierten Ausbildung zu beteiligen hat, soweit er vor Ablauf bestimmter Fristen aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet, ist nur dann zulässig, wenn die Ausbildungs- und Fortbildungsmaßnahme für den Arbeitnehmer von geldwerter Vorteil ist.

Ein derartiger geldwerter Vorteil kann erfüllt sein, wenn bei dem bisherigen Arbeitgeber die Voraussetzungen einer höheren Vergütung erfüllt sind oder sich die erworbenen Kenntnisse auch anderweitig nutzbar machen lassen. Außerdem müssen die Vorteile der Ausbildung und die Dauer der Bindung in einem angemessenen Verhältnis zueinanderstehen. Eine verhältnismäßig lange Bindung kann auch bei kürzerer Ausbildung gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitgeber ganz erhebliche Mittel aufwendet oder die Teilnahme an der Fortbildung dem Arbeitnehmer überdurchschnittlich große Vorteile bringe.

[LAG Köln, Urteil vom 28.05.2021 – 10 Sa 460/20](#)

III. Bauvertragsrecht

Entschädigungsansprüche wegen schuldlos verursachter Behinderung

Kommt es bei einem VOB-Vertrag zu Behinderungen, die der Auftraggeber verschuldet hat, so stehen dem Auftragnehmer Schadensersatzansprüche nach § 6 Abs. 6 VOB/B zu. Ist ein schuldhaftes Verhalten des Auftraggebers nicht beweisbar, so verbleibt dem Auftragnehmer die Möglichkeit, Entschädigungsansprüche nach § 642 BGB geltend zu machen, der zwar kein schuldhaftes Verhalten des Auftraggebers voraussetzt, aber besondere Voraussetzungen (Mitwirkung) verlangt:

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. Allerdings gerät der Auftraggeber nur dann in Annahmeverzug, wenn er die ihm vom Auftragnehmer nochmals angebotene Leistung nicht annimmt (§ 293 BGB). Ein solches „Angebot“ des Auftragnehmers kann wörtlich geäußert werden. Ein etwa fehlendes wörtliches Angebot kann allerdings dadurch ersetzt werden, dass der Auftragnehmer seine Mitarbeiter auf der Baustelle zur Verfügung hält und zu

erkennen gibt, dass er bereit und in der Lage ist, seine Leistung zu erbringen. Der Auftragnehmer muss dabei vortragen und beweisen, dass das spezielle Personal, welches für die anstehende Weiterarbeit notwendig gewesen wäre, „unmittelbar vor Ort“ gewesen ist.

[OLG Hamburg, Urteil vom 16.11.2018 – Az.: 1 U 40/17](#)

Nichtzulassungsbeschw. zurückgewiesen, BGH Besch. v. 05.05.2021 – Az.: VII ZR 251/18

Praxishinweis: Haben die Vertragsparteien die VOB/B zur Vertragsgrundlage gemacht, so ist zusätzlich der § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B zu beachten, welcher bestimmt, dass der Auftragnehmer dem Auftraggeber die Behinderung schriftlich anzeigen muss. Dies ist nur dann entbehrlich, wenn dem Auftraggeber offenkundig die Tatsache und deren hindernde Wirkung bekannt waren. In seiner Behinderungsanzeige sollte der Auftragnehmer darauf hinweisen, dass er zur Leistung bereit und imstande ist und die Leistung dem Auftraggeber anbietet, sowie ggf. dass das Personal vor Ort auf der Baustelle vorgehalten wird

Stundenlohnvereinbarung durch Abzeichnung von Stundenlohnzetteln?

Stundenlohnarbeiten werden nach § 2 Abs. 10 VOB/B nur vergütet, wenn sie vor ihrem Beginn ausdrücklich vereinbart worden sind. Zwar ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass Stundenlohnvereinbarungen auch nach VOB/B „stillschweigend“ geschlossen werden können, jedoch kann der Auftragnehmer „nichts aus der Tatsache herleiten, dass er die Stundenlohnzettel beim Auftraggeber abgegeben hat und diese nicht zurückgewiesen wurden.“ Nach der Rechtsprechung des BGH genügt selbst die Abzeichnung von Stundenlohnarbeiten in der Regel nicht für die Annahme einer nachträglichen stillschweigenden Vereinbarung einer Stundenlohnvergütung. Allein in der Entgegennahme von Stundenlohnzetteln ist keine stillschweigende (konkludente) und wirksame Vereinbarung einer Stundenlohnabrechnung zu sehen, vielmehr sind Stundenlohnarbeiten nur dann zu vergüten, wenn der Auftragnehmer „eine konkrete Beauftragung mit derartigen Arbeiten“ nachweisen kann.

[OLG Köln, Urteil vom 04.01.2021 – Az.: 17 U 165/19](#)

Praxishinweis: Scheidet ein Vergütungsanspruch auf Grundlage von Stundenlohnsätzen mangels einer wirksamen Vereinbarung aus, ist zu prüfen, ob ein zusätzlicher Vergütungsanspruch aufgrund einer anderen Rechtsgrundlage, z.B. aus dem Gesichtspunkt einer Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB), besteht.

Abschluss eines Wartungsvertrages spätestens bei Übergabe

Unter den Begriff der „haustechnischen Anlagen“ fällt u. a. die Heizungsanlage und damit auch die Heizungsleitungen. Die Verjährungsfrist für Mängel an „allen haustechnischen Anlagen“ kann auf zwei Jahre verkürzt werden, wenn sich der Auftraggeber dafür entscheidet, dem Auftragnehmer die Wartung für die Dauer einer längeren Verjährungsfrist nicht zu übertragen. Ein Wartungsvertrag, der dazu führt, dass sich die Verjährungsfrist für Mängel verlängert, muss spätestens bei der Übergabe des Objekts abgeschlossen werden.

OLG Celle, Beschluss vom 17.07.2020 – 4 U 22/20, IBRRS 2021, 3017

Bedenken sind kein Kündigungsgrund

Meldet der Auftragnehmer Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung an und lehnt er insoweit die Gewährleistung ab, berechtigt dies den Auftraggeber nicht zur Kündigung aus wichtigem Grund. Besteht danach für den Auftraggeber kein Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund, steht dem Auftragnehmer die vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen zu.

[OLG Schleswig, Beschluss vom 10.11.2021 - 12 U 159/20](#)

Neues Bauvertragsrecht: 80%-Regelung gilt auch im VOB-Vertrag

Auch im VOB-Vertrag kann der Auftragnehmer bei der Berechnung geschuldeter Abschlagszahlungen 80% der Nachtragsvergütung ansetzen und im einstweiligen Verfügungsverfahren geltend machen. Das gilt auch, wenn die VOB/B "als Ganzes" vereinbart ist.

KG, Urteil vom 02.11.2021 - 27 U 120/21, IBRRS 2022, 0420

Verjährung: Auftraggeber muss sich Kenntnis des Architekten zurechnen lassen

Wird der bauplanende und -überwachende Architekt zur Beurteilung der Ursache eines Feuchtigkeitseintritts hinzugezogen, muss es ihm auffallen, dass Leistungen entgegen der eigenen Planung fehlen und das Werk des Auftragnehmers mangelhaft ist. Die Kenntnis oder grobe Unkenntnis des Architekten muss sich der Auftraggeber als seinem Wissensvertreter verjährungsrechtlich zurechnen lassen.

[OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.02.2020 - 21 U 51/19](#)

BGH, Beschl. v. 13.01.2021 - VII ZR 35/20 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Mängelbeseitigung ist vor Abnahme immer zumutbar

Haben die Parteien eines Bauvertrags einen Fertigstellungstermin vereinbart, wird der Anspruch des Auftraggebers auf mangelfreie Herstellung erst zu diesem Zeitpunkt fällig und kann erst dann durchgesetzt werden. Der Anspruch auf Mängelbeseitigung und auf Schadensersatz kann aber auch in Fällen, in denen die sofortige Mängelbeseitigung geboten ist, weil ansonsten das Bauvorhaben ernsthaft gestört ist, bereits vor Fälligkeit begründet sein. Der Auftraggeber ist auch dann zum sofortigen Schadensersatz statt der Leistung berechtigt, wenn der Auftragnehmer durch die Weigerung, die Arbeiten vorzunehmen, den gesamten Vertrag stört oder gefährdet und dadurch eine Leistungstreuepflicht verletzt. Vor der Abnahme kann sich der Auftragnehmer grundsätzlich nicht darauf berufen, dass die Mängelbeseitigung nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist.

[OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02.06.2020 - 23 U 149/19](#)

BGH, Beschl. v. 11.02.2021 - VII ZR 106/20 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Wird der Herstellungszweck nicht erreicht liegt ein Mangel vor

Wenn der mit dem Vertrag verfolgte Herstellungszweck eines Werks nicht erreicht wird und das Werk seine vorausgesetzte Funktion nicht erfüllt, liegt ein Mangel vor. Welcher Zweck

nach dem Vertrag verfolgt wird und welche Funktion nach dem Vertrag vorausgesetzt wird, ist durch Auslegung zu ermitteln, wobei auch die berechnete Erwartung des Bestellers an die Werkleistung zu berücksichtigen ist. Bei Biogasanlagenbehältern darf der Auftraggeber auch ohne die Geltung expliziter technischer Regeln erwarten, dass die Behälter bei ordnungsgemäßem Betrieb der Anlage mindestens während der vereinbarten fünfjährigen Gewährleistungsfrist die notwendige Dichtigkeit aufweisen und dass keine Leckagen auftreten. Das Risiko, dass ein Werk für die gewöhnliche Verwendung nicht taugt, bleibt grundsätzlich beim Auftragnehmer. Wenn er bei einer funktionalen Bauausschreibung für das verwendete Material (hier: Behälter-Innenbeschichtung auf mineralischer Grundlage) keine Haftung übernehmen will, muss er als Fachunternehmer entweder einen entsprechenden Bedenkenhinweis geben oder seine Gewährleistung entsprechend beschränken.

[OLG Schleswig, Urteil vom 16.11.2021 - 7 U 185/19](#)

Aufforderung zur Mängelbeseitigung ohne planerische Mitwirkung des Auftraggebers

Bedarf die Mängelbeseitigung einer planerischen Vorgabe des Auftraggebers, ist eine Mängelbeseitigungsaufforderung wirkungslos, wenn die erforderliche Mitwirkung unterlassen und nicht angeboten wurde. (BGH, Ur. v. 08.11.2007 – VII ZR 183/05; OLG Oldenburg, Ur. v. 21.08.2018 – 2 U 62/18; OLG Hamm, Ur. v. 09.07.2009 – 21 U 46/09).

[OLG Stuttgart, Urteil vom 30.11.2021 – 10 U 58/21](#)

Praxishinweis: Eine wirksame Mängelbeseitigungsaufforderung ist die notwendige Voraussetzung für die meisten Mängelrechte (vgl. insbesondere § 634 Nr. 2 bis 4 BGB; § 4 Abs. 7 i. V. m. § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B; § 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 1 VOB/B). Stellt sich später heraus, dass die Mängelbeseitigungsaufforderung nicht wirksam war, kann dies für den Auftraggeber schlimmstenfalls zum Verlust aller Ansprüche führen (vor allem, wenn der Auftraggeber beim VOB-Vertrag gemäß § 4 Abs. 7 i. V. m. § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B wegen Mängeln vor der Abnahme die Kündigung erklärt hat oder nach der Abnahme die Mängel im Wege der Ersatzvornahme beseitigt hat). Der Auftraggeber muss sich schon vor der Mängelbeseitigung die Frage stellen, ob unter Umständen eine von ihm gestellte Planung fehlerhaft ist und den Mangel zumindest mit verursacht haben könnte. In dem Fall muss der Auftraggeber zunächst die notwendigen planerischen Entscheidungen treffen, die eine erfolgreiche Mängelbeseitigung durch den Auftragnehmer erst ermöglichen. Andernfalls geht seine Mängelbeseitigungsaufforderung ins Leere.

Verjährung mehrerer Mängel innerhalb eines selbständigen Beweisverfahrens

Nach der derzeit herrschenden obergerichtlichen Rechtsprechung gilt:

Wenn mehrere Mängel Gegenstand eines selbständigen Beweisverfahrens sind, dann muss für jeden einzelnen Mangel geprüft werden, wie lange die Verjährung gehemmt ist. (u.a. OLG Hamm, Ur. v. 16.12.2008 – 21 U 117/08; OLG Koblenz, Ur. v. 17.05.2013 – 10 U 286/12; OLG Oldenburg, Ur. v. 20.08.2019). Wird ein bestimmter Mangel nicht bis zum Ende des Verfahrens thematisiert, endet zu diesem Zeitpunkt das selbständige

Beweisverfahren für diesen Mangel. Sechs Monate nach diesem Zeitpunkt endet dann für diesen Mangel die Verjährungshemmung, unabhängig davon, ob das selbständige Beweisverfahren wegen der anderen Mängel noch andauert.

Abweichende Auffassung des OLG Stuttgart:

Es bestehe kein Anlass, die Verjährungshemmung hinsichtlich unterschiedlicher Mängel, die im Rahmen eines einheitlichen selbständigen Beweisverfahrens geltend gemacht werden, zu verschiedenen Zeitpunkten enden zu lassen. Vielmehr sei ein einheitliches Ende des selbständigen Beweisverfahrens maßgeblich, um eine Überbeschleunigung des Verfahrens zu vermeiden. Außerdem würde es dem Zweck des selbständigen Beweisverfahrens (Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten) zuwiderlaufen, wenn man nicht auf ein einheitliches Ende für alle Mängel abstellen würde. Hierdurch würde der Antragsteller gegebenenfalls gezwungen, zur Verjährungshemmung für jeden einzelnen Mangel sukzessive ein Hauptsacheverfahren einzuleiten. In der Folge würde dies zu einer Zersplitterung des Beweis- und Hauptsacheverfahrens führen, wodurch Einigungsgespräche erheblich erschwert würden. Sofern das Gericht nicht konkret auf die Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens für einzelne Mängel hinwirke, ende daher das selbständige Beweisverfahren erst mit dem letzten Mangel einheitlich für alle Mängel.

Mit dieser Auffassung weicht es bewusst von der bislang herrschenden obergerichtlichen Rechtsprechung ab und lässt daher für diese Frage die Revision zum BGH zu (dort anhängig unter dem Az.: VII ZR 881/21).

[OLG Stuttgart, Urteil vom 30.11.2021 – 10 U 58/21](#)

Praxishinweis: Bei der Frage, ob das selbständige Beweisverfahren für mehrere Mängel einheitlich endet, sollte der Auftraggeber bis zu einer Entscheidung des BGH (weiterhin) für jeden einzelnen Mangel prüfen, ob bereits vor Ende des selbständigen Beweisverfahrens schon (weitergehende) verjährungshemmende Maßnahmen eingeleitet werden müssen

Die Angabe von Mängelsymptomen verhindert die Abnahmefiktion

Setzt der Auftragnehmer dem Auftraggeber nach der Fertigstellung der Leistung eine Frist zur Abnahme, treten die Abnahmewirkungen nicht ein, wenn der Auftraggeber innerhalb der Frist die Abnahme unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert. Es reicht aus, wenn bei der Verweigerung der Abnahme ein einziger Mangel benannt wird. Auch genügt es, wenn der Auftraggeber dem Auftragnehmer mitteilt, wo das Werk aus seiner Sicht nicht die vereinbarte Beschaffenheit hat. Der Auftraggeber braucht den Mangel nicht im Detail darzulegen, sondern lediglich so zu bezeichnen, dass der Mangel von Seiten des Auftragnehmers nachvollzogen und verortet werden kann. Die Angabe von Mängelsymptomen reicht. Nicht erforderlich ist die Angabe der Mangelursache.

[LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 03.05.2021 - 12 O 6673/20](#)

IV Vergaberecht

Zuschlag trotz fehlerhafter Bieterauswahl wirksam

Durfte die Vergabestelle einen Auftrag in einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb und somit ohne europaweite Bekanntmachung vergeben, da ein Fall der äußersten Dringlichkeit vorlag, und hat sie für einen ausreichenden Wettbewerb gesorgt, indem sie (mindestens) drei Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert hat, führt die bloß fehlerhafte Auswahl der Bieter nicht zur Unwirksamkeit des Vertrags.

[BayObLG, Beschluss vom 20.01.2022 - Verg 7/21](#)

Auch bei Notvergabe muss Wettbewerb sein

Auch in den Fällen der sog. Notvergabe hat der öffentliche Auftraggeber so viel Wettbewerb wie jeweils möglich sicherzustellen; er muss daher regelmäßig mehrere Angebote einholen und so mindestens einen "Wettbewerb light" initiieren. Tut er dies nicht, liegt ein Ermessensfehler vor. Der solchermaßen ermessensfehlerhaft ohne jeden Wettbewerb dem einzig angesprochenen Bieter erteilte Direktauftrag ist unwirksam.

[OLG Rostock, Beschluss vom 11.11.2021 - 17 Verg 4/21](#)

Angemessenheit der Preise – Recht auf Prüfung durch öffentlichen Auftraggeber

Gem. § 16 d EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A kann der Auftraggeber Angebotspreise, die ihm unangemessen niedrig erscheinen, aufklären und hierzu Nachweise vom Bieter fordern. Werden diese nicht fristgemäß vorgelegt, ist das Angebot gem. § 16 EU Nr. 4 VOB/A bzw. § 15 EU Abs. 2 VOB/A auszuschließen.

Aufgreifschwelen geben grundsätzlich nur Auskunft darüber, wann der öffentliche Auftraggeber zu einer Prüfung der Angemessenheit der Preise verpflichtet ist, nicht wann der öffentliche Auftraggeber Preise auf ihre Angemessenheit prüfen darf. Da die Preisprüfung in erster Linie dem haushaltsrechtlich begründeten Interesse des Auftraggebers und der Öffentlichkeit an der wirtschaftlichen Beschaffung dient, kann es dem Auftraggeber nicht verwehrt sein, auch dann in eine Preisprüfung einzutreten, wenn die Aufgreifschwelle nicht erreicht ist, aber das Angebot aus anderen Gründen konkreten Anlass zur Preisprüfung gibt.

Die Entscheidung des Auftraggebers kann lediglich auf Willkür geprüft werden. Die Vergabestelle darf im Zusammenhang mit der zulässigen Preisprüfung u.a. das Formblatt 223 anfordern, welches zur ersten Prüfung der Preise dient und die Entscheidung, ob einzelne Preise noch weiter aufzuklären sind, erleichtert. Dem Bieter ist es auch zumutbar, die Preise von Nachunternehmerleistungen aufzuschlüsseln.

[OLG Düsseldorf mit einem Beschluss vom 19.05.2021 – Az.: Verg 13/21](#)

Grundsätzlich sind - auch deutliche - Preisabstände zwischen Angeboten einem Vergabewettbewerb immanent. Eine Preisprüfung kommt i.d.R. nur in Betracht, wenn Anhaltspunkte für eine Unauskömmlichkeit bestehen, was der Fall ist, wenn sich einzelne Angebote erheblich von anderen Angeboten oder von der Kostenschätzung des Auftraggebers absetzen.

Die Aufgreifschwelle liegt bei einem Abstand von mindestens 20% des betroffenen zum nächsthöheren Angebot.

[VK Bund, Beschluss vom 20.01.2022 - VK 2-135/21](#)

Überprüfungspflicht öffentlicher Auftraggeber

Prüfpflichten der öffentlichen Auftraggeber sind gesetzlich nur vereinzelt geregelt, z.B. im MiLoG. So verpflichtet § 19 Abs. 4 MiLoG öffentliche Auftraggeber ab einem Auftragswert von mindestens 30.000 Euro vor der Erteilung des Zuschlags eine Gewerbezentralregisterauskunft nach § 150a GewO jedenfalls für den Bestbieter einholen, um zu verhindern, dass Aufträge an Bieter vergeben werden, die nachweislich bereits z.B. gegen ihre Verpflichtung zur Zahlung des Mindestlohns oder gegen gewerberechtliche Vorschriften verstoßen haben.

Die Regel ist aber, dass hinsichtlich der Angaben, die Bieter in einem Vergabeverfahren machen, keine Überprüfungspflicht besteht. Nach der Rechtsprechung geben die Bieter mit Angebotsabgabe ein Leistungsversprechen ab, die Leistung so zu erbringen wie gefordert und öffentliche Auftraggeber dürfen sich grundsätzlich ohne Überprüfung auf die Angaben der Bieter verlassen. (so u.a. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 29. Mai 2020 - 15 Verg 2/20).

Eine Überprüfungspflicht des öffentlichen Auftraggebers besteht nur dann, wenn es Auffälligkeiten gibt oder wenn konkrete Tatsachen das Leistungsversprechen eines Bieters oder dessen Angaben als nicht plausibel erscheinen lassen (so u.a. VK Bund, Beschluss vom 11. Juni 2021, VK 2-53/21). Das gilt sowohl hinsichtlich des Leistungsversprechens der Bieter, d.h. der Erfüllung von Anforderungen einer Leistungsbeschreibung als auch in Bezug auf die Angaben zur Eignung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Januar 2020, Verg 20/19 und OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 16. Juni 2015, 11 Verg 3/15).

Solche Auffälligkeiten können sich aus dem Angebot selbst ergeben oder aus Hinweisen anderer Bieter, die eine Absagemitteilung nach § 134 GWB erhalten haben, sich gegen die Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter wenden und nun mittels Rüge vorbringen, dass der Bieter, der den Zuschlag erhalten hat, z.B. nicht über die geforderten Erlaubnisse oder Genehmigungen verfügt. Plausiblen Einwänden muss der öffentliche Auftraggeber im Rahmen des Zumutbaren nachgehen. Insbesondere bei Referenzen wird eine stichprobenartige Prüfung der vorgelegten Referenzen durch die Vergabestelle in der Form, dass die dort benannten Referenzauftraggeber kontaktiert werden, als ausreichend, aber auch als notwendig, angesehen (VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 2. April 2009, Az. VK 9/09). Bieter müssen an der Überprüfung von Auffälligkeiten mitwirken, andernfalls riskieren sie den Ausschluss ihres Angebots. Dies gilt auch für Referenzen, d.h. Bieter müssen im Angebot (wenn gefordert) Referenzauftraggeber mit Namen und Telefonnummer nennen, um eine Überprüfung zu ermöglichen. Eine Referenz muss nicht gewertet werden, wenn sie nicht überprüft werden kann (VK Hessen, Beschluss vom 18. Dezember 2017, 69d-VK-2-38/2017). Bieter können sich der Nennung der Referenzauftraggeber nicht unter Verweis auf datenschutzrechtliche Vorgaben entziehen (OLG München, Beschluss vom 13. März 2017, Az. Verg 15/16).

Dokumentationspflicht des öffentlichen Auftraggebers

Der öffentliche Auftraggeber ist verpflichtet, das Vergabeverfahren von Anbeginn fortlaufend so zu dokumentieren, dass die einzelnen Stufen des Verfahrens, die einzelnen Maßnahmen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen festgehalten werden. Es ist nicht zu beanstanden, wenn der Auftraggeber eine Bewertungsmethode festgelegt, bekannt gemacht und angewendet hat, nach der das Angebot, das im Vergleich zu den anderen Angeboten die Erwartungen des Auftraggebers am besten erfüllt, die Maximalpunktzahl beim jeweiligen Unterkriterium erhält. Eine relative Bewertungsmethode ist als solche zulässig. Der öffentliche Auftraggeber muss aber nach Eröffnung der Angebote seine maßgeblichen Erwägungen in allen Schritten so eingehend dokumentieren, dass nachvollziehbar ist, welche konkreten Details des jeweiligen Konzepts ausschlaggebend für die Punktevergabe gewesen sind. Die Begründung muss dazu alle Informationen enthalten, die notwendig sind, um die Entscheidungen des Auftraggebers nachvollziehen zu können.

VK Lüneburg, Beschluss vom 18.06.2021 - VgK-17/2021, IBRRS 2022, 0488

Bei Abweichung vom Amtsentwurf keine Wertung als Nebenangebot

Weicht die Ausführungsvariante eines Bieters von den Vorgaben des Amtsentwurfs ab, ist dies als Hauptangebot unzulässig. Das Angebot ist wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen auszuschließen. Das Angebot kann auch nicht als Nebenangebot gewertet werden, wenn es die formellen Voraussetzungen nicht erfüllt. Nebenangebote müssen auf besonderer Anlage erstellt und als solche deutlich gekennzeichnet werden. Andernfalls sind sie auszuschließen.

VK Nordbayern, Beschluss vom 21.12.2021 - RMF-SG 21-3194-6-42, IBRRS 2022, 0593

V. Zivilrecht

Neue Regeln für Verbraucherverträge ab dem 01.03.2022

Ab dem 1. März 2022 gelten für Verträge über die regelmäßige Lieferung von Waren oder die regelmäßige Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen neue Regeln betreffend die Vereinbarung von stillschweigenden Vertragsverlängerungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB). Eine AGB-Klausel, wonach sich ein zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher geschlossener Vertrag der genannten Art stillschweigend verlängert, ist künftig nur dann wirksam, wenn sich der Vertrag auf unbestimmte Zeit verlängert und dem Verbraucher das Recht eingeräumt wird, das verlängerte Vertragsverhältnis jederzeit mit einer Frist von höchstens einem Monat zu kündigen. Auch für die Kündigung zum Ablauf der zunächst vorgesehenen Vertragsdauer darf nur eine Kündigungsfrist von höchstens einem Monat vorgesehen werden.

Für „Altverträge“, die bereits vor dem 1. März 2022 entstanden sind, bleibt es bei der alten Rechtslage: Die Wirksamkeit von Klauseln über Kündigungsfristen und stillschweigende Vertragsverlängerungen in solchen Altverträgen – auch wenn die tatsächliche Verlängerung erst nach dem 1. März 2022 erfolgt – bemisst sich weiterhin nach der bis dahin geltenden

Fassung von § 309 Nummer 9 BGB. Danach sind AGB-Klauseln zulässig, die für den Fall, dass der Verbraucher nicht rechtzeitig kündigt, eine stillschweigende Verlängerungen des Vertrages um bis zu ein Jahr vorsehen, und Kündigungsfristen von bis zu drei Monaten Dauer festlegen.

[Pressemitteilung des BMJ v. 28.02.2022](#)

Beweis für den Zugang einer E-Mail

Den Absender einer E-Mail trifft gemäß § 130 BGB die volle Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die E-Mail dem Empfänger zugegangen ist. Ihm kommt keine Beweiserleichterung zugute, wenn er nach dem Versenden keine Meldung über die Unzustellbarkeit der E-Mail erhält. Die Absendung der E-Mail begründet keinen Anscheinsbeweis für den Zugang beim Empfänger. Ob nach dem Versenden einer E-Mail die Nachricht auf dem Empfänger-server eingeht, ist nicht gewiss. Wie auch bei einfacher Post ist es technisch möglich, dass die Nachricht nicht ankommt. Dieses Risiko kann nicht dem Empfänger aufgebürdet werden, denn der Versender wählt die Art der Übermittlung der Willenserklärung und trägt damit das Risiko, dass die Nachricht nicht ankommt. Um sicherzustellen, dass eine E-Mail den Adressaten erreicht hat, hat der Versender über die Optionsverwaltung eines E-Mail-Programms die Möglichkeit, eine Lesebestätigung anzufordern.

[Pressemitteilung des LArbG Köln Nr. 2/2022 v. 21.02.2022](#)

VI. Steuerrecht

Steuerliche Erleichterungen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie

Das Bundeskabinett hat am 16. Februar 2022 den Entwurf eines Vierten Corona-Steuerhilfegesetzes beschlossen, welcher mit gezielten steuerlichen Erleichterungen die wirtschaftlichen Auswirkungen der Corona-Pandemie so gut wie möglich abmildern soll. Im Einzelnen sieht der Gesetzentwurf folgende steuerliche Maßnahmen vor:

- Vom Arbeitgeber an (in bestimmten Einrichtungen tätige) Arbeitnehmer gewährte Prämien zur Anerkennung besonderer Leistungen während der Corona-Krise werden bis zu einem Betrag von 3 000 Euro steuerfrei gestellt und auch in der Grundversicherung für Arbeitsuchende nach SGB II nicht angerechnet.
- Die Steuerfreiheit von Zuschüssen zum Kurzarbeitergeld wird um sechs Monate bis Ende Juni 2022 verlängert.
- Die bestehende Regelung zur Homeoffice-Pauschale wird um ein weiteres Jahr bis zum 31. Dezember 2022 verlängert.
- Die Möglichkeit der degressiven Abschreibung für bewegliche Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens wird um ein Jahr verlängert für Wirtschaftsgüter, die im Jahr 2022 angeschafft oder hergestellt werden.
- Die erweiterte Verlustverrechnung wird bis Ende 2023 verlängert: Für 2022 und 2023 wird der Höchstbetrag beim Verlustrücktrag auf 10 Mio. Euro bzw. auf 20 Mio.

Euro bei Zusammenveranlagung angehoben. Der Verlustrücktrag wird darüber hinaus ab 2022 dauerhaft auf zwei Jahre ausgeweitet und erfolgt in die unmittelbar vorangegangenen beiden Jahre.

- Die Investitionsfristen für steuerliche Investitionsabzugsbeträge werden um ein weiteres Jahr verlängert. So können Steuerpflichtige, die in 2022 Corona-bedingt nicht investieren können, die Investitionen in 2023 nachholen.
- Die steuerlichen Investitionsfristen für Reinvestitionen werden um ein weiteres Jahr verlängert.
- Die Frist zur Abgabe von Steuererklärungen 2020 in beratenen Fällen wird um weitere drei Monate verlängert. Hieran anknüpfend werden auch die Erklärungsfristen für 2021 und 2022 auch für „nicht beratende Steuerpflichtige“ verlängert.

[Newsletter des BMF v. 16.02.2022](#)

Mit freundlichen Grüßen

GTGA
Geschäftsführerin



RAin Britta Brass