

GTGA · Hinter Hoben 149 · 53129 Bonn

**Verteiler:**

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

Bonn, den 3. Mai 2022

**Rechtliche Entwicklungen April 2022**

wie gewohnt, möchten wir Ihnen mit diesem Rundschreiben in knapper Form einen Überblick über ausgesuchte, aus unserer Sicht relevante Informationen zur Corona-Pandemie und zum Krieg in der Ukraine sowie 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**

**Aufhebung der Corona-Erlasse**

Nach Auslaufen der epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Infektionsschutzgesetz zum 25.11.2021 wurden die weitreichenden Corona-Schutzmaßnahmen schrittweise bis zum 20.03.2022 zurückgefahren. Das gibt Anlass, die im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie erlassenen Sonderregeln für die Vergabe und Abwicklung von Bundesbaumaßnahmen mit dem zur organisatorischen Umstellung erforderlichen zeitlichen Vorlauf aufzuheben.

Folgende Erlasse werden unter der Maßgabe ihrer Fortgeltung für bestehende Verträge aufgehoben:

BWI7 – 70406/21#1 vom 21.03.2021 zu bauvertraglichen Fragen

BWI7 – 70406/21#1 vom 23.03.2021 zu vergaberechtlichen Fragen

BWI7 – 70406/21#1 vom 17.06.2021 zur separaten Erstattung von Hygienemehrkosten

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 Einhaltung 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.

[Erlass Corona-Aufhebung des BMWSB vom 01.03.2022](#)

## II. Krieg in der Ukraine

### **Pflicht zur Prüfung von Sanktionslisten bei Auslandsgeschäften**

Zur Bekämpfung der weltweiten Terrorismusaktivitäten hat die Europäische Gemeinschaft/Union basierend auf Resolutionen des UN-Sicherheitsrates EU-Verordnungen erlassen. Die Verordnungen gelten unmittelbar in allen EU-Mitgliedstaaten und sind bei allen Geschäftsaktivitäten zu beachten. Den Personen, Organisationen oder Einrichtungen, die in den Anhängen der Verordnungen aufgeführt sind, dürfen weder direkt noch indirekt Gelder oder wirtschaftliche Ressourcen zur Verfügung gestellt werden.

In den EU-Verordnungen wurden keine Vorgaben getroffen, wie diese Maßnahmen innerbetrieblich umgesetzt werden sollen. Unternehmen sind hier selbst in der Verantwortung in geeigneter Weise dafür Sorge zu tragen, dass diese Verbote im Rahmen ihrer Geschäftsaktivitäten eingehalten werden. Da die Sanktionslisten fast täglichen Änderungen unterliegen, müssen die Prüfungen auch bei langjährigen Geschäftskunden durchgeführt und in geeigneter Form für jeden Geschäftsvorgang dokumentiert werden.

Hierfür bieten sich Software-Lösungen an. Auch können die Prüfungen über folgende Datenbanken im Internet durchgeführt werden:

- **Justizportal des Bundes und der Länder:** <https://www.finanz-sanktionsliste.de/fisalis/>
- **EU-Datenbank:** [https://eeas.europa.eu/topics/common-foreign-security-policy-cfsp\\_en](https://eeas.europa.eu/topics/common-foreign-security-policy-cfsp_en)

Grundsätzlich ist die Prüfung aller an dem jeweiligen Geschäft beteiligten Personen sowohl vor dem Abschluss von Verträgen als auch vor der unmittelbaren Durchführung des Geschäftes durchzuführen. Beteiligte Personen, Organisation oder Einrichtungen können unter anderem die Bank, der Spediteur und der Versicherer sein.

Aus den [FAQ Sanktionslisten](#) ergeben sich die konkreten Prüfpflichten für Unternehmen.

Die konsolidierte Sanktionsliste European Union (EEAS) – Common Foreign & Security Policy (CFSP) ([Link](#)) beinhaltet eine Adresssammlung sämtlicher Personen, Organisationen und Vereinigungen gegenüber welchen Finanz-Sanktionen seitens der EU bestehen. Alle EU-weiten Namenslisten, die im Zuge von Verordnungen im Europäischen Amtsblatt veröffentlicht werden, finden sich auf dieser konsolidierten Listensammlung.

Die Nichtbeachtung dieser Bereitstellungsverbote ist strafbewehrt und wird im Sinne des Außenwirtschaftsrechts als Embargoverstoß geahndet.

Für Unternehmen und Personen auf dieser Liste gelten Finanzsanktionen, daher dürfen keine wirtschaftlichen Ressourcen und Gelder zur Verfügung gestellt werden und das Vermögen der betroffenen Person wird eingefroren.

In Ausnahmefällen können Genehmigungen beantragt werden. In Deutschland ist die zuständige Behörde zur Genehmigung der Lieferung von wirtschaftlichen Ressourcen das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) und für Finanzmittel die Deutsche Bundesbank.

### **Bundesregierung beschließt Liquiditätshilfen (Schutzschild)**

Die Bundesministerien für Finanzen (BMF) sowie für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) haben am 08.04.2022 ein Maßnahmenpaket zur Unterstützung der von den Sanktionen oder dem Kriegsgeschehen betroffenen deutschen Unternehmen beschlossen (sogen. Schutzschild).

Ein KfW-Kreditprogramm mit einem Volumen von bis zu 7 Mrd. € soll die Liquidität betroffener Unternehmen mit zinsgünstigen, haftungsfreigestellten Krediten sicherstellen und steht Unternehmen aller Größenklassen zur Verfügung. Daneben sollen einzelne bereits während der Corona-Pandemie eingeführte Erweiterungen bei den Bund-Länder-Bürgschaftsprogrammen (betrifft Bürgschaftsbanken und das Großbürgschaftsprogramm) für vom Ukraine-Krieg nachweislich betroffene Unternehmen fortgesetzt werden.

Darüber hinaus bereitet die Bundesregierung weitere Maßnahmen vor für den Fall, dass sich die wirtschaftliche Situation der betroffenen Unternehmen weiter verschlechtert. Diese ergänzenden Maßnahmen beinhalten im Wesentlichen ein Programm zur temporären Kostendämpfung des Erdgas- und Strompreisanstiegs für besonders betroffene Unternehmen in Form eines befristeten und eng umgrenzten Kostenzuschusses, Eigen- und Hybridkapitalhilfen, welche der Stabilisierung besonders relevanter Unternehmen dienen soll und ein Finanzierungsprogramm für durch hohe Sicherheitsleistungen (*Margining*) gefährdete Unternehmen.

[BMF, Pressemitteilung vom 08.04.2022](#)

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

#### **Eilrechtsschutz und Selbstwiderlegung der Dringlichkeit**

Grundsätzlich kann der einstweiligen Rechtsschutz in Anspruch nehmende Arbeitnehmer durch langes Zuwarten die nach § 940 ZPO erforderliche Dringlichkeit einer Befriedigungsverfügung selbst widerlegen. Ein langes Zuwarten liegt vor, wenn der Arbeitnehmer in Kenntnis der Rechtsbeeinträchtigung längere Zeit untätig bleibt und seinen Anspruch nicht (gerichtlich) geltend macht. Anders ist es jedoch zu beurteilen, wenn der Arbeitnehmer mit dem Arbeitgeber noch Verhandlungen über eine gütliche Beilegung des Streits führt. Dies gilt jedenfalls, solange diese zielgerichtet von beiden Parteien geführt werden. In diesem Fall bleibt der Arbeitnehmer gerade nicht untätig, sondern bemüht sich aktiv um die Durchsetzung seiner Rechtsposition zur Erreichung einer Lösung der Auseinandersetzung und sei es auch nur in Form eines Kompromisses. Solange die Verhandlungen geführt werden,

bleibt die Angelegenheit dringlich. Erst wenn diese gescheitert sind, hat der Arbeitnehmer den Beschäftigungsanspruch alsbald geltend zu machen.

[ArbG Gera, Urteil vom 20.01.2022 - 2 Ga 3/21](#)

### **Ein voller Kalendertag als Ersatzruhetag**

Dem Arbeitnehmer ist ein voller Kalendertag arbeitsfreie Zeit als Ersatzruhetag zu gewähren. Ein Rolltag, der zwischen den zwei Schichten zwar rund 30 Stunden Freizeit gebe, genüge dafür nicht, weil sich der Arbeitnehmer an zwei aufeinanderfolgenden Kalendertagen im Dienst befinde. Für diese Auslegung spricht vor allem der Wortlaut und der Zweck des Arbeitsschutzgesetzes. Die Einrichtung der Sonn- und Feiertage dient der Erholung und der seelischen Erhebung. Auch § 9 Abs.1 ArbZG definiert die beschäftigungsfreie Zeit an Sonn- und Feiertagen ausdrücklich auf 0 bis 24 Uhr.

[BAG Urteil vom 08.12.2021, Az.: 10 AZR 641/19](#)

### **Fristlose Kündigung wegen Vorlage eines gefälschten Impfausweises**

Legt ein Arbeitnehmer zwecks weiterer Wahrnehmung von Kundenterminen einen gefälschten Impfausweis vor, schädigt dies das Vertrauensverhältnis zwischen den Arbeitsvertragsparteien so nachhaltig, dass selbst eine befristete Weiterbeschäftigung unzumutbar ist. Die außerordentliche fristlose Kündigung ist durch einen wichtigen Grund gerechtfertigt. Die Missachtung der 2-G-Regel im Präsenzkontakt zu Kunden ist weisungswidrig und stellt eine erhebliche Verletzung der Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Wahrung der Interessen des Arbeitgebers dar. Durch den Versuch, die unwahre Behauptung vollständigen Impfschutzes durch Vorlage eines falschen Impfnachweises zu belegen, ist auch das für eine nur befristete Fortführung des Arbeitsverhältnisses notwendige Vertrauen verwirkt.

[ArbG Köln \(Urteil vom 23.03.2022, Az.: 18 Ca 6830/21\)](#)

### **Einhaltung der Kündigungserklärungsfrist im Falle von Mutterschutz oder Elternzeit**

Nach § 626 Abs. 2 BGB kann die außerordentliche Kündigung nur innerhalb von zwei Wochen erfolgen, beginnend mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Hängt der Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung von einer Zulässigkeitserklärung nach § 17 Abs. 2 MuSchG oder § 18 Abs. 1 BEEG ab, ist die Kündigungserklärungsfrist eingehalten, wenn innerhalb der Zwei-Wochen-Frist der entsprechende Antrag gestellt worden ist und die Kündigung nach Zustellung des die Kündigung für zulässig erklärenden Bescheides unverzüglich ausgesprochen wird. Damit wird weder die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB umgangen, noch der Sonderkündigungsschutz in der Schwangerschaft bzw. Elternzeit. Vielmehr sind auf diese Weise beide Regelungen in Einklang zu bringen. Es sind sowohl der Sinn und Zweck der Kündigungserklärungsfrist gewahrt, zeitnah Rechtssicherheit zu schaffen, als auch der Sinn und Zweck des Sonderkündigungsschutzes, während der Schwangerschaft oder Elternzeit vorübergehend einen erhöhten Bestandsschutz zu gewährleisten. Der behördlichen Zulässigkeitserklärung steht der Wegfall des Zustimmungser-

fordernisses gleich. Ab Kenntnis der zum Wegfall des Zustimmungserfordernisses führenden Ereignisse ist die Kündigung unverzüglich auszusprechen, d.h. in der Regel am ersten folgenden Arbeitstag.

[LAG Mecklenburg-Vorpommern v. 15.3.2022 - 5 Sa 122/21](#)

#### **Keine wirksame Befristung eines Arbeitsvertrages allein mit Scan der Unterschrift**

Für die wirksame Befristung eines Arbeitsvertrages reicht eine eingescannte Unterschrift nicht aus. Die vereinbarte Befristung ist mangels Einhaltung der gemäß § 14 Absatz 4 Teilzeit- und Befristungsgesetz zwingend vorgeschriebenen Schriftform unwirksam. Schriftform i.S.d. § 126 BGB erfordert eine eigenhändige Unterschrift oder eine qualifizierte elektronische Signatur. Der einfache Scan einer Unterschrift genügt diesen Anforderungen nicht. Bei einer mechanischen Vervielfältigung der Unterschrift - auch durch datenmäßige Vervielfältigung durch Computereinblendung in Form eines Scans - liegt weder Eigenhändigkeit vor noch genügt sie den Anforderungen an eine qualifizierte elektronische Signatur. Eine etwaige spätere eigenhändige Unterzeichnung des befristeten Vertrages führt nicht zur Wirksamkeit der Befristung. Vielmehr muss die eigenhändig unterzeichnete Befristungsabrede beim Erklärungsempfänger vor Vertragsbeginn vorliegen.

LAG Berlin v. 16.3.2022 - 23 Sa 1133/21 (Volltext noch nicht verfügbar)

#### **IV. Bauvertragsrecht**

##### **Auf Sicherheitsrisiken ist hinzuweisen**

Wird ein Werkunternehmer mit Instandsetzungsarbeiten beauftragt, hat er seine Leistung so auszuführen, dass sie den zum Zeitpunkt der Abnahme geltenden anerkannten Regeln der Technik und Sicherheitsstandards entspricht. Umfasst der Auftrag des Werkunternehmers nicht sämtliche Leistungen, die zur ordnungsgemäßen Funktion der in Stand zu setzenden Technik erforderlich sind, und erwachsen hieraus Sicherheitsrisiken, hat er dem Auftraggeber einen Hinweis zu erteilen.

OLG Koblenz, Beschluss vom 09.06.2021 - 6 U 1094/20; IBRRS 2022, 1025

BGH, Beschl. v. 10.11.2022 - VII ZR 672/21 (Nichtzulassungsbeschw. Zurückgenommen)

##### **DSGVO steht Nachweis der Zahlung des Mindestlohns nicht entgegen**

Pauschale Erklärungen eines Steuerberaters genügen einer vertraglichen Vereinbarung, wonach der Nachunternehmer geeignete Nachweise darüber vorzulegen hat, dass die Mitarbeiterentlohnung nicht unter den geltenden Lohntarifen/Mindestlöhnen erfolgt, nicht. Der Nachunternehmer ist durch die Vorschriften der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) nicht gehindert, gegenüber seinem Auftraggeber Nachweise über die Zahlung des Mindestlohns an die Mitarbeiter, die er zur Erfüllung der Aufträge eingesetzt hat, zu erbringen.

[OLG Brandenburg, Urteil vom 23.02.2022 - 4 U 111/21](#)

### **Zuschusspflicht des Auftraggebers für die Kosten der Mängelbeseitigung**

Eine Zuschusspflicht des Auftraggebers für die Kosten der Mängelbeseitigung kommt insbesondere in Betracht, wenn zur Beseitigung des Mangels zusätzliche Leistungen erforderlich werden, die auch bei einer von vorneherein mangelfreien Leistung angefallen und in diesem Fall besonders zu vergüten gewesen wären (sog. Sowieso-Kosten). Darlegungs- und beweisbelastet für diese Sowieso-Kosten ist der Auftragnehmer als ausführender Unternehmer, der den Zuschussanspruch gegenüber dem Auftraggeber geltend machen muss. Hierzu bedarf es an konkretem Vortrag dazu, in Bezug auf welche Baumaßnahmen in welchem konkreten Umfang welche Sowieso-Kosten entstehen.

[OLG Köln, Urteil vom 03.12.2020 - 7 U 210/13](#)

BGH, Beschluss vom 21.07.2021 - VII ZR 10/21 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

### **Per WhatsApp übermittelte Kündigung ist unwirksam**

Eine per WhatsApp übermittelte außerordentliche Kündigung erfüllt nicht das Schriftformerfordernis und ist nichtig.

[LAG München, Urteil vom 28.10.2021 - 3 Sa 362/21](#)

### **Unangemessene Übersicherung bei Vertragserfüllungsbürgschaft + Bareinbehalt**

Wird formularmäßig eine Vertragserfüllungssicherheit von mehr als 10 % der Auftragssumme verlangt, führt dies zu einer unangemessenen Übersicherung und zur Gesamtnichtigkeit der Sicherungsklauseln, so dass der Bürge seiner Inanspruchnahme die Bereicherungseinrede (§§ 821, 768 BGB) entgegenhalten kann.

[OLG Celle, Beschluss vom 18.11.2021 - 14 U 119/21](#)

### **Vollmacht hat, wer zum Termin erscheint**

Entsendet eine Vertragspartei einen Mitarbeiter zum Termin, an dem die Inbetriebnahme stattfinden soll, kann die andere Vertragspartei davon ausgehen, dass der Mitarbeiter zu allen mit der Inbetriebnahme zusammenhängenden Rechtshandlungen bevollmächtigt ist. Das gilt auch dann, wenn der Mitarbeiter bis dato nur für die technische Seite des Projekts zuständig war.

OLG München, Urteil vom 22.05.2019 - 7 U 2782/18; IBRRS 2022, 1235

BGH, Beschl. v. 10.11.2022 - VII ZR 143/19 (Kostenbeschl. nach Erledigung der HS)

### **Keine Zusatzvergütung für die Ausführungsplanung bei funktional beschriebener Leistungsverpflichtung**

Hat der Auftragnehmer nach dem Leistungsverzeichnis eine "Unterkonstruktion nach Wahl des AN" herzustellen, ist die Leistung funktional beschrieben und der Auftragnehmer hat auch die für die Ausführung der Leistung erforderliche Planung als Vertragsleistung zu erstellen. Für die Wirksamkeit einer funktional beschriebenen Leistungsverpflichtung kommt es nicht darauf an, dass der Auftragnehmer den Umfang der übernommenen Verpflichtung

genau kennt oder zuverlässig ermitteln kann. Stellt sich heraus, dass er nach dem Vertrag eine Leistung schuldet, die er infolge der Unklarheit oder Unvollständigkeit der Leistungsbeschreibung nicht einkalkuliert hat, kann er keine Korrektur seiner für ihn nachteiligen Vertragsentscheidung verlangen, auch nicht im Wege eines Schadensersatzanspruchs. Das Risiko einer unauskömmlichen Kalkulation trägt der Auftragnehmer.

OLG Hamburg, Urteil vom 03.02.2021 - 8 U 33/20; IBRRS 2022, 1240

BGH, Beschl. v. 08.12.2021 - VII ZR 140/21 (Nichtzulassungsbeschw. zurückgewiesen)

### **Kein Nachtrag für höhere Lohn- und Materialkosten bei Verzug des Vorunternehmers**

Das Recht des Auftraggebers zum Abruf der Vertragsleistung ist eine echte Nebenpflicht, die den Auftraggeber zur Mitwirkung verpflichtet. Hat der Auftraggeber die Verzögerung des Abrufs zu vertreten, kann der Auftragnehmer Schadensersatz geltend machen. Allerdings ist der Vorunternehmer kein Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers im Verhältnis zum Nachfolgeunternehmer. Der Auftraggeber muss sich deshalb eine schuldhaftige Leistungsverzögerung des Vorunternehmers nicht zurechnen lassen. Davon unberührt bleibt die Möglichkeit, eine Entschädigung nach § 642 BGB zu verlangen. Der Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB umfasst aber keine Mehrkosten wie gestiegene Lohn- und Materialkosten, die zwar aufgrund des Annahmeverzugs des Auftraggebers infolge Unterlassens einer ihm obliegenden Mitwirkungshandlung, aber erst nach dessen Beendigung anfallen, nämlich bei Ausführung der verschobenen Werkleistung.

OLG Hamburg, Urteil vom 27.11.2020 - 8 U 7/20, IBRRS 2022, 1197

## **V. Vergaberecht**

### **Angebotsausschluss bei Abweichung von zwingender Vorgabe**

Grundsätzlich liegt eine unzulässige Änderung an den Vergabeunterlagen vor, wenn der Bieter nicht das anbietet, was der öffentliche Auftraggeber nachgefragt hat, sondern von den Vorgaben der Vergabeunterlagen abweicht. Ob eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen durch das Angebot im Einzelfall vorliegt, ist anhand einer Auslegung sowohl der Vergabeunterlagen als auch des Angebots nach dem jeweiligen objektiven Empfängerhorizont festzustellen. Maßgeblich ist hinsichtlich der Vergabeunterlagen der Empfängerhorizont der potenziellen Bieter. Für die Auslegung von Vergabeunterlagen ist auf die objektive Sicht eines verständigen und fachkundigen Bieters abzustellen, der mit der Erbringung der ausgeschriebenen Leistung vertraut ist.

[VK Nordbayern, Beschluss vom 05.08.2021 - RMF-SG21-3194-6-20](#)

### **Vergabeunterlagen: Widersprüchlichkeiten sind zu vermeiden**

Die Vergabestellen sind verpflichtet, die Vergabeunterlagen klar und eindeutig zu formulieren und Widersprüchlichkeiten zu vermeiden. Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens müssen klar, präzise und eindeutig formuliert werden, so dass zum einen alle mit der üblichen Sorgfalt handelnden Unternehmen die genaue Bedeutung dieser Bedingungen und Modalitäten verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können und zum anderen

der Auftraggeber tatsächlich überprüfen kann, ob die Teilnahmeanträge oder Angebote, die für den betreffenden Auftrag geltenden Kriterien erfüllen. Nicht mehr eindeutig sind Vergabeunterlagen, wenn fachkundigen Unternehmen auch nach Auslegungsbemühungen mehrere Auslegungsmöglichkeiten verbleiben. Unklare Vorgaben der Vergabestelle dürfen nicht zu Lasten der Bieter gehen.

OLG Schleswig, Beschluss vom 28.03.2022 - 54 Verg 11/21, IBRRS 2022, 1195

### **Keine hohen Anforderungen an Rüge**

An eine Rüge eines Bieters in einem Vergabeverfahren sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Sie ist an keine bestimmte Form gebunden. Sie kann auch als Frage formuliert sein, solange der Bieter deutlich macht, dass er in einem bestimmten Sachverhalt einen Vergaberechtsverstoß sieht und Abhilfe erwartet.

[OLG Schleswig, Beschluss vom 04.02.2022 - 54 Verg 9/21](#)

### **Aufklärung auch unterhalb der Aufgreifschwelle möglich**

Auf ein Angebot mit einem unangemessen hohen oder niedrigen Preis oder mit unangemessen hohen oder niedrigen Kosten darf der Zuschlag nicht erteilt werden. Vor der Ablehnung eines Angebots ist vom Bieter Aufklärung über die Ermittlung der Preise oder Kosten für die Gesamtleistung oder für Teilleistungen zu verlangen, wenn der Angebotspreis unangemessen niedrig erscheint und anhand vorliegender Unterlagen über die Preisermittlung die Angemessenheit nicht zu beurteilen ist. Weist das Angebot eines Bieters einen Abstand von mehr als 10 % zum nächsthöheren Angebot auf, ist der Auftraggeber zwar nicht zu einer Preisprüfung verpflichtet, aber dazu berechtigt.

VK Berlin, Beschluss vom 25.03.2022 - VK B 2-53/21, IBRRS 2022, 1315

### **Zeitpunkt für die Beurteilung der Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwalts**

Die Kosten eines Rechtsanwalts sind als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendige Kosten erstattungsfähig, wenn die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten notwendig war. Über die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines anwaltlichen Vertreters durch den öffentlichen Auftraggeber kann nicht schematisch, sondern stets nur auf der Grundlage einer differenzierenden Betrachtung des Einzelfalls entschieden werden. Hinsichtlich des Zeitpunkts für die Beurteilung der Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwalts ist auf die die Aufwendungen verursachende Handlung abzustellen. Erweist sich jedoch die Hinzuziehung anwaltlicher Verfahrensbevollmächtigter aufgrund nachträglicher, sich aus dem gegnerischen Vorbringen ergebender Erschwernisse erst zu einem späteren Zeitpunkt als notwendig, kann die Hinzuziehung ab diesem Zeitpunkt für notwendig erklärt werden, und zwar unabhängig davon, ob die anwaltlichen Verfahrensbevollmächtigten bereits beauftragt waren.

[OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.05.2021 - Verg 7/21](#)

### **Produktspezifische Ausschreibung ausnahmsweise zulässig**

Ein Verstoß gegen das Gebot produktneutraler Ausschreibung liegt nicht vor, wenn die spezifischen Vorgaben des Leistungsverzeichnisses aufgrund der besonderen Anforderungen des Bauauftrags sachlich gerechtfertigt und durch das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers gedeckt sind.

[VK Bund, Beschluss vom 08.03.2022 - VK 2-16/22](#)

### **Vertrauensschutz bei der Eignungsprüfung**

Gemäß § 122 Abs. 1 GWB werden „öffentliche Aufträge an fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen vergeben, die nicht nach den §§ 123 oder 124 ausgeschlossen worden sind.“ *Öffentliche Auftraggeber sind bei Vergabeverfahren demnach verpflichtet, eine Eignungsprüfung durchzuführen.* Wesentliche Grundlage der Eignungsprüfung ist der Gleichbehandlungsgrundsatz. Es soll sichergestellt werden, dass alle Bieter gleichermaßen den ausgeschriebenen Auftrag sachgerecht erfüllen können und dass der Auftraggeber anhand vorher festgelegter und für die Bieter transparenter Kriterien willkürfrei diejenigen Bieter auswählt, deren Angebote in die Wertung kommen sollen. Dies gilt nicht nur im Bereich der Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte gemäß § 122 Abs. 1 GWB, sondern auch unterhalb der Schwellenwerte (vgl. § 6a Abs. 1 VOB/A sowie § 31 UVgO).

Im offenen Verfahren ohne vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb besteht nach der Rechtsprechung (u.a. VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 25. August 2021, 1 VK 42 / 21) kein Vertrauensschutz.

Im zweistufigen Verfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb reichen Bieter zuerst einen Teilnahmeantrag mit den Eignungsnachweisen ein, die Auftraggeber bewerten diese Teilnahmeanträge und nur die „geeigneten“ Bieter werden dann zur Angebotsphase eingeladen und dürfen auch ein Angebot abgeben. Hier wird nach der Rechtsprechung (u.a. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. März 2021, Verg 9/21) ein Vertrauensschutz des Bieters bejaht, dessen Eignung bejaht worden ist und der zur Angebotsphase zugelassen wurde.

*Dadurch wird mit der positiven Eignungsprüfung - anders als im offenen Verfahren - ein Vertrauenstatbestand für die zum Verhandlungsverfahren zugelassenen Unternehmen begründet, dass sie nicht damit rechnen müssen, der ihnen durch die Erstellung der Angebote und Teilnahme am Wettbewerb entstandene Aufwand könnte dadurch nachträglich nutzlos werden, dass der Auftraggeber ihre Eignung später nochmals abweichend beurteilt. Der Vertrauensschutz gilt jedoch nur bei „gleichbleibender Tatsachengrundlage“, wenn sich also die tatsächlichen Umstände der „ersten“ Eignungsprüfung nicht geändert haben.*

## **VI. Steuerrecht**

### **Haftung für pauschalierte Lohnsteuer**

Gemäß § 69 Satz 1 i.V.m. § 34 Abs. 1 AO haften die gesetzlichen Vertreter einer GmbH, soweit Ansprüche aus dem Schuldverhältnis infolge vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Verletzung der ihnen auferlegten Pflichten nicht oder nicht rechtzeitig festgesetzt oder erfüllt worden sind. Danach trifft den Geschäftsführer einer GmbH die Pflicht, für eine frist-

gerechte Anmeldung und Abführung der von der GmbH geschuldeten Lohnsteuer zu sorgen (§ 41a Abs. 1 EStG).

Die Nichtabführung einzubehaltender und anzumeldender Lohnsteuer zu den gesetzlichen Fälligkeitszeitpunkten stellt regelmäßig eine zumindest grob fahrlässige Verletzung der Geschäftsführerpflichten dar. Das gilt auch im Fall der nachträglichen Pauschalierung der Lohnsteuer. Bei der pauschalierten Lohnsteuer handelt es sich nicht um eine Unternehmenssteuer eigener Art, sondern um die durch die Tatbestandsverwirklichung des Arbeitnehmers entstandene und vom Arbeitgeber lediglich übernommene Lohnsteuer. Zahlungsschwierigkeiten der GmbH ändern weder etwas an der Pflichtenstellung des GmbH-Geschäftsführers noch schließen sie sein Verschulden bei Nichterfüllung der steuerlichen Pflichten der GmbH aus.

Reichen die zur Verfügung stehenden Mittel zur Befriedigung der arbeitsrechtlich geschuldeten Löhne (einschließlich des in ihnen enthaltenen Steueranteils) nicht aus, so darf der Geschäftsführer die Löhne nur entsprechend gekürzt auszahlen und muss aus den dadurch übrigbleibenden Mitteln die auf die gekürzten (Netto-)Löhne entfallende Lohnsteuer an das Finanzamt abführen.

Nach der Rechtsprechung des BFH ist zwar generell davon auszugehen, dass der Geschäftsführer einer GmbH dann nicht schuldhaft handelt, wenn er die Sachkunde eines ihm als zuverlässig bekannten und als Angehöriger eines rechtsberatenden oder steuerberatenden Berufs befugten, steuerlichen Beraters in Anspruch nimmt, sich auf diesen verlässt und bei gewissenhafter Ausübung seiner Überwachungspflichten keinen Anlass hat, die steuerliche Korrektheit der Arbeit des steuerlichen Beraters in Frage zu stellen. Allerdings darf der Geschäftsführer nicht blind auf die ordnungsgemäße Aufgabenerledigung durch den Dritten vertrauen und auf eine Überwachung gänzlich verzichten. Vielmehr muss er sich fortlaufend über den Geschäftsgang unterrichten, so dass ihm Unregelmäßigkeiten nicht über einen längeren Zeitraum verborgen bleiben können.

[BFH Urteil vom 14. 12. 2021 - VII R 32/20](#)

## **VII. Gesetzgebungsvorhaben**

### **Hinweisgeberschutzgesetz (HinSchG)**

Die [EU-Whistleblower-Richtlinie](#) ist seit dem 17.12.2021 in Kraft und verpflichtet Unternehmen dazu, ein Hinweisgeber-System einzurichten, über das Mitarbeiter schriftlich und mündlich Meldungen von Gesetzesverstößen vornehmen können. (siehe Rundschreiben vom 22.04.2021) Die Richtlinie hätte bereits bis zum 17.12.2021 in deutsches Recht umgesetzt werden müssen. Nunmehr hat das Justizministerium einen neuen Referentenentwurf für das „[Gesetz für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen](#)“ (Hinweisgeberschutzgesetz) mit folgenden Kernpunkten vorgestellt:

Anwendungsbereich: Der persönliche Anwendungsbereich des HinSchG umfasst alle Personen, die im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit Informationen über Verstöße erlangt haben. Dies können neben Arbeitnehmern und Beamten auch Selbstständige, Anteilseigner oder von Lieferanten sein.

Der sachliche Anwendungsbereich greift die durch die Richtlinie vorgegebenen Rechtsbereiche auf und ergänzt sie, insbesondere um Verstöße, die strafbewehrt sind sowie bußgeldbewehrte Verstöße, soweit die verletzte Vorschrift dem Schutz von Leben, Leib, Gesundheit oder dem Schutz der Rechte von Beschäftigten oder ihrer Vertretungsorgane dient.

**Interne und externe Meldestellen:** Entsprechend den Richtlinienvorgaben sind hinweisgebende Personen frei darin, für ihre Meldung die internen oder die externen Stellen zu wählen. Beide Meldestellen prüfen die eingegangenen Meldungen und ergreifen die erforderlichen Folgemaßnahmen. Beschäftigungsgeber müssen interne Meldestellen einrichten, an die sich Beschäftigte wenden können. Die Pflicht zur Einrichtung interner Meldestellen betrifft sowohl die Privatwirtschaft als auch den gesamten öffentlichen Sektor, sofern dort in der Regel mindestens 50 Personen beschäftigt sind. Unternehmen mit bis zu 249 Beschäftigten haben für die Einrichtung interner Meldestellen bis zum 17. Dezember 2023 Zeit. Sie können mit anderen Unternehmen zusammen eine gemeinsame Meldestelle betreiben, Dritte als interne Meldestellen beauftragen oder innerhalb des Konzerns zentral bei der Konzernmutter Meldestellen ansiedeln.

Eine zentrale externe Meldestelle soll beim Bundesamt für Justiz (BfJ) eingerichtet werden. Daneben sollen die bestehenden Meldesysteme bei der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht sowie beim Bundeskartellamt weitergeführt werden.

Die hinweisgebende Personen soll sich nur unter engen Voraussetzungen mit ihren Informationen an die Öffentlichkeit wenden dürfen, etwa bei der Gefahr irreversibler Schäden oder in Fällen, in denen die externe Meldestelle nicht die notwendigen Maßnahmen ergriffen hat.

**Vertraulichkeitsgebot:** Essenziell ist ein wirksamer Schutz der Identität der hinweisgebenden und sämtlicher von einer Meldung betroffenen Personen. Die Identität darf dabei grundsätzlich nur den jeweils für die Bearbeitung einer Meldung zuständigen Personen bekannt sein. Informationen über die Identität einer hinweisgebenden Person oder einer Person, die Gegenstand einer Meldung ist, sollen nur in Ausnahmefällen herausgegeben werden dürfen, etwa in Strafverfahren auf Verlangen der Strafverfolgungsbehörden. Eine Pflicht zur Entgegennahme und Bearbeitung anonymen Hinweise ist nicht vorgesehen.

**Schutz vor Repressalien und Schadensersatzansprüche:** Hinweisgebende Personen sollen durch das Verbot von Repressalien geschützt werden. Dies soll auch für die Androhung und den Versuch, Repressalien auszuüben gelten. Hierzu sollen alle ungerechtfertigten Nachteile infolge einer Meldung oder Offenlegung zählen, wie beispielweise Kündigung, Abmahnung, Versagung einer Beförderung, geänderte Aufgabenübertragung, Disziplinarmaßnahmen, Diskriminierung, Rufschädigung oder Mobbing.

Zur Verbesserung der Durchsetzbarkeit von Ansprüchen wegen Repressalien enthält der Entwurf eine Beweislastumkehr. Wird ein Hinweisgeber nach einer Meldung bzw. Offenlegung benachteiligt, soll vermutet werden, dass diese Benachteiligung eine Repressalie ist.

Die Person, die den Hinweisgeber benachteiligt, soll dann beweisen müssen, dass die Benachteiligung auf hinreichend gerechtfertigten Gründen basierte oder dass sie nicht auf der Meldung bzw. Offenlegung beruhte. Der hinweisgebenden Person soll bei einem Verstoß gegen das Repressalienverbot der daraus entstehende Schaden zu ersetzen sein. Bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Falschmeldung soll die hinweisgebende Person zur Erstattung des dadurch eingetretenen Schadens verpflichtet sein.

Verstöße gegen die wesentlichen Vorgaben des HinSchG sollen als Ordnungswidrigkeiten mit einer Geldbuße geahndet werden können.

#### Handlungsbedarf

Unternehmen mit mehr als 50 Mitarbeitern müssen DSGVO-konform ein System einrichten, das schriftliche und mündliche Hinweise anonym annehmen kann, den vertraulichen Umgang während der Bearbeitung gewährleistet und die Kommunikation mit dem Hinweisgebenden unter Wahrung der Vertraulichkeit ermöglicht. Gerade im Hinblick der Wahlmöglichkeit der Hinweisgeber zwischen internen und externen Meldekanälen (§ 7 HinSchG) sollten Unternehmen frühzeitig funktionierende interne Strukturen schaffen, um Meldungen an externe Stellen möglichst zu vermeiden.

Konkret haben zum Hinweisgeberschutz Verpflichtete Unternehmen folgende Optionen:

- Bestimmung oder Errichtung einer Stelle im Unternehmen, an die Hinweisgeber ihre Meldung vertraulich abgeben können, z. B. der Compliance-Verantwortliche
- Mandatierung eines erfahrenen Anwalts (Ombudsperson) zur Entgegennahme von Hinweisen
- Einrichtung eines elektronischen Meldesystems
- Je nach Größe, Struktur und Weiträumigkeit der Unternehmen sind die Lösungen kombinierbar.

Darüber hinaus müssen Unternehmen die organisatorischen Vorkehrungen zur Verarbeitung eingegangener Hinweise treffen. So ist eine „unparteiische Person oder Abteilung“ zu benennen, die für die Folgemaßnahmen zu den Meldungen von Hinweisgebern zuständig ist. Dies kann die gleiche Person oder Abteilung sein kann, die Hinweise/Meldungen entgegennimmt. Dem Hinweisgeber ist binnen 7 Tagen der Eingang des Hinweises zu bestätigen und innerhalb eines „angemessenen zeitlichen Rahmens“ (max. drei Monate nach Eingangsbestätigung) eine Reaktion auf die Meldungen mit „ordnungsgemäßen Folgemaßnahmen“ mitzuteilen.

Mit freundlichen Grüßen

GTGA  
Geschäftsführerin



RAin Britta Brass