

GTGA · Hinter Hoben 149 · 53129 Bonn

Verteiler:

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

Bonn, den 10. Oktober 2022

Rechtliche Entwicklungen - September 2022

Sehr geehrte Damen und Herren,

wie gewohnt, möchten wir Ihnen mit diesem Rundschreiben in knapper Form einen Überblick über die aktuellen Corona-News und rechtliche Entwicklungen aus den Bereichen Arbeits- Sozialversicherungs- und Tarifrecht, Bauvertragsrecht und Vergaberecht sowie zu Gesetzgebungsvorhaben zur Verfügung stellen.

I. Corona-News

Corona-Gesetzgebung für den Winter 2022/ 2023 verabschiedet

Der Bundesrat hat am 16. September 2022 dem zuvor vom Bundestag verabschiedeten Gesetz zur Stärkung des Schutzes der Bevölkerung und insbesondere vulnerabler Personengruppen vor COVID-19 zugestimmt. Inhalt des Gesetzes sind unter anderem folgende Punkte:

- Bundesweit gilt eine FFP2-Maskenpflicht im Fernverkehr von Bus und Bahn, sowie in Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen. In den beiden letztgenannten Einrichtungen kommt zudem eine Testpflicht hinzu. Auch in ambulanten medizinischen Einrichtungen wird eine FFP2-Maskenpflicht zum Schutz vulnerabler Gruppen gelten.
- Hingegen besteht die Maskenpflicht in Flugzeugen nicht mehr. Allerdings ermächtigt das Gesetz die Bundesregierung vorsorglich bereits dazu bei einer Verschlechterung der Infektionslage diesbezüglich per Rechtsverordnung aktiv werden zu können.
- In § 59 IfSG ist nunmehr geregelt, dass Tage, an denen sich ein Beschäftigter absondern muss, nicht auf dessen Jahresurlaub angerechnet werden, wenn die Absonderung während seiner Urlaubszeit eintritt (das BAG hatte die Frage dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt Beschluss vom 16.08.2022 – 9 AZR 76/22, es bleibt abzuwarten, ob die Regelung EU-Rechts konform ist).

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

- Die Regelung bezüglich der zusätzlichen Kinderkrankentage wird in gleichem Umfang wie in 2022 auf das Jahr 2023 ausgeweitet.
- Der Schutzschirm für pflegende Angehörige kann auch 2023 in Anspruch genommen werden.
- Die Ermächtigungsgrundlage für die Coronavirus-Testverordnung und die Coronavirus-Impfverordnung wurden verlängert. Die Impfverordnung wurde bis zum Jahresende verlängert.
- Die Bundesländer werden ermächtigt in Abhängigkeit von der Infektionslage bestimmte, weitere Schutzvorkehrungen anzuordnen.

Das Gesetz wurde am 16. September im Bundesgesetzblatt veröffentlicht: [Link](#)

Die aktuellen Corona-Regeln im Herbst/Winter 2022 / 2023

Bundesweite Regelungen vom 1. Oktober 2022 bis zum 7. April 2023:

- Im öffentlichen Personenfernverkehr gilt eine FFP2-Maskenpflicht. Kinder und Jugendliche von sechs bis einschließlich 13 Jahren sowie das Personal können auch medizinische Masken (OP-Masken) tragen.
- Für den Zutritt zu Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen gilt eine FFP2-Maskenpflicht und eine Testnachweispflicht. Dies gilt auch für Beschäftigte in ambulanten Pflegediensten und vergleichbaren Dienstleistern.
- Für Patientinnen und Patienten sowie Besucherinnen und Besucher in Arztpraxen, Dialyseeinrichtungen und weiteren Einrichtungen des Gesundheitswesens ist das Tragen einer FFP2-Maske verpflichtend.

Die Länder können darüber hinaus weitergehende Regelungen erlassen, um die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems oder der sonstigen kritischen Infrastruktur zu gewährleisten.

Maskenpflicht:

- im öffentlichen Personennahverkehr
- in öffentlich zugänglichen Innenräumen. Dies gilt auch für den Bereich Kultur, Sport, Freizeit sowie Gastronomie. Hier gibt es eine Ausnahme: Wer über einen Testnachweis verfügt, soll von der Maskenpflicht ausgenommen sein. Die Länder können diese Ausnahme auf Personen ausweiten, die nachweisen können, dass sie frisch geimpft oder genesen sind.
- in Schulen und sonstigen Ausbildungseinrichtungen für Beschäftigte sowie Schülerinnen und Schüler ab dem 5. Schuljahr (soweit dies zur Aufrechterhaltung eines geregelten Präsenz-Unterrichts erforderlich ist).

Testpflicht:

- in Schulen, Kitas und anderen Einrichtungen wie Asylbewerberunterkünften, Obdachlosenunterkünften, Hafteinrichtungen.

Informationen zu den Regelungen in den einzelnen Bundesländern finden Sie [hier](#).

Stellt ein Landesparlament für das gesamte Bundesland oder eine bestimmte Region eine konkrete Gefahr für die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems oder der sonstigen kritischen Infrastruktur fest, können weitere Maßnahmen angeordnet werden.

- Maskenpflicht (FFP2-Maske oder medizinische Maske) bei Veranstaltungen im Außenbereich, wenn ein Mindestabstand von 1,5 Meter nicht eingehalten werden kann.
- Abstandsgebot und Personenobergrenze für Veranstaltungen in öffentlich zugänglichen Innenräumen.
- Verpflichtung zur Erstellung von Hygienekonzepten für Groß- und Einzelhandel, Betriebe, Einrichtungen, Gewerbe, Veranstaltungen im Freizeit-, Kultur- und Sportbereich.

Neuerungen zum Impfstatus:

Ab dem 1. Oktober 2022 gilt als rechtlich vollständig geimpft, wer drei Mal geimpft ist. Ausnahmen wird es nach durchgemachter Infektion mit dem Corona-Virus geben: Hier werden zwei Impfungen reichen,

- wenn vor der ersten Impfung eine mit Antikörpertest nachgewiesene Infektion erfolgte oder
- wenn vor der zweiten Impfung eine mit PCR-Test nachgewiesene Infektion erfolgte oder
- wenn nach der zweiten Impfung eine mit PCR-Test nachgewiesene Infektion erfolgte und seit der Testung 28 Tage vergangen sind.

Der Impfstatus spielt bei den Corona-Schutzmaßnahmen keine Rolle mehr. Er entscheidet nicht mehr über Zugangsmöglichkeiten etwa zu Restaurants oder Veranstaltungen wie im vergangenen Winter. Um gut geschützt zu sein, ist eine dritte Impfung dennoch notwendig.

[Mitteilung der Bundesregierung vom 27.09.2022](#)

Corona-Arbeitsschutzverordnung aktualisiert und verlängert

Im Hinblick auf die zu erwartenden steigenden Ansteckungszahlen in der kälteren Jahreszeit ist die Corona-Arbeitsschutzverordnung für den Herbst und Winter 2022/23 neu gefasst und verlängert worden. Dabei setzt das BMAS auf die bekannten Maßnahmen:

- Hygienekonzepte müssen weiter umgesetzt werden, angepasst an die konkrete Situation.
- Weiterhin gilt: Abstand halten, Hygiene beachten und regelmäßig lüften.
- Die Maskenpflicht gilt überall dort, wo andere Maßnahmen nicht möglich sind / nicht ausreichen.

- Betriebsbedingte Kontakte sind einzuschränken, insbesondere sollten Räume nicht von mehreren Personen gleichzeitig genutzt werden.
- Arbeitgeber sollen prüfen, ob sie Homeoffice anbieten und Testangebote unterbreiten.
- Der Arbeitgeber muss weiterhin über die Risiken einer COVID-19-Erkrankung aufklären und über die Möglichkeiten einer Impfung informieren und diese auch während der Arbeitszeit ermöglichen.

Die Arbeitsschutzverordnung tritt nach Erlass durch den Bundesminister für Arbeit und Soziales am 1.10.2022 in Kraft und gilt bis einschließlich 07.04.2023.

[Pressemitteilung BMAS vom 31.08.2022](#)

II. Arbeits- Sozialversicherungs- und Tarifrecht

Unpfändbarkeit der Corona-Prämie

Eine freiwillig vom Arbeitgeber gezahlte Corona-Prämie ist als Erschwerniszulage nach § 850a Nr. 3 ZPO unpfändbar, wenn ihr Zweck in der Kompensation einer tatsächlichen Erschwernis bei der Arbeitsleistung liegt und die Prämie den Rahmen des Üblichen nicht übersteigt.

[BAG, Urteil vom 25.08.2022, 8 AZR 14/22](#)

Sensible Daten nicht weggeschlossen - Verhaltensbedingte Kündigung

„In einen Schrank oder dergleichen gesperrt“ bedeutet, dass Schublade oder Schrank auch verschlossen sein müssen. Die Erbringung der Arbeitsleistung im Rahmen des rechtmäßig ausgeübten Direktionsrechts - zu dem auch Arbeitsanweisungen zum Datenschutz gehören - ist eine Hauptleistungspflicht. Die Nichteinhaltung einer hinreichend bekannten Arbeitsanweisung „Clean desk policy“ stellt eine Pflichtverletzung dar, wenn Unterlagen mit sensiblen Daten unverschlossen bei eigener Abwesenheit im Schreibtisch aufbewahrt werden. Aufgrund dieser Pflichtverletzung kann eine Kündigung gem. § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt sein, wenn der im Verhalten des Arbeitnehmers liegende Grund eine negative Zukunftsprognose rechtfertigt und zudem die Interessenabwägung zugunsten des Arbeitnehmers ausfällt.

[Sächsisches LAG v. 17.4.2022 - 9 Sa 250/21](#)

Die Abweichung von der Überlassungshöchstdauer durch Tarifvertrag ist möglich

Bei einer vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung kann in einem Tarifvertrag der Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche abweichend von der gesetzlich zulässigen Dauer von 18 Monaten eine andere Überlassungshöchstdauer vereinbart werden. Diese sei dann auch für den überlassenen Arbeitnehmer und dessen Arbeitgeber (Verleiher) maßgebend – unabhängig von deren Tarifgebundenheit.

Bei § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG handele es sich um eine vom Gesetzgeber außerhalb des Tarifvertragsgesetzes vorgesehene Regelungsermächtigung, die den Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche nicht nur gestattet, die Überlassungshöchstdauer abweichend von § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG verbindlich für tarifgebundene Entleihunternehmen, sondern auch für Verleiher und Leiharbeitnehmer mittels Tarifvertrag zu regeln, ohne dass es auf deren Tarifgebundenheit ankommt. Die gesetzliche Regelung sei unionsrechts- und verfassungskonform. Die vereinbarte Höchstüberlassungsdauer von 48 Monaten halte sich im Rahmen der gesetzlichen Regelungsbefugnis

[BAG, Urteil vom 14.09.2022 - 4 AZR 83/21](#) (Pressemitteilung, Volltext liegt noch nicht vor)

BGB-Bestimmungen gelten nicht bei einer tarifvertraglichen Ausschlussfrist

Enthält ein Arbeitsvertrag eine sogenannte Ausschlussklausel, wonach Ansprüche innerhalb einer bestimmten Frist geltend gemacht werden müssen und ansonsten verfallen, handelt es sich in der Regel um Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) im Sinne der §§ 305 ff. BGB. Diese Ausschlussklauseln werden von den Gerichten oft streng auf ihre Wirksamkeit hin überprüft, weil sie z.B. vorsätzliche Schäden nicht ausschließen dürfen. Auch darf bei der Haftung für vorsätzliche Schäden nach § 202 BGB die Verjährung nicht im Voraus durch Rechtsgeschäft erleichtert werden. Dieser hohe Maßstab gilt jedoch nicht für Ausschlussfristen, die für ein Arbeitsverhältnis auf der Grundlage eines Tarifvertrages gelten. In diesen Fällen sind die Vorschriften des BGB über die Kontrolle von Vertragsklauseln nicht anwendbar.

[Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg in einem Urteil vom 10.08.2022, 10 Sa 94/21](#)

III. Bauvertragsrecht

Kein Nachtrag für ohnehin geschuldete Leistungsbestandteile

Eine Vergütungspflicht für Nachträge scheidet aus, soweit die Leistung der Nachträge schon nach dem ursprünglichen Vertrag geschuldet war. Wird eine Leistung aufgrund eines Bau- oder Werkvertrags geschuldet und vergütet, kann der Auftragnehmer dieselbe Leistung aufgrund einer Nachtragsvereinbarung in der Regel nicht ein zweites Mal bezahlt verlangen. Etwas anderes gilt, wenn der Auftraggeber in der Nachtragsvereinbarung eine gesonderte Vergütungspflicht selbstständig anerkannt hat oder die Vertragsparteien sich gerade in Ansehung dieser Frage verglichen haben.

OLG Stuttgart, Urteil vom 02.03.2021 - 10 U 57/14; IBRRS 2022, 2520

BGH, Beschluss vom 04.05.2022 - VII ZR 259/21 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Auftraggeber kann vor Fristablauf kündigen, wenn Terminüberschreitung feststeht

Der Auftragnehmer, der sich in Verzug befindet, muss die Arbeiten innerhalb einer Frist erbringen, in der die Fertigstellung unter größten Anstrengungen möglich ist, was eine er-

hebliche Erhöhung der Zahl der Arbeitskräfte, der täglichen Arbeitsstunden bis hin zu Doppelschichten und Samstagsarbeit bedeutet. Die Entziehung des Auftrags (Kündigung) setzt grundsätzlich voraus, dass die gesetzte Frist tatsächlich fruchtlos abgelaufen ist. Wenn aber aufgrund der Umstände feststeht, dass die gesetzte Frist nicht eingehalten wird, ist der Auftraggeber auch vor Ablauf berechtigt, die außerordentliche Kündigung auszusprechen.

[OLG Frankfurt, Urteil vom 18.02.2021 - 22 U 103/19;](#)

BGH, Beschluss vom 26.01.2022 - VII ZR 258/21 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Kein Einstellen der Arbeiten, wenn nicht (mehr) für Mängel gehaftet wird

Der Auftraggeber kann den Bauvertrag kündigen, wenn der Auftragnehmer den Beginn der Ausführung verzögert, der Auftraggeber dem Auftragnehmer eine angemessene Frist zur Vertragserfüllung gesetzt sowie die Kündigung angedroht hat, und die gesetzte Frist fruchtlos abgelaufen ist. Der Auftragnehmer kann nach einer ausdrücklichen Anweisung des Auftraggebers die Aufnahme bzw. Weiterführung der Arbeiten wegen drohender Mängel nicht verweigern, wenn der Auftragnehmer zuvor ordnungsgemäß Bedenken angemeldet hat. Etwas anderes gilt, wenn die Durchführung der Bauarbeiten eine Gefahr für Leib und Leben begründet.

[OLG Frankfurt, Urteil vom 05.08.2022 - 21 U 84/21](#)

Keine Kündigung eines Bauvertrags per einfacher E-Mail

Ein Anspruch auf Erstattung der Ersatzvornahmekosten nach einer Kündigungserklärung des Auftraggebers setzt voraus, dass der Bauvertrag wirksam gekündigt wurde. Verweigert der Auftragnehmer die Vertragserfüllung ernsthaft und endgültig, muss der Auftraggeber, der Kostenerstattung verlangt, zumindest konkludent zum Ausdruck bringen, dass er den Vertrag mit dem Auftragnehmer beenden will. Die Kündigung eines Bauvertrags ist schriftlich zu erklären. Die Kündigungserklärung muss vom Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden. Mit einer Kündigungserklärung per E-Mail mit angehängter pdf-Datei wird das Schriftformerfordernis nicht gewahrt.

OLG München, Beschluss vom 03.02.2022 - 28 U 3344/21 Bau, IBRRS 2022, 2303

BGH, Beschluss vom 01.06.2022 - VII ZR 43/22 (Nichtzulassungsbeschw. zurückgenommen)

Angebotsnachlass gilt nicht für Nachträge

Der Grundsatz, dass für die Bemessung des neuen Einheitspreises bei Mehrmengen (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B) die tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge maßgeblich sind, findet auch bei der Ermittlung des neuen Einheitspreises von geänderten Leistungen (§ 2 Abs. 5 VOB/B) Anwendung. Ein auf die Angebotspreise gewährter Nachlass gilt in der Regel nicht für Nachtragsvergütungen.

OLG Dresden, Urteil vom 16.06.2020 – 6 U 327/20, IBRRS 2022, 1908

BGH, Beschluss vom 26.01.2022 - VII ZR 107/20 (Nichtzulassungsbeschw. zurückgewiesen)

Arbeiten sind nach Wegfall der Behinderung wieder aufzunehmen

Nimmt der Auftragnehmer nach dem Wegfall einer Behinderung seine Leistungen nicht wieder auf, obwohl keine (weiteren) Leistungshindernisse vorliegen, kann ihm der Auftraggeber unter Androhung der Kündigung eine Frist zu Wiederaufnahme der Arbeiten setzen

und nach fruchtlosem Fristablauf den Vertrag kündigen. Nach der Kündigung und Durchführung einer Ersatzvornahme steht dem Auftraggeber ein Anspruch auf Erstattung der Mehrkosten zu, die ihm durch die Beauftragung eines Drittunternehmers entstanden sind. Das sog. Prognoserisiko trägt der Auftragnehmer. Das bedeutet, dass er alle Aufwendungen zu ersetzen hat, auch wenn sich deren Unverhältnismäßigkeit - ohne Verschulden des Auftraggebers - erst nachträglich herausstellt. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung ist der Beginn der Mängelbeseitigung. Der Auftraggeber darf das aufwenden, was ein vernünftiger, wirtschaftlich denkender Bauherr aufgrund sachkundiger Beratung oder Feststellung für erforderlich halten durfte.

OLG Dresden, Urteil vom 03.09.2020, 10 U 1743/17, IBRRS 2022, 1368

BGH Beschluss vom 12.01.2011 – VII ZR 160/20 (Nichtzulassungsbeschw. zurückgewiesen)

Beweislast für Mitverschulden oder Verstoß gegen Schadensminderungspflicht

Baut der mit der Neuinstallation einer Elektroanlage beauftragte Auftragnehmer schuldhaft eine ungeeignete Sicherung ein und kommt es deshalb zu einem Ausfall der Anlage, steht dem Auftraggeber ein Anspruch auf Ersatz des dadurch entstandenen Mangelfolgeschadens zu. Der Auftragnehmer trägt als Schädiger die Beweislast für ein den Schaden mitverschuldendes Mitverschulden oder einen Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht des Auftraggebers. Demgemäß muss der Auftragnehmer darlegen und beweisen, dass der Auftraggeber oder eine andere dem Auftraggeber zuzurechnende Person einen streitigen Alarmruf erhalten und quittiert, aber gleichwohl nichts unternommen hat.

OLG Rostock, Urteil vom 07.12.2021 - 4 U 57/18, IBRRS 2022, 2635

BGH, Beschluss vom 04.05.2022 - VII ZR 5/22 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgenommen)

Pflicht zur Beseitigung von Schallschutzmängeln

Die Kosten für die Mängelbeseitigung sind unverhältnismäßig, wenn der zur Beseitigung des Mangels erzielte Erfolg bei Abwägung aller Umstände in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe des dafür geltend gemachten Geldaufwands steht. Schallschutzmängel sind nicht gänzlich belanglos und vernachlässigbar. Dem Auftraggeber kann ein objektiv berechtigtes Interesse an der ordnungsgemäßen Vertragserfüllung nicht abgesprochen werden. Daran ändert der Umstand, dass sich die Mängel nicht auf den Wert des Hauses auswirken, nichts.

OLG Celle, Urteil vom 09.03.2022 - 14 U 105/22, IBRRS 2022, 2698

Auch nach Kündigung noch Anspruch auf Bauhandwerkersicherheit

Dem Sicherungsverlangen des Bauhandwerkers nach § 648a BGB a.F. bzw. § 650f BGB n.F. steht nicht entgegen, dass der Unternehmer das Vertragsverhältnis wegen der Nichterfüllung des Sicherungsverlangens bereits gekündigt hat.

[OLG Naumburg, Urteil vom 10.02.2022 - 2 U 176/20](#)

Haftung des Auftragnehmers für Herstellungsfehler des Baustofflieferanten

Der Auftragnehmer haftet nach dem funktionalen Mangelbegriff nicht nur für die vereinbarte Beschaffenheit, sondern ist auch verpflichtet, ein nach den Vertragsumständen zweckentsprechendes, funktionstaugliches Werk zu erbringen. Er haftet auch (verschuldensunabhängig) - vorbehaltlich einer etwaigen Enthaltung nach § 4 Abs. 3, § 13 Abs. 3 VOB/B - für Mängel der gelieferten Baustoffe im Rahmen seiner vertraglichen Herstellungspflicht, wenn diese dazu führen, dass das Werk nicht den genannten Anforderungen genügt. Der Auftragnehmer kann sich nicht hinsichtlich solcher Fehler enthaften, die einem Nachunternehmer seines Baustofflieferanten bei der Herstellung eines vom Auftraggeber vorgeschriebenen, generell geeigneten Baustoffs unterlaufen sind.

[OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.09.2021 – 5 U 177/20](#)

Bauwasser- und Baustrom- Klausel (AGB) ist unwirksam

Die in einem vom Auftragnehmer vorformulierten Bauvertrag enthaltene Klausel, nach der *"Bauwasser und Baustrom ... vom Bauherrn gestellt bzw. ... die Kosten des Unternehmens insofern ausgeglichen (werden)"*, benachteiligt den Auftraggeber unangemessen und ist unwirksam. Die Klausel ist außerdem überraschend und wird deshalb nicht Vertragsbestandteil. Besteht keine wirksame Verpflichtung des Auftraggebers, dem Auftragnehmer Bauwasser und Baustrom zur Verfügung zu stellen, gerät der Auftraggeber nicht in (Annahme-)Verzug, wenn er kein Bauwasser oder keinen Baustrom liefert. Dementsprechend steht dem Auftragnehmer bei fehlendem Bauwasser/Baustrom kein Anspruch auf Schadensersatz oder Entschädigung zu.

OLG Schleswig, Urteil vom 31.08.2022 - 12 U 119/21, IBRRS 2022, 2768

Keine Vergütung für Vorarbeiten und Planung bei außerordentlicher Kündigung vor Ausführung

Weil sich die Wirkung einer Kündigung aus wichtigem Grund auf die Zukunft beschränkt, bleibt dem Unternehmer der Anspruch auf Vergütung für die erbrachten Leistungen erhalten. Dazu gehören aber nur diejenigen Arbeiten, die sich zum Zeitpunkt der Kündigung bereits im Bauwerk verkörpert haben. Für Vorarbeiten und Planungen, die keine eigenständige Leistung darstellen und deren Vergütung in die Baupreise eingerechnet ist, kann der Unternehmer keine Vergütung verlangen, wenn die Bauleistung selbst nicht erbracht ist. Ausnahmsweise kann ein Vergütungsanspruch nach den Geboten von Treu und Glauben bestehen, wenn die Leistung für die Weiterführung des Bauvorhabens uneingeschränkt taug-

lich ist und dem Besteller die Verwendung unter Berücksichtigung aller Umstände zugemutet werden kann.

[OLG Köln, Urteil vom 13.04.2022 - 11 U 7/21](#)

Praxishinweis: Möchte ein Unternehmer im Fall der vorzeitigen Vertragsbeendigung für erbrachte Vorarbeiten und Planungen einen Vergütungsanspruch geltend machen, muss es hierzu eine Vereinbarung im Vertrag geben, aus der sich ergibt, dass die jeweiligen Vorleistungen als eigenständiger Werkerfolg vereinbart sind und dafür eine bestimmte Vergütung vom Besteller zu zahlen ist, wenn der Vertrag vorzeitig beendet wird.

Die Unwirtschaftlichkeit von Stundenlohnarbeiten ist vom Auftraggeber zu beweisen

Zur schlüssigen Begründung eines nach Zeitaufwand zu bemessenden Vergütungsanspruchs muss der Auftragnehmer nur darlegen, wie viele Stunden für die Erbringung der Vertragsleistungen angefallen sind. Die Vereinbarung einer Stundenlohnvergütung für Werkleistungen begründet eine vertragliche Nebenpflicht zur wirtschaftlichen Betriebsführung, deren Verletzung sich aber nicht unmittelbar vergütungsmindernd auswirkt, sondern einen vom Auftraggeber geltend zu machenden Schadensersatzanspruch entstehen lässt. Dessen tatsächliche Voraussetzungen muss der Auftraggeber darlegen und beweisen. Den Auftragnehmer trifft eine sekundäre Darlegungslast, wenn der Auftraggeber nicht nachvollziehen kann, welche konkreten Leistungen der Auftragnehmer erbracht hat, und ihm deshalb die Möglichkeit genommen ist, die Wirtschaftlichkeit des abgerechneten Zeitaufwands zu beurteilen.

[OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.02.2021 – 23 U 126/20](#)

BGH, Beschluss vom 13.01.2021 – VV ZR 264/21 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Bedenkenhinweis schützt vor Verzugs Kündigung

Der Auftraggeber eines VOB-Vertrags kann dem Auftragnehmer den Auftrag entziehen, wenn der Auftragnehmer den Beginn der Ausführung verzögert oder mit der Vollendung in Verzug gerät und eine gesetzte angemessene Nachfrist zur Vertragserfüllung fruchtlos abgelaufen ist.

Der Auftragnehmer gerät nicht in Verzug, wenn er einer Weisung des Auftraggebers nicht folgt, die seine geltend gemachten Bedenken treuwidrig nicht berücksichtigt. Treuwidrig ist eine Anweisung, wenn danach die Leistungen auf eine gegen den Bauvertrag und gegen die Regeln der Technik verstoßende Weise erbracht werden soll, ohne dass eine Freistellung von der Gewährleistung erfolgt. Der Auftragnehmer muss sich keinen Gewährleistungsfall nicht absehbaren Ausmaßes aufzwingen lassen. Dem Auftragnehmer steht ein Leistungsverweigerungsrecht zu, wenn er dem Auftraggeber nicht nur ordnungsgemäß seine Bedenken mitgeteilt hat, sondern wenn die Prüfung dieser Bedenken mit an Sicherheit

grenzender Wahrscheinlichkeit das Ergebnis hat, dass die vom Auftraggeber vorgesehene Art der Ausführung zum Eintritt eines erheblichen Leistungsmangels oder eines sonstigen nicht nur geringfügigen Schadens führen wird. Die Beweislast für die Treuwidrigkeit der Anweisung des Auftraggebers liegt beim Auftragnehmer.

OLG Dresden, Urteil vom 29.06.2022 – 22 U 1689/20, IBRRS 2022, 2403

Praxishinweis: Eine Bedenkenanmeldung schützt den AN nur vor Mängelansprüchen des AG, nicht aber vor Ansprüchen Dritter, die - trotz angezeigter Bedenken - z. B. durch eine Verletzung der Verkehrssicherungspflicht geschädigt werden (OLG Brandenburg, IBR 2008, 1112 - nur online). Auch kann sich der AN durch eine Bedenkenanzeige nicht von seiner Verantwortung für die Einhaltung der geltenden gesetzlichen und behördlichen Bestimmungen (§ 4 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 VOB/B) befreien. Weist der AG den AN also etwa dazu an, die Treppengeländer in einem Schulgebäude entgegen einer einschlägigen (landesrechtlichen) Bauvorschrift nicht 1 m hoch, sondern nur 95 cm hoch auszuführen, muss und darf der AN diese Anweisung nicht befolgen. Gleiches gilt, wenn mit der Befolgung der Anordnung eine Gefahr für Leib und Leben verbunden ist (OLG Karlsruhe, IBR 2004, 684).

Bei Verzug des Bauunternehmers verjährt der Schadensersatzanspruch in drei Jahren

Der Anspruch auf Ersatz des infolge Verzugs eingetretenen Schadens gem. § 280 Abs. 1 und 2, § 286 Abs. 1 BGB unterliegt der regelmäßigen Verjährung. Die Verjährung des Schadensersatzanspruchs gem. § 280 Abs. 1 und 2, § 286 Abs. 1 BGB erfasst auch nachträglich eintretende Schadensfolgen, die im Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs als möglich voraussehbar waren.

Sachverhalt: Ein Bauunternehmer (AN) beginnt im Juni 2008 mit dem Bau eines Einfamilienhauses, die Bauzeit soll drei Monate betragen. Der Termin wird durch eine Vertragsstrafe i. H. v. 45 Euro/Tag, maximal 5 % des Pauschalpreises, bewehrt. Es entsteht Streit über die "Ordnungsgemäßheit" der Leistung. Der Bauherr (AG) verweigert Abschlagszahlungen. AN stellt die Arbeiten ein, AG setzt eine Frist zur Fertigstellung bis zum 05.09.2008. AN bleibt untätig und klagt auf Abschlagszahlung. Seine Klage wird abgewiesen, weil das Bauwerk mit Mängeln behaftet ist. Nach Abweisung dieser Klage erklärt AG 2013 den Rücktritt vom Vertrag und zieht nach Teilabriss und Neuherstellung im Juni 2015 in das Haus ein. Erst im März 2017 erhebt er Klage. Er begehrt Schadensersatz für die Kosten einer Kucheneinlagerung, für Bereitstellungszinsen und entgangene Nutzung, zudem eine Vertragsstrafe.

(Das OLG weist die Klage ab, weil die Ansprüche des AG verjährt seien)

Entscheidung des BGH: Der AN ist in Verzug geraten, weil er das Einfamilienhaus nicht rechtzeitig fertig gestellt hat. Dem AG steht daher ein Verzugsschadensersatzanspruch gem. §§ 280, 286 Abs. 1 BGB zu, der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren unter-

liegt. Die Frist beginnt mit dem Ende des Jahres, in dem der Anspruch fällig wird und der Gläubiger Kenntnis von den anspruchsbegründenden Tatsachen erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Der AN ist im September 2008 in Verzug geraten. Das war dem AG bekannt. Ob und inwieweit der AG Kenntnis von Mängeln hatte, ist unerheblich. Es genügt, dass ihm die verzögerte Fertigstellung und die hieraus resultierenden Schäden bekannt waren. Die Verjährung hat danach Ende 2008 zu laufen begonnen. Für die Verjährung kommt es trotz der "fortlaufenden" Schadenspositionen (so haben sich etwa die Kosten für die Einlagerung der Küche jeden Monat erhöht) nicht darauf an, wann der Teilschaden entstanden ist. Nach dem Grundsatz der Schadenseinheit beginnt die Verjährung einheitlich für den gesamten Schaden, sobald die erste Vermögenseinbuße eingetreten ist. Der Geschädigte kann und muss eine Feststellungsklage erheben, um die Verjährung für die erst in Zukunft entstehenden Schäden zu hemmen. Auch die Vertragsstrafe ist verjährt. Diese war spätestens im Jahr 2009 vollständig verwirkt, so dass die Verjährungsfrist von drei Jahren spätestens am 31.12.2012 abgelaufen ist.

[BGH, Urteil vom 19.05.2022 - VII ZR 149/21](#)

Wann muss sich der Auftraggeber das Verschulden anderer Baubeteiligter zurechnen lassen?

Ausgangsfall: Der Auftraggeber beauftragt den Auftragnehmer im Jahre 2016 mit der Erbringung von Dachdecker- und Abdichtungsarbeiten beim Neubau einer Wohnanlage. Die Ausführungsplanung erfolgt durch einen Planer des Auftraggebers. Nach der Herstellung einer Bitumenabdichtung durch den Auftragnehmer und der Anbringung des Wärmedämmverbundsystems (WDVS) lässt der Auftraggeber Türen und Fenster austauschen. Das WDVS wird nicht mehr verändert. Der Auftragnehmer nimmt daraufhin vereinbarungsgemäß eine weitere Abdichtung mit Flüssigkunststoff vor. Nach der Abnahme kommt es in den Wohnungen zu Feuchtigkeitserscheinungen und Schimmelbildungen.

Die Feuchtigkeitseintritte waren u.a. darauf zurückzuführen, dass der Auftragnehmer die Bitumenabdichtung zum Mauerwerk und die Abdichtung hinter den Türschwellen unzureichend hochgeführt hat und nach dem Austausch der Türen die Türschwellen und Pfosten nicht mit der Flüssigkunststoffabdichtung hinterfahren hat. Zudem fehlten Klemmprofile zum wasserdichten Anschluss an die Türen.

Die Ursache lag darin, dass das WDVS nach Austausch der Türen und Fenster hätte teilweise zurückgebaut werden müssen, was vom Auftraggeber bzw. dessen Planer jedoch nicht veranlasst wurde. Der Auftragnehmer hat die Flüssigkunststoffabdichtung aufgebracht, ohne dass ihm Detailpläne zur Ausführung vorlagen. Zudem wiesen die vom Rohbauer hergestellten Betonplatten Mängel auf, sodass der Auftragnehmer trotz einer fehlerhaften Leistung des Vorunternehmers die Bitumenabdichtung aufgebracht hat.

Als der Auftraggeber den Auftragnehmer auf Kostenvorschuss in Höhe der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten sowie auf Schadensersatz wegen der Feuchtigkeitsschä-

den in Anspruch nimmt, beruft sich der Auftragnehmer auf ein Mitverschulden des Auftraggebers (Fehler bei der Planung und Koordination durch den Planer, der Auftraggeber müsse sich Fehler des in seinem Auftrag tätigen Rohbauers zurechnen lassen).

Das Mitverschulden des Auftraggebers wurde mit einer Quote von (nur) insgesamt 25 % festgestellt:

Zwar wäre es Sache des Auftraggebers gewesen, dem Auftragnehmer Detailpläne zur Verfügung zu stellen, dennoch treffe den Auftragnehmer das weit überwiegende Mitverschulden, denn er habe seine Leistungen bewusst ohne Detailpläne ausgeführt. Aufgrund der planerischen Entscheidung, die Türen auszutauschen, ohne gleichzeitig auch das WDVS teilweise zurückzubauen, war dem Auftragnehmer eine fachgerechte Ausführung nicht mehr möglich. Gleichwohl habe er Flüssigkunststoffabdichtung bewusst ohne Detailplanung vorgenommen. Die Verursachungsbeiträge von Auftraggeber und Auftragnehmer seien in etwa gleich zu gewichten. Zudem müsse sich der Auftraggeber für die mangelhaften Vorleistungen des Rohbauers kein Mitverschulden zurechnen lassen, denn die Vorleistung des Rohbauers bilde lediglich die Grundlage, auf der der Auftragnehmer seine Leistung erbringe. Der Vorunternehmer sei kein Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers, es wäre vielmehr Sache des Auftragnehmers gewesen, die Vorleistung des Rohbauers zu prüfen und Bedenken anzumelden.

[Urteil des OLG Schleswig vom 08.07.2022 – 1 U 97/21](#)

Praxishinweis: Erfolgt die Ausführungsplanung bauseits, muss der Auftragnehmer eine ausführungsfähige Planung aktiv einfordern und den Auftraggeber ggf. unverzüglich nach Vertragsschluss darauf aufmerksam machen, dass ihm die notwendige Detailplanung zur Ausführung seiner Leistungen fehlt. Bei der Überlassung der Planung (sofern nach dem Vertrag vereinbart) handelt es sich um eine notwendige Mitwirkungshandlung des Auftraggebers im Sinne von § 642 Abs. 1 BGB, ohne die der Auftragnehmer seine Leistung nicht ordnungsgemäß erbringen kann. Der Auftragnehmer sollte dem Auftraggeber ggf. eine Frist zur Überlassung der Ausführungsplanung setzen und darauf hinweisen, dass er nach ergebnislosem Fristablauf in der ordnungsgemäßen Ausführung seiner Leistungen behindert ist.

Der Auftragnehmer hat vor Ausführung seiner Leistungen die ihm überlassene Planung sowie die Vorleistungen anderer Unternehmer zu prüfen und ggf. unverzüglich beim Auftraggeber (schriftlich) Bedenken anzumelden. Der Auftragnehmer sollte unter Fristsetzung eine schriftliche Entscheidung des Auftraggebers einfordern, wie dieser mit den angezeigten Bedenken umgehen möchte (notwendige Mitwirkungshandlung Auftraggebers, bei Ausbleiben ggf. zusätzlich Behinderungsanzeige). Will der Auftraggeber die Ausführung aufgrund der angemeldeten Bedenken ändern, muss er dem Auftragnehmer die erforderliche Ausführungsplanung zur Verfügung stellen und sich ggf. mit dem Auftragnehmer im Rahmen einer Nachtragsvereinbarung über die geänderte Ausführung einigen bzw. die geänderte Ausführung anordnen.

Nachweis der Zahlung des Mindestlohns scheitert nicht am Datenschutz

Pauschale Erklärungen eines Steuerberaters genügen einer vertraglichen Vereinbarung, wonach der Nachunternehmer geeignete Nachweise darüber vorzulegen hat, dass die Mitarbeiter-Entlohnung nicht unter den geltenden Lohnstarifen/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. Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist rechtmäßig, wenn sie zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen.

Praxishinweis: Die Bürgenhaftung für seinen NU kann ein GU nur durch entsprechende vertragliche Vereinbarung, die der AGB-Kontrolle standhält, weitgehend vermeiden oder zumindest minimieren. Nicht wirklich hinreichend für den GU sind jedoch Vertragsklauseln wie Haftungsfreizeichnungen, besondere Kündigungsrechte bei Verstößen gegen das Mindestlohngesetz, Vertragsstrafenregelungen oder die Einräumung von Bürgschaften oder Sicherheitseinbehalten, da diese Sicherungsmechanismen nicht präventiv eingreifen.

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

IV. Vergaberecht

Abgrenzung von Kalkulation und Spekulation

Angebote, die nicht die erforderlichen Preisangaben enthalten, sind von der Wertung auszuschließen. Ein Angebot enthält den geforderten Preis nicht, wenn eine Preisangabe fehlt, das Angebot also unvollständig ist. Eine Preisangabe fehlt aber auch dann, wenn der angegebene Preis offensichtlich unzutreffend ist, insbesondere wenn Preisbestandteile in unzulässiger Weise verlagert werden. Die Bieter sind in der Kalkulation ihrer Preise grundsätzlich frei. Das schließt die Befugnis ein, festzulegen, zu welchen Einzelpreisen die Positionen des Leistungsverzeichnisses ausgeführt werden sollen. Ein Bieter muss nicht jede Position des Leistungsverzeichnisses nach den gleichen Maßstäben kalkulieren. Ein Angebot kann nicht ohne Weiteres ausgeschlossen werden, weil einzelne Positionen darin zu Preisen angeboten werden, die die diesbezüglichen Kosten nicht vollständig abdecken. Eine Angebotsstruktur, bei der deutlich unter den zu erwartenden Kosten liegenden Ansätzen bei bestimmten Positionen auffällig hohe Ansätze bei anderen Positionen des Leistungsverzeichnisses entsprechen, indiziert eine solche Preisverlagerung. Kann der Bieter die Indizwirkung nicht erschüttern, rechtfertigt dies die Annahme, dass das Angebot nicht die geforderten Preisangaben enthält.

[OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.10.2021 - Verg 4/21](#)

Preis angemessen - Aufklärungsverlangen idR. rechtswidrig

Ein Aufklärungsverlangen kann rechtswidrig sein, wenn der öffentliche Auftraggeber eine Aufklärung über den Preis verlangt, ohne dass die Voraussetzungen der Prüfung vorliegen, also der Abstand des Angebots zu den weiteren Angeboten keinen Anlass zur Annahme bietet, es sei im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig. Besteht kein Grund für die Annahme, der Angebotspreis sei unangemessen niedrig, kann der Ausschluss eines Angebots nicht auf eine unzureichende Mitwirkung des Bieters bei einer etwaig überflüssigen Aufklärung gestützt werden. Ein Aufklärungsverlangen zu den Grundlagen der Preisermittlung eines Bieters ist dahingegen zulässig, wenn der Auftraggeber einem für die Vergabeentscheidung erheblichen Informationsbedürfnis folgt, wenn die geforderten Angaben geeignet sind, dieses Informationsbedürfnis zu befriedigen, und wenn dem Auftraggeber die Erlangung dieser Informationen nicht auf einfachere Weise möglich ist. Die Preisprüfung hat in vier Schritten zu erfolgen. In einem ersten Schritt identifiziert der öffentliche Auftraggeber zweifelhafte, d. h. niedrige Angebote und prüft, ob der Preis oder die Kosten dieses Angebots ungewöhnlich niedrig zu sein "scheinen". In einem zweiten Schritt hat der Auftraggeber dem betreffenden Bieter die Möglichkeit zu geben, die Gründe darzulegen, aus denen er der Ansicht ist, dass sein Angebot nicht ungewöhnlich niedrig ist. Der Auftraggeber hat sodann in einem dritten Schritt die Stichhaltigkeit der gegebenen Erläuterungen zu beurteilen und festzustellen, ob das in Rede stehende Angebot ungewöhnlich niedrig ist. In einem vierten Schritt hat er seine Entscheidung über die Zulassung oder Ablehnung dieser Angebote zu treffen.

VK Sachsen, Beschluss vom 14.06.2022 - 1/SVK/006-22, IBRRS 2022, 2557

Nicht jede Vertragsverletzung ist eine „Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit“

Der Begriff "Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit" umfasst jedes fehlerhafte Verhalten, das Einfluss auf die berufliche Vertrauenswürdigkeit des betreffenden Unternehmens hat, und nicht nur Verstöße gegen berufsethische Regelungen im engen Sinne des Berufsstands, dem dieser Wirtschaftsteilnehmer angehört. Auch die Verletzung vertraglicher Verpflichtungen kann eine schwere Verfehlung darstellen. Vorausgesetzt, dass sie eine solche Intensität und Schwere aufweist, dass der öffentliche Auftraggeber berechtigterweise an der Integrität des Unternehmens zweifeln darf.

[BayObLG, Beschluss vom 13.06.2022 - Verg 6/22](#)

Fallstricke bei der Präqualifizierung

Die Präqualifizierung ist eine dem Vergabeverfahren vorgelagerte und auftragsunabhängige Prüfung der Eignungsnachweise im Vergabeverfahren, die besonders bei der Vergabe von Bauleistungen zum Tragen kommt. Zuständig sind die sogen. Präqualifizierungsstellen (PQ-

Stellen), im Bereich der Bauvergaben nach der VOB/A sowie der VOB/A-EU ist der „Verein für die Präqualifizierung von Bauunternehmen e.V.“ die zuständige PQ-Stelle. PQ-Stellen führen Präqualifizierungsverzeichnisse, in die Bieter und Bewerber sich eintragen lassen können.

Die Möglichkeit der Präqualifizierung steht allen Unternehmen gleichermaßen offen. Zum Nachweis der fachlichen Kenntnisse und Leistungsfähigkeit (unabhängig von einem bestimmten Vergabeverfahren) müssen die Unternehmen Eignungsnachweise bei der PQ-Stelle einreichen, anhand derer die PQ-Stelle die Unternehmen auf ihre Eignung hin (Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit) prüft und ggf. einen Präqualifizierungsnachweis erteilt. Diese Präqualifizierungsnachweise werden von öffentlichen Auftraggebern als verbindlich anerkannt. Es gilt eine „Eignungsvermutung“, d.h. öffentliche Auftraggeber dürfen die im PQ-System niedergelegten Unterlagen und Angaben nur in begründeten Fällen in Zweifel ziehen.

Aber: Eine Gleichstellung von „Präqualifizierung“ und „Eignung im Vergabeverfahren“ gibt es nicht, d.h. auch eine Präqualifizierung bedeutet nicht zwingend, dass die Eignung im Sinne des Vergaberechts feststeht. Die o.g. „Eignungsvermutung“ reicht nur so weit, wie sich die Eignungsnachweise, die im Rahmen der Präqualifizierung eingereicht worden sind, auch mit denen decken, die in einem konkreten Vergabeverfahren gefordert sind.

Folglich kommt es unabhängig von einer Präqualifizierung immer auf den Nachweis der vom öffentlichen Auftraggeber in einem Vergabeverfahren konkret geforderten Eignungsnachweise an. Diese Eignungsnachweise sind von jedem Bieter im Vergabeverfahren vorzulegen, unabhängig von einer Präqualifizierung (da die Eignungsnachweise, die ein Unternehmen einer PQ-Stelle vorgelegt hat, in gewissem Maße generalisierend sind und nicht sämtliche denkbaren Eignungsanforderungen von öffentlichen Auftraggebern umfassen).

Die Teilnahme am Präqualifikationssystem dient der Entlastung des Bieters von der Beibringung der Eignungsnachweise, nicht jedoch ihrer Ersetzung. Die Erleichterung in Bezug auf die Beibringung ändert nichts daran, dass die Erfüllung der Eignungskriterien grds. vom Bieter nachzuweisen ist.

Die inhaltlichen Anforderungen an die Eignung und ihre Nachweise müssen für jeden Bieter gleich sein, unabhängig davon, ob dieser präqualifiziert ist oder nicht. Auch bei einem präqualifizierten Bieter hat der öffentliche Auftraggeber daher zu prüfen, ob die im Präqualifikationsverzeichnis hinterlegten Nachweise, die im konkreten Verfahren geforderten Eignungsangaben und Nachweise abdecken.

Fordert der öffentliche Auftraggeber die Angabe dreier mit der zu vergebenden Leistung vergleichbarer Referenzen, kann nur der Bieter die verlangten Angaben allein mit Verweis auf seine Eintragung im Präqualifikationsverzeichnis leisten, für den dort drei Nachweise über mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbare Leistungen hinterlegt sind.

Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 8. Juni 2022 (VII Verg 19/22) IBRRS 2022, 1970

Praxishinweis: Bieter müssen vor Angebotsabgabe prüfen, ob sie mit den Eignungsnachweisen, die im Präqualifikationsverzeichnis hinterlegt wurden, die konkreten Eignungsanforderungen in einem bestimmten Verfahren erfüllen. Ist das nicht der Fall, sind die fehlenden Nachweise zu ergänzen. Besonderes Augenmerk ist hier auf Referenzaufträge zu legen, mit denen Bieter ihre Erfahrungen mit dem ausgeschriebenen Leistungsgegenstand belegen müssen oder Eignungsanforderungen, die eine bestimmte technische Ausrüstung oder bestimmte Qualifikationen bei den zur Auftragsausführung eingesetzten Mitarbeitern betreffen. Daher beschränkt sich die durch die Präqualifizierung angestrebte Vereinfachung häufig darauf, dass „Standarddokumente“ wie den Handelsregisterauszug o.ä. nicht erneut eingereicht werden müssen.

V. Gesetze und Richtlinien

Verordnung zur Sicherung der Energieversorgung über mittelfristig wirksame Maßnahmen

Der Bundesrat hat in seiner Plenarsitzung am 16. September 2022 der Rechtsverordnung zugestimmt, die mittelfristig wirksame Maßnahmen zur Sicherung der Energieversorgung in der aktuellen Gaskrise vorgibt. Die Verordnung trat daher wie geplant am 1. Oktober 2022 in Kraft und wird zum Ablauf des 30. September 2024 automatisch wieder außer Kraft treten.

Die Verordnung beinhaltet unter anderem Maßnahmen zur Steigerung der Energieeffizienz von Heizungsanlagen sowie Maßnahmen zur Energieeinsparung in der Wirtschaft.

Alle Eigentümer von Gebäuden mit Gasheizungen müssen in den nächsten zwei Jahren von einer fachkundigen Person eine Heizungsprüfung nach Maßgabe des § 2 EnSimiMaV durchführen lassen, wobei als fachkundige Person Schornsteinfeger, Handwerker der Gewerbe Installateure und Heizungsbauer sowie Ofen- und Luftheizungsbauer und Energieberater, welche in die Energieeffizienz-Expertenliste für Förderprogramme des Bundes aufgenommen worden sind, anzusehen sind.

Die Verpflichtung zur Heizungsprüfung entfällt in Gebäuden, welche im Rahmen eines standardisierten Energiemanagementsystems oder Umweltmanagementsystems verwaltet werden und in Gebäuden mit standardisierter Gebäudeautomation oder wenn innerhalb der vergangenen zwei Jahre vor dem 1. Oktober 2022 eine vergleichbare Prüfung durchgeführt und kein weiterer Optimierungsbedarf festgestellt worden ist.

In § 2 EnSimiMaV werden zudem die in Absatz 2 Nr. 1-6 aufgezählten Maßnahmen zur Heizungsoptimierung unter Berücksichtigung möglicher negativer Auswirkungen auf die Bausubstanz des Gebäudes als „regelmäßig notwendig“ eingestuft und § 3 EnSimiMaV

regelt die gestaffelte Verpflichtung zur Vornahme eines hydraulischen Abgleichs für Eigentümer großer Gebäude mit zentraler Wärmeversorgung auf Erdgasbasis, sofern ein solcher bislang nicht durchgeführt wurde. (für Nichtwohngebäude im Anwendungsbereich des Gebäudeenergiegesetzes ab 1000 m² beheizter Fläche oder in Wohngebäuden mit mindestens zehn Wohneinheiten bis zum 30. September 2023; in Wohngebäuden mit mindestens sechs Wohneinheiten bis zum 15. September 2024).

In § 4 EnSimiMaV ist die verpflichtende Umsetzung aller konkret identifizierten und als wirtschaftlich durchführbar bewerteten Energieeffizienzmaßnahmen geregelt.

Danach müssen Unternehmen, in Energieaudits nach § 8 des Gesetzes über Energiedienstleistungen und andere Energieeffizienzmaßnahmen (EDL-G) sowie im Rahmen eines Energie- oder Umweltmanagementsystems nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 u. 2 EDL-G konkret identifizierte und als wirtschaftlich durchführbar bewertete Maßnahmen zur Verbesserung der Energieeffizienz, unverzüglich, spätestens aber innerhalb von 18 Monaten, umzusetzen. Von den Umsetzungspflichten ausgenommen sind Unternehmen, deren jährlicher durchschnittlicher Gesamtenergieverbrauch innerhalb der letzten drei Jahre weniger als 10 Gigawattstunden betrug.

Schon bislang bestand für viele Unternehmen die Pflicht für ein Energieaudit nach dem EDL-G, jedoch ohne Umsetzungspflicht. Nach dem in der Verordnung vorgesehenen Wirtschaftlichkeitsvorbehalt gilt eine Maßnahme als wirtschaftlich durchführbar, wenn sich bei der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung nach DIN EN 17463, Ausgabe Februar 2020, nach maximal 20 % der Nutzungsdauer ein positiver Kapitalwert ergibt (begrenzt auf einen Bewertungszeitraum von maximal 15 Jahren).

Folgen bei Verstößen:

Die Ermächtigungsgrundlage der Bundesregierung betreffend die Verordnungen zur Sicherung der Energieversorgung über kurzfristig bzw. mittelfristig wirksame Maßnahmen findet sich im [Energiesicherungsgesetz](#). Fahrlässige oder vorsätzliche Verstöße gegen Rechtsverordnungen können nach § 15 Energiesicherungsgesetz grundsätzlich mit Bußgeldern im Einzelfall bis zu 100.000 € sowie bei beharrlichem Zuwiderhandeln sogar mit einer Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren geahndet werden.

Dies jedoch nur „soweit die Rechtsverordnung für einen bestimmten Tatbestand auf diese Bußgeldvorschrift verweist“. Ein solcher Verweis findet sich in der aktuellen Fassung der Energieeinsparverordnung über kurzfristig wirksame Maßnahmen bzw. über mittelfristig wirksame Maßnahmen nicht.

Derzeit dürfte bei Zuwiderhandlungen gegen die Pflichten aus diesen Verordnungen kein Bußgeld verhängt werden können. Im Einzelfall kann ein Bußgeld jedoch aufgrund von Anordnungen der zuständigen Ordnungsbehörden verhängt werden.

Es wurden "keine besonderen Regelungen geschaffen", um die Durchsetzung der Vorgaben der Verordnungen zu kontrollieren. Gem. § 16 des Energiesicherungsgesetzes sind die

Länder für die Kontrolle bzw. den Vollzug verantwortlich und müssen insoweit zunächst die Zuständigkeiten festlegen. Landesbehörden entscheiden im Einzelfall.

[Mittelfristenergieversorgungsicherungsmaßnahmenverordnung – EnSimiMaV](#)

Kabinett beschließt Anpassungen bei Energieeinspar-Verordnung

Das Bundeskabinett hat am 28.09.2022 Anpassungen bei der Energiesicherungsverordnung für kurzfristige Energiesparmaßnahmen (EnSikuMaÄV) verabschiedet, die Klarstellungen für die Anwendung und den Geltungsbereich der Verordnung beinhalten. Die Anpassungen betreffen die kurzfristigen Energiespar-Maßnahmen, die für einen Zeitraum vom 1. September 2022 bis zum 28. Februar 2023 gelten. In folgenden Bereichen wurden Anpassungen vorgenommen:

- Beleuchtungsverbot für öffentliche Nichtwohngebäude und Baudenkmäler,
- Nutzungseinschränkung beleuchteter Werbeanlagen/Außenwerbung
- Verbot der Nutzung bestimmter Heizungsarten für Schwimm- und Badebecken

Die Einzelheiten entnehmen Sie bitte der [Pressemitteilung des BMWK vom 28.09.2022](#)

Energiesicherungsverordnung am Arbeitsplatz

Grundsätzlich wird nicht zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Arbeitgebern differenziert, sondern danach, ob die Arbeitsräume in öffentlichen Gebäuden liegen oder nicht. Für Arbeitsräume in öffentlichen Gebäuden gilt, dass die in § 6 EnSikuV vorgegebenen Lufttemperaturwerte Höchstwerte sind. (u.a. 19 °C für körperlich leichte und überwiegend sitzende Tätigkeit). Diese liegen im Schnitt ca. 1-2 Grad unter den Raummindesttemperaturen der bislang zu berücksichtigenden Technischen Regeln für Arbeitsstätten (ASR) 3.5 Ziffer 4.2.

Bei sonstigen gewerblichen Arbeitsstätten werden die nunmehr vorgegebenen Raumtemperaturen als Mindesttemperaturen deklariert (§ 12 EnSikuV). Eine verpflichtende Absenkung der Temperaturen ist für diese Gebäude nicht vorgeschrieben. Zwar appelliert die Verordnungsbegründung an Unternehmen, dem Beispiel der öffentlichen Hand zu folgen, jedoch ist für die Raumtemperaturen grundsätzlich die Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV) zu berücksichtigen (§ 3 Abs. 1 ArbStättV i.V.m. Anhang 3.5). Ob die EnSikuV insoweit als vorrangige Verordnung im Sinne von § 3a Abs. 4 ArbStättV zur Anwendung gelangt, ist bisher ungeklärt. Verstöße gegen das Arbeitsschutzgesetz stellen grundsätzlich eine Ordnungswidrigkeit dar, die mit einer Geldbuße geahndet werden kann (§ 25 Abs. 1 Nr. 1 ArbSchG i.V.m. ArbStättV).

In Arbeitsstätten von nicht öffentlichen Gebäuden sind weiterhin die Raumtemperaturen der ASR vorrangig zu berücksichtigen. Werden die vorgesehenen Raumtemperaturen nicht erreicht, so muss der Arbeitgeber nach den Grundsätzen des Arbeitsschutzes zunächst technische und organisatorische Maßnahmen ergreifen, bevor er zu personellen Maßnah-

men greifen kann. Insoweit regelt auch § 6 Abs. 4 EnSikuV, dass die unter § 6 Abs. 1 Nr. 1 und 2 EnSikuV vorgegebenen Raumtemperaturen nur dann nicht gelten, sofern dies zu einer Gesundheitsgefährdung der Mitarbeitenden führt und sonstige Schutzmaßnahmen nicht möglich oder ausreichend sind.

Homeoffice

Das Aufstellen von energieintensiven Heizstrahlern oder Heizlüftern läuft dem Verordnungszweck zuwider, so dass anderen Maßnahmen der Vorzug zu geben ist. Die Verordnungsbegründung sieht vor, dass Arbeitgeber die Erbringung der Arbeitsleistung im Homeoffice anbieten. Die Energieeinsparverordnungen beinhalten keine Sonderregelungen, so dass die allgemeinen Anforderungen an die Einführung von Homeoffice gelten. Das Direktionsrecht des Arbeitgebers umfasst zwar grundsätzlich auch die Bestimmung des Ortes der Arbeitsleistung, es reicht allerdings nicht so weit, dass Beschäftigte ihre Wohnung gegen ihren Willen als Arbeitsort zur Verfügung stellen müssen (Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 14.11.2018, Az. 17 Sa 562/18). Grund dafür ist die verfassungsrechtlich garantierte Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG). Die einseitige Anordnung von Homeoffice scheidet somit grundsätzlich aus. Eine Ausnahme kommt nur bei schwerwiegenden, existenzbedrohenden Nachteilen für den Arbeitgeber einerseits und geeigneten Wohnräumlichkeiten des Arbeitnehmers andererseits in Betracht.

Selbstverständlich haben die Arbeitsvertrags- und Betriebsparteien die Möglichkeit, einvernehmliche Homeoffice-Vereinbarungen zu treffen, welche auch eine verbindliche Grundlage schaffen sollten, um die Rückkehr der Mitarbeitenden nach der Winterperiode zu gewährleisten. Auch sind ggf. die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zu berücksichtigen (§ 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG). (Eine Verpflichtung zum Home-Office, ähnlich den Regelungen in der alten Fassung des § 28b Abs. 7 Infektionsschutzgesetz, wird derzeit diskutiert.)

Aufwendungsersatzansprüche

Wählt der Arbeitnehmer selbst das Homeoffice statt in seinem Büro im Betrieb zu arbeiten, bestehen regelmäßig keine Aufwendungsersatzansprüche (BAG, Urteil vom 12.04.2011, Az. 9 AZR 14/10), da er sich bei einer möglichen Mehrbelastung durch das Homeoffice die Einsparungen anrechnen lassen muss, die sich dadurch ergeben, dass die betriebliche Arbeitsstätte nicht aufgesucht werden muss.

Erfolgt die Tätigkeit im Homeoffice im Interesse des Arbeitgebers und steht dem Arbeitnehmer kein Büro im Betrieb zur Verfügung, können ihm analog § 670 BGB Ersatzansprüche für seine für das Homeoffice erforderlichen Aufwendungen (Heiz-, Strom-, Wasser-, Internet- und Telefonkosten) zustehen. Im Rahmen von Homeoffice-Vereinbarungen empfiehlt sich die Regelung einer pauschalen Abgeltung der Aufwendungen oder der vertragliche Ausschluss dieser Ansprüche (BAG, Urteil vom 14.10.2003, Az. 9 AZR 657/02). Ist im Rahmen bestehender Vereinbarungen bereits eine Aufwendungspauschale geregelt, besteht nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) aufgrund der

steigenden Energiepreise auf Verlangen ggfs. Anpassungsbedarf in Bezug auf die Höhe des vereinbarten Betrags.

Recht der Arbeitnehmer, die Arbeitsleistung zurückzuhalten

Ist die Erbringung der Arbeitsleistung im Home-Office nicht möglich und kann der Arbeitgeber in der Arbeitsstätte nicht die vorgeschriebenen Mindesttemperaturen gewährleisten, stellt sich die Frage, ob Mitarbeitende berechtigterweise ihre Arbeitsleistung zurückhalten dürfen und der Arbeitgeber weiterhin zur Vergütung verpflichtet ist.

Zwar trägt grundsätzlich der Arbeitgeber das Betriebsrisiko gemäß § 615 S. 3 BGB. Sollte aber die dritte Stufe des Gasnotfallplans ausgerufen werden, ist fraglich, ob noch ein Betriebsrisiko vorliegt, wenn es infolgedessen zu einem Heizungsausfall in der Betriebsstätte kommt. (Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz hat am 23. Juni 2022 die zweite Stufe des Gasnotfallplans ausgerufen). Insoweit wird es auf den konkreten Einzelfall ankommen, ggf. wird der Arbeitgeber anderweitige (kurzfristige) Maßnahmen ergreifen müssen, z.B. geeignete warme Kleidung zur Verfügung stellen.

Besteht ein Betriebsrat, so hat dieser gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht bei Regelungen zum Arbeits- und Gesundheitsschutz. Der Betriebsrat kann nicht entscheiden, ob die Temperaturen gesenkt werden, gleichwohl darf er Betriebsrat bei der Umsetzung der Entscheidung mitbestimmen, insbesondere im Hinblick auf zu ergreifende Maßnahmen des Arbeitgebers, um Gefährdungen der Belegschaft durch kühlere Raumverhältnisse vorzubeugen.

Aktualisierung von Gefährdungsbeurteilungen

Grundsätzlich hat jeder Arbeitgeber gemäß § 5 ArbSchG durch eine Beurteilung der für die Beschäftigten mit ihrer Arbeit verbundenen Gefährdung zu ermitteln, welche Maßnahmen des Arbeitsschutzes erforderlich sind. Konkretisiert wird dies wiederum durch die ArbStättV. Sie sieht unter § 3 vor, dass der Arbeitgeber u. a. physische Belastungen zu berücksichtigen hat. Hierzu gehört auch die Raumtemperatur (Anhang zu § 3 ArbStättV, Ziffer 3.5). Demnach spricht viel dafür, dass Arbeitgeber, die die Raumtemperaturen in ihren Räumlichkeiten absenken, neue Gefährdungsbeurteilungen erstellen müssen.

[Kurzfristenergieversorgungsicherungsmaßnahmenverordnung – EnSikuMaV](#)

Verlängerung der Kurzarbeitergeldzugangsverordnung

Mit der Verordnung zur Änderung der Kurzarbeitergeldzugangsverordnung werden bis zum 31.12.2022 die Erleichterungen beim Zugang zum Kurzarbeitergeld erneut verlängert, um den Betrieben die Möglichkeit zu geben, unter erleichterten Bedingungen kurzfristig in Kurzarbeit gehen zu können und dadurch Planungssicherheit zu erhalten.

Die Zahl der Beschäftigten, die vom Arbeitsausfall betroffen sein müssen, bleibt für die Betriebe von mindestens einem Drittel auf mindestens 10 % abgesenkt und auf den Aufbau negativer Arbeitszeitsalden vor der Gewährung von Kurzarbeitergeld wird weiter vollständig verzichtet.

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

[BMAS Pressemitteilung vom 14.09.2022](#)

Bundesregierung beschließt Bürgergeld-Gesetz

Mit dem Bürgergeld-Gesetz bringt die Bundesregierung zentrale Regelungen zur Erneuerung der Grundsicherung für Arbeitsuchende auf den Weg. Änderungen bei den Regelbedarfen, Einkommensfreibeträgen, Weiterbildungsmöglichkeiten, im Eingliederungsprozess und bei den Anspruchsvoraussetzungen bilden die Schwerpunkte dieser großen Sozialreform.

Insbesondere sollen bei den Regelbedarfen die Preisentwicklung und damit auch die Auswirkungen der Energiekrise durch eine aktuellere Fortschreibung berücksichtigt werden und die Freibeträge sollen angehoben werden. Personen, die zwischen 520 und 1.000 € verdienen, sollen mehr von ihrem Einkommen behalten können (Anhebung in diesem Bereich auf 30 %), auch die Freibeträge für Schülerinnen und Schüler, Studierende und Auszubildende werden erhöht. Das Bürgergeld soll insgesamt unbürokratischer und digital zugänglicher werden und der Fokus soll künftig auf Weiterbildung und nachhaltige Vermittlung in Arbeit gelegt werden.

Der Gesetzentwurf geht nun ins parlamentarische Verfahren, soll bis Jahresende verkündet werden und zum 01.01.2023 in Kraft treten. Einzelne Regelungen, deren Umsetzung etwas mehr Vorlauf erfordert, treten zu einem späteren Zeitpunkt in Kraft.

[BMAS Pressemitteilung vom 14.09.2022](#)

Update Hinweisgeberschutzgesetz

Der Bundestag hat am Donnerstag, 29. September 2022, erstmals über den von der Bundesregierung eingebrachten Gesetzentwurf für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, beraten. ([20/3442](#)) In seiner Stellungnahme bittet der Bundestag unter anderem um Prüfung und Klarstellung, wie mit kommunalen Unternehmen in der Rechtsform einer juristischen Person des öffentlichen Rechts einerseits und in der Rechtsform einer juristischen Person des Privatrechts andererseits zu verfahren ist. Laut Gegenäußerung, die als Unterrichtung ([20/3709](#)) vorliegt, will die Bundesregierung dieser Prüfbitte nachkommen und weist darauf hin, dass dies Fragen der Reichweite des „Durchgriffsverbots“ nach Artikel 84 Absatz 1 Satz 7 Grundgesetz betreffe. Trotz Nachbesserungsbedarfs wird erwartet, dass das Gesetz bis Ende des Jahres verabschiedet wird.

[Pressemitteilung Deutscher Bundestag hib 26.09.2022](#), [Deutscher Bundestag, 29.09.2022](#)

Mit freundlichen Grüßen

GTGA
Geschäftsführerin



RAin Britta Brass

Dieses Rundschreiben wurde für die Mitglieder der GTGA erstellt. Wir bitten von der Vervielfältigung sowie jeder Weitergabe des Rundschreibens oder Teilen abzusehen.