

Verteiler:

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

Bonn, den 5. Juni 2023

Rechtliche Entwicklungen Mai 2023

Sehr geehrte Damen und Herren,

wie gewohnt, möchten wir Ihnen mit diesem Rundschreiben in knapper Form einen Überblick über aktuelle rechtliche Entwicklungen aus den Bereichen Arbeits- Sozialversicherungs- und Tarifrecht, Bauvertrags- und Vergaberecht, Steuerrecht sowie zu Gesetzgebungsvorhaben 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. Arbeits- Sozialversicherungs- und Tarifrecht

Arbeitgeber kann mit Teilkündigung eine Vereinbarung über Home-Office rückgängig machen

Die Teilkündigung einzelner arbeitsvertraglicher Vereinbarungen kann zulässig sein, wenn dem Kündigenden hierzu das Recht eingeräumt wurde. Die Abrede über einen Home-Office-Arbeitsplatz betrifft nicht eine vertraglich vorgesehene Leistung des Arbeitgebers, sondern den Ort der Arbeitsleistung, der vom Direktionsrecht des Arbeitgebers gem. § 106 S. 1 BGB umfasst ist.

[LAG Hamm v. 16.3.2023 - 18 Sa 832/22](#)

Scheinselbstständige Bauarbeiter sind sozialversicherungspflichtig beschäftigt

Bauarbeiter, die im Wesentlichen ihre Arbeitskraft zur Verfügung stellen und kein Unternehmerrisiko tragen, sind abhängig beschäftigt. Ein Nachunternehmerauftrag mit einer zwischengeschalteten Gesellschaft bürgerlichen Rechts führt nicht dazu, dass eine selbstständige Tätigkeit angenommen werden kann, insbesondere, wenn der Auftrag lediglich der Verschleierung der tatsächlich bestehenden Beschäftigungsverhältnisse dient, um den gesetzlichen Sozialabgabepflichten zu entgehen.

[LSG Hessen, Urteil vom 26.01.2023 – L 8 BA 51 / 20](#)

Praxishinweis: Allein die Beauftragung einer GbR führt nicht dazu, dem Risiko der Annahme einer abhängigen Beschäftigung zu entgehen. Vielmehr kommt es auf die tatsächliche

Durchführung des Vertragsverhältnisses an, wobei jüngst das Element des unternehmerischen Risikos stets betont wird. In der sozialgerichtlichen Rechtsprechung zeichnet sich eine Tendenz ab, nicht nur im Zweifelsfall von einer abhängigen und damit sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung auszugehen, was bei der Gestaltung und Durchführung entsprechender Vertragsverhältnisse zu berücksichtigen ist.

Geringere Vergütung von Minijobbern – Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten

Geringfügig Beschäftigte, die in Bezug auf Umfang und Lage der Arbeitszeit keinen Weisungen des Arbeitgebers unterliegen, dürfen bei gleicher Qualifikation für die identische Tätigkeit keine geringere Stundenvergütung erhalten als vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer, die durch den Arbeitgeber verbindlich zur Arbeit eingeteilt werden.

[BAG Urteil vom 18.01.2023 – 5 AZR 108/22](#)

Betriebsbedingte Kündigung wegen Aufgabenverlagerung im Konzern

Ein Arbeitsverhältnis kann betriebsbedingt gekündigt werden, wenn dringende betriebliche Gründe vorliegen, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen. Es müssen folgende Voraussetzungen vorliegen: Unternehmerische Organisationsentscheidung - die zum ersatzlosen Wegfall des Arbeitsplatzes führt - keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten (freier Arbeitsplatz) - Sozialauswahl.

Das BAG hat über eine betriebsbedingte Kündigung wegen Fremdvergabe von Aufgaben an ein konzernangehöriges Drittunternehmen entschieden und festgestellt, dass die einer betriebsbedingten Kündigung zugrundeliegende unternehmerische Entscheidung nicht – etwa aus wirtschaftlichen Gründen – „dringend“ sein muss. Der Arbeitgeber sei nicht gehindert, auch wirtschaftlich nicht zwingend notwendige Organisationsentscheidungen zu treffen, sofern sie nicht offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich sind. Zu der unternehmerischen Freiheit gehöre auch das Recht festzulegen, ob bestimmte Arbeiten weiter im eigenen Betrieb ausgeführt oder an Drittunternehmen vergeben werden sollen. Dies gelte auch für die Aufgabenverlagerung zwischen Konzernunternehmen. Es mache grundsätzlich keinen Unterschied, ob das Drittunternehmen ein Konzernunternehmen sei oder nicht. Entscheidungsrelevant sei, dass die Aufgaben zur selbstständigen Erledigung übertragen werden. Anderenfalls läge eine unzulässige Austausch Kündigung vor.

[BAG Urteil vom 28.02.2023 – 2 AZR 227/22](#)

II. Bauvertragsrecht

Folgen des Verbraucherwiderrufs nach Vertragserfüllung seitens des Unternehmers

Art. 14 Abs. 4 a i) und Art. 14 Abs. 5 Richtlinie 2011/83/EU sind dahin auszulegen, dass sie einen Verbraucher von jeder Verpflichtung zur Vergütung der Leistungen befreien, die in Erfüllung eines außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossenen Vertrags erbracht wurden, wenn ihm der betreffende Unternehmer die Informationen gem. Art. 14 Abs. 4 a i) Richtlinie 2011/83/EU nicht übermittelt hat und der Verbraucher sein Widerrufsrecht nach

Erfüllung dieses Vertrags ausgeübt hat. Der Unternehmer muss dann die Kosten tragen, die ihm für die Erfüllung des Vertrags während der Widerrufsfrist entstanden sind.

Sachverhalt: Ein Verbraucher schloss mit einem Unternehmen einen Vertrag über die Erneuerung der Elektroinstallation seines Hauses. Das Unternehmen versäumte es, ihn über das Widerrufsrecht zu unterrichten, das dem Verbraucher grundsätzlich während 14 Tagen zusteht, da der Vertrag außerhalb der Geschäftsräume des Unternehmens abgeschlossen worden war. Nach Erbringung seiner vertraglichen Leistungen legte das Unternehmen dem Verbraucher die Rechnung vor. Der Verbraucher widerrief den Vertrag. Das Unternehmen habe keinen Anspruch auf Vergütung, da es versäumt habe, über das Widerrufsrecht zu unterrichten und die Arbeiten vor Ablauf der Widerrufsfrist (die sich bei einem solchen Versäumnis um ein Jahr verlängere) ausgeführt worden seien.

Hinsichtlich der Frage, ob jeglicher Anspruch des Unternehmers auf "Wertersatz" auch dann ausgeschlossen sei, wenn der Verbraucher sein Widerrufsrecht erst nach Erfüllung eines außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossenen Vertrags ausgeübt habe, wurde der EuGH im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens angerufen, da der Verbraucher so einen Vermögenszuwachs erlangen könne, was dem Grundsatz des Verbots ungerechtfertigter Bereicherung widerspreche.

Die Frage, ob Art. 14 Abs. 5 der Verbraucherschutzrichtlinie (RL 2011/83) so auszulegen sei, dass der Verbraucher, der nach Vertragserfüllung widerruft tatsächlich nichts bezahlen muss, wenn ihn das Unternehmen nicht belehrt hat, beantwortete der EuGH mit einem klaren "Ja". Für den Verbraucher dürfen nach Sinn und Zweck der Richtlinie keine Kosten entstehen, auch kein Wertersatz. Weil die Belehrung über das Widerrufsrecht gefehlt habe, müsse das Unternehmen das Verlustrisiko tragen. Im Vordergrund stehe der Verbraucherschutz. Der funktioniere nur, wenn der Verbraucher tatsächlich über sein Widerrufsrecht informiert sei. Könnten für den Verbraucher Kosten entstehen, obwohl er nicht vernünftig über seine Rechte aufgeklärt worden sei, wäre das eine Gefahr für das hohe Verbraucherschutzniveau. Ein Wertersatz des Verbrauchers in diesem Fall, sei nicht mit der Verbraucherschutzrichtlinie vereinbar. Hier müsse der Unternehmer die Verantwortung tragen. Auch das Argument der ungerechtfertigten Bereicherung werde vom Verbraucherschutzgedanken der Richtlinie überschattet.

[EuGH v. 17.5.2023 - C-97/22](#)

Praxishinweis: Nicht jede Vertragsanbahnung außerhalb der Geschäftsräume führt zu einem "außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag". Die ist nur der Fall, wenn eine der in § 312 b Abs. 1 Nr. 1 bis 4 BGB bzw. Art. 2 Nr. 8 Buchst. a bis d der Richtlinie 2011/83/EU aufgeführten vier Fallkonstellationen vorliegen.

Sogenannte "große Kündigungsvergütung" - Revision zugelassen

Solange sich keine Anhaltspunkte für eine andere Kostenentwicklung ergeben, reicht es bei der Geltendmachung der großen Kündigungsvergütung aus, wenn der Werkunternehmer

die Ersparnis auf der Grundlage seiner ursprünglichen Kalkulation berechnet. Er kann auch auf Basis eines geplanten, aber bislang nicht genehmigten Subunternehmereinsatzes jedenfalls dann abrechnen, wenn keine Anhaltspunkte für eine andere Kostenentwicklung gegeben sind.

Dabei müssen derartige Anhaltspunkte für eine andere Kostenentwicklung sich bereits in einem Verhalten der Vertragsparteien vor Vertragsbeendigung manifestiert haben. (Im zugrundeliegenden Fall fehlte es an derartigen Anhaltspunkten dafür, dass der Besteller bei Fortführung des Werkvertrages von der ihm theoretisch zustehenden Möglichkeit, den Subunternehmereinsatz nicht zu genehmigen und der Klägerin wegen eines gleichwohl durchgeführten Subunternehmereinsatzes gem. § 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B zu kündigen, Gebrauch gemacht hätte.)

Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache wurde die Revision zum BGH zugelassen. Denn die hier entscheidungserhebliche Frage, ob die große Kündigungsvergütung auch dann nach § 648a Abs. 5 Satz 2 BGB a.F. (bzw. jetzt § 650f Abs. 5 Satz 2 BGB) auf Grundlage eines Nachunternehmereinsatzes kalkuliert werden könne, wenn diesem seitens des Bestellers nicht gem. § 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B zugestimmt worden sei, sei höchststrichterlich noch nicht geklärt und werde in der OLG-Rechtsprechung konträr beantwortet (OLG Celle, Urt. v. 14.2.2007 - 7 U 1656/06 einerseits und OLG Brandenburg, Urt. v. 10.11.2022 - 12 U 69/22 andererseits).

KG Berlin v. 5.5.2023 - 7 U 74/21 (Volltext zur Entscheidung liegt noch nicht vor)

Ausnahmsweise kann die Vergütungshöhe geschätzt werden

Eine Schätzung nach § 287 ZPO ist im Ausnahmefall auch im Bereich der Vergütungshöhe zulässig (hier: Höhe der Vergütung des Bauunternehmers, der Restleistungen im Rahmen einer Ersatzvornahme erbringt und abrechnet, bei unstreitiger Höhe des Einheitspreises und streitigem Aufmaß) mit der Maßgabe, dass lediglich die Mindestmengen der erbrachten Leistungen in Ansatz gebracht werden können.

[OLG Naumburg, Urteil vom 22.12.2022 - 2 U 49/18](#)

Konsequenzen der „Optimierung“ für die Bauausführung

Art und Umfang der auszuführenden Leistung wird durch "den Vertrag" im Sinne des gesamten Vertragswerks bestimmt. Zum Vertrag kann nicht nur ein Raumbuch, sondern auch ein Bieterprotokoll gehören. Legen die Parteien eines Bauvertrags im Bieterprotokoll fest, dass der Auftragnehmer Teile der Leistung "optimieren" darf, ist diese Vereinbarung gegenüber den Vorgaben eines Standard-Raumbuchs vorrangig. "Optimieren" bedeutet, dass der Auftragnehmer befugt ist, von den Vorgaben der Leistungsbeschreibung abzuweichen, solange die behördlichen und gesetzlichen Vorgaben eingehalten werden, die Leistung funkti-

onstauglich ist, sie den anerkannten Regeln der Technik entspricht und mit der im Vertrag beschriebenen Leistung technisch mindestens gleichwertig ist.

OLG München, Urteil vom 28.09.2021 - 9 U 1739/20 Bau; IBRRS 2023, 1216

BGH, Beschluss vom 15.03.2023 - VII ZR 851/21 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Bei unzureichender Vorunternehmerleistung haftet der Auftragnehmer nicht immer

Der Auftragnehmer ist ungeachtet der getroffenen Leistungsvereinbarung werkvertraglich dazu verpflichtet, dem Auftraggeber eine dem Vertragszweck gerecht werdende, funktions-taugliche Leistung zu verschaffen. Die Leistung ist auch dann mangelhaft, wenn sie die vereinbarte Funktion nur deshalb nicht erfüllt, weil die vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Leistungen anderer Unternehmer, von denen die Funktionsfähigkeit der Leistung abhängt, unzureichend sind. Der Auftragnehmer ist in einem solchen Fall nur dann nicht für den Mangel verantwortlich, wenn er seine Prüfungs- und Hinweispflicht erfüllt hat. Die Haftung des Auftragnehmers für einen Mangel aufgrund unzureichender Vorunternehmerleistungen setzt voraus, dass die Leistung in engem Zusammenhang mit der Vorarbeit eines anderen Unternehmers steht, auf die seine Leistung aufbaut und die sich darauf auswirken kann.

[OLG Hamm, Urteil vom 06.12.2022 - 24 U 55/21](#)

Verjährung durch Mängelrüge nicht insgesamt gehemmt

Verjährungshemmende Maßnahmen des Auftraggebers betreffen nur den konkret im Raum stehenden Mangel und nicht jedwede sonstigen Mängel. Die Mängelrüge dient dazu und muss deshalb so formuliert sein, dass der Auftragnehmer überblicken kann, was ihm vorgeworfen wird und was von ihm als Abhilfe erwartet wird.

OLG Saarbrücken, Urteil vom 19.10.2022 - 2 U 229/21, IBRRS 2023, 1304

Erfordernis der zeitnahen Erklärung der Kündigung aus wichtigem Grund

Das Recht zur außerordentlichen Kündigung eines Werk- oder Bauvertrags unterliegt zwar keinen starren zeitlichen Grenzen. Aus Sinn und Zweck der außerordentlichen Kündigung folgt jedoch, dass eine solche zumindest zeitnah zum Kündigungsanlass erklärt werden muss. Das Recht zur außerordentlichen Kündigung wegen Verzugs ist vier Monate nach der letzten Besprechung der Vertragsparteien (hier: über die Verzögerungen des Projekts und das weitere Vorgehen) verwirkt.

OLG Hamburg, Urteil vom 22.06.2021 - 8 U 53/18; IBRRS 2023, 1307

BGH, Beschluss vom 29.03.2023 - VII ZR 757/21 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Baustromklausel ist (nur) wirksam mit Abrechnungsoption

Eine sog. Baustromklausel, wonach der Auftraggeber von der Schlussrechnung des Auftragnehmers 0,3 % der Schlussrechnungssumme in Abzug bringen darf, benachteiligt den Auftragnehmer jedenfalls dann nicht unangemessen, wenn die Klausel die Option einer Abrechnung nach tatsächlichem Verbrauch enthält.

[OLG Hamm Urteil vom 22.09.2022 – 24 U 65 / 21](#)

Praxishinweis: Der AG eines Bauvertrags ist nicht dazu verpflichtet, einem AN Baustrom oder Bauwasser etc. zur Verfügung zu stellen (OLG Schleswig, 31.08.2022 - 12 U 119/21). Tut er es dennoch, spricht im Grundsatz nichts gegen vertragliche Umlageklauseln. Eine vom AG vorformulierte Umlageklausel ist jedoch unwirksam, wenn die Kosten sich nicht am tatsächlichen Verbrauch orientieren.

Verbraucherbauvertrag

- Ordnungsgemäße Wartung ist keine Voraussetzung der Mängelhaftung

In einem Werkvertrag (mit einem Verbraucher) ist eine Klausel unwirksam, die die Gewährleistungsverpflichtung des Unternehmers davon abhängig macht, dass die Durchführung der Wartung entsprechend den Herstellervorschriften nachgewiesen wird.

Die Klausel ist nach § 309 Nr. 8 b, bb BGB unwirksam. Diese Vorschrift untersagt die Verwendung einer Bestimmung in AGB, die Ansprüche gegen den Verwender wegen eines Mangels insgesamt oder wegen einzelner Teile ausschließt. Ein Ausschluss im Sinne des Gesetzes liege auch dann vor, wenn die Klausel dem Vertragspartner in bestimmten Situationen Mängelrechte verwehre bzw. von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig mache, die das Gesetz nicht kenne, was beim Nachweis einer nach Herstellervorschriften durchgeführten Wartung der Fall sei.

Praxishinweis: Die Klausel ist auch im Unternehmerverkehr nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB in Verbindung mit dem gesetzlichen Grundgedanken der Erfolgshaftung des Unternehmers nach § 633 Abs. 1 BGB unwirksam. Die Wartung hat nicht den Zweck, einen anfänglichen, bei Abnahme vorhandenen Mangel zu "heilen" und den Unternehmer derart von seiner Gewährleistungsverpflichtung zu befreien. Die Wartung soll Verschleiß kompensieren und dadurch etwaig bedingte Folgeschäden vermeiden. Begründet fehlende oder unzureichende Wartung einen Mangel, kann der Unternehmer das einwenden und haftet dafür und für die Folgen nicht, vorausgesetzt, er hat den Besteller ordnungsgemäß über die Notwendigkeit einer Wartung belehrt. Für den Besteller ist es ratsam, dem Unternehmer während der Gewährleistungsdauer die Wartung zu übertragen. Zwecks Verlängerung der Gewährleistungsdauer ist das in den Fällen des § 13 Abs. 4 Nr. 2 VOB/B ohnehin die Regel.

- Vergütungspauschale nach freier Kündigung

Eine in AGB des Unternehmers enthaltene Entschädigungspauschalierung auf 8 % der Vergütung, die auf den Teil der Leistungen entfällt, die der Unternehmer bis zu einer freien Kündigung noch nicht ausgeführt hat, ist wirksam, wenn sie dem Vertragspartner den

Nachweis gestattet, dass die Entschädigung niedriger ausfällt oder der Unternehmer keine Entschädigung zu beanspruchen hat.

Die Heraufsetzung der gesetzlichen 5 %-Pauschale (§ 648 Satz 3 BGB) auf 8 % führe allein nicht zur Unwirksamkeit. Die 5 % bezwecken eine Erleichterung des Unternehmers bei der Darlegung seiner Entschädigung und seien in der Höhe nicht wesentlicher Grundgedanke des § 648 Satz 3 BGB, so dass die Heraufsetzung der Pauschale nicht nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam sei. Stattdessen sei die Klausel in entsprechender Anwendung an § 308 Nr. 7a BGB zu messen und habe sich im Rahmen der gem. § 648 Satz 2 BGB typischerweise zu beanspruchenden Vergütung zu halten. Gestatte die Klausel zudem dem Vertragspartner den Nachweis, dass die Entschädigung niedriger als 8% ausfällt oder der Unternehmer keine Entschädigung zu beanspruchen habe, seien auch die entsprechend anzuwendenden Anforderungen des § 309 Nr. 5 b BGB erfüllt.

- **Bauzeit darf keine „Ca.-Angabe“ sein**

In einem Verbrauchervertrag ist die Klausel *"Bauzeit ca. X Monate bis zur abnahmefähigen Fertigstellung der Leistungen"* wegen Verstoßes gegen § 650k Abs. 3 Satz 1 BGB nach § 650o BGB unwirksam.

Die Klausel genügt nicht den Anforderungen des § 650k Abs. 3 Satz 1 BGB, wonach ein Verbrauchervertrag gem. § 650i BGB verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks oder, wenn dieser Zeitpunkt bei Abschluss des Bauvertrags nicht angegeben werden kann, zur Dauer der Bauausführung enthalten muss. Diese Vorschrift kann gem. § 650o BGB durch Vereinbarung nicht zum Nachteil des Verbrauchers abbedungen oder umgangen werden. Der Zeitpunkt bis zur abnahmefähigen Fertigstellung muss konkret und nicht nur ungefähr angegeben werden.

Praxishinweis: In Ermangelung einer verbindlichen Angabe wird man davon ausgehen können, dass die Einhaltung der im Vertrag zur Circa-Angabe eingesetzten Bauzeit geschuldet sein wird. § 650k Abs. 3 Satz 2 BGB bestimmt, dass in Ermangelung einer verbindlich angegebenen Bauzeit die vorvertraglich in der Baubeschreibung übermittelten Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks oder der Dauer der Bauausführung Inhalt des Vertrags werden. I.d.R. decken sich die dortigen Angaben mit der Angabe im Bauvertrag, werden also auch nur als Circa-Angabe erfolgt sein. Dann greift § 650k Abs. 2 Satz 2 BGB, der bestimmt, dass Zweifel bei der Auslegung des Vertrags zu Lasten des Unternehmers / Klauselverwenders gehen, sodass die "Circa"-Einschränkung wohl entfällt. Das gilt jedoch nur zu Gunsten des Verbrauchers. Der Klauselverwender kann sich nach Treu und Glauben nicht auf die Unwirksamkeit seiner Klausel berufen, um z. B. Preissteigerungen nach Ablauf der "circa" vereinbarten Bauzeit geltend zu machen.

- **Hinreichende Bestimmtheit des Baubeginns i.S.d. § 308 Nr. 1 BGB**

Die Frist für die Erbringung einer Leistung in AGB des Unternehmers ist i.S.d. § 308 Nr. 1 BGB hinreichend bestimmt, wenn der Verbraucher sie berechnen kann. Das ist der Fall, wenn der Beginn der Frist ausschließlich von einem Ereignis im Bereich des Verbrauchers

abhängt. Das ist nicht der Fall, wenn sich der Beginn der Frist (auch) aus Umständen ergibt, die in die Sphäre des Unternehmers fallen.

Hängt der Beginn der Ausführungsfrist z.B. von der Erstellung der Genehmigungsplanung durch den Unternehmer ab, ohne dass dafür eine Frist angegeben wäre, ist der Zeitpunkt der Fertigstellung des Bauwerks nicht i.S.d. § 650k Abs. 3 Satz 1 BGB verbindlich vereinbart, so dass die Klausel auch nach § 650o BGB unwirksam ist.

Praxishinweis: Der Schwierigkeit einer nicht hinreichend sicher bestimmbar Dauer des Genehmigungsverfahrens kann wie folgt begegnet werden:

1. Vereinbarung einer Beginnfrist und Ausführungsdauer für die Erstellung einer genehmigungsfähigen Planung.
2. Vereinbarung einer Frist für die Bauzeit beginnend ab Vorlage der (formell bestandskräftigen) Baugenehmigung.

OLG Koblenz, Urteil vom 09.03.2023 - 2 U 63/22 (nicht rechtskräftig), IBRRS 2023, 0912

Anforderungen an die Schlüssigkeit der Klage bei Prozessen um Bauablaufstörungen

Bei Prozessen um Bauablaufstörungen müsse der Auftragnehmer substantiiert zu dem durch Behinderungen seiner Leistung entstandenen Schaden vortragen, wozu i.d.R. eine konkrete bauablaufbezogene Darstellung der jeweiligen Behinderung unumgänglich sei. ([BGH Urteil vom 24.02.2005 – VII ZR 141/03](#))

Einige Oberlandesgerichte haben sich von der vom BGH geforderten Darstellung der konkreten Behinderung (zu Lasten der ausführenden Unternehmen) entfernt:

- Laut OLG Köln ([Urteil vom 28.01.2014 - 24 U 199/12](#)) müsse der Auftragnehmer auch selbst verursachte Verzögerungen aufzuführen.
- Laut OLG Brandenburg ([Urteil vom 18.02.2016 – 12 U 222/14](#)) habe der Auftragnehmer darzulegen, wie er den Bauablauf tatsächlich geplant habe, d.h. welche Teilleistungen er in welcher Zeit herstellen wollte und wie der Arbeitskräfteeinsatz erfolgen sollte,
- nach OLG Köln ([Urteil vom 29.08.2019 – 7 U 113/18](#)) müsse der Auftragnehmer darstellen, ob die angesetzten Bauzeiten mit den von der Preiskalkulation vorgesehenen Mitteln eingehalten werden konnten und ob die Baustelle tatsächlich mit ausreichenden Arbeitskräften besetzt war,
- das OLG München (Teilurteil vom 26.09.2017 – 28 U 2834/09, IBRRS 2020, 1701) verlangt zudem die Vorlage von aussagekräftigen Bautagesberichten, in denen nicht nur die Anzahl der auf der Baustelle eingesetzten Arbeiter erfasst sei, sondern auch der konkrete Arbeitsbereich.

Das Kammergericht hat am 10.01.2017 entschieden ([21 U 14/16](#)), dass der Unternehmer bei einem Anspruch aus § 642 BGB nur darlegen muss, dass ihm im Annahmeverzug ein Nachteil entstanden ist und es dann keiner bauablaufbezogenen Darstellung bedarf.

Ausweg: Der BGH hat in seiner Entscheidung v. 14.12.2022 ([VII ZR 271/19](#)) klargestellt, dass ein Verstoß gegen Art 103 Abs. 1 GG vorliegt, wenn das Gericht die Substantiierungsanforderungen offenkundig überspannt und es dadurch versäumt, den Sachvortrag der Parteien zur Kenntnis zu nehmen und die angebotenen Beweise zu erheben.

Aktuelle Kältemittelproblematik - Gewährleistungs- und Haftungsfragen

Aufgrund zweier europäischer Verordnungen (Novellierung der F-Gas-Verordnung, REACH-Verordnung und das damit einhergehende PFAS-Beschränkungsverfahren) werden fluorierende Kältemittel mit großer Wahrscheinlichkeit künftig in Kälte-, Klima- oder Wärmepumpenanlagen entweder gar nicht mehr oder nur noch sehr eingeschränkt eingesetzt werden können – sowohl in Neuanlagen als auch im Bestand.

Werden die geplanten Regelungen so umgesetzt, kann das zur Folge haben, dass das für eine eingebaute Anlage vorgesehene Kältemittel nicht über die gesamte Dauer des Gewährleistungszeitraums bzw. für den gewöhnlichen Lebenszyklus der Anlage verfügbar ist und die Anlage im schlimmsten Fall nicht weiterbetrieben werden kann.

Bei technischen Anlagen wird man wohl davon ausgehen müssen, dass beide Vertragspartner davon ausgehen, dass die Anlage zumindest für die Dauer der Gewährleistungszeit uneingeschränkt einsatzfähig ist. Könnte die Anlage mangels zur Verfügung stehendem Kältemittel nicht mehr befüllt und weiter betrieben werden, könnte sie als mangelhaft anzusehen sein. Im Rahmen einer Nacherfüllung könnten der Umbau der Anlage auf zulässige Kältemittel oder eine Rückabwicklung erforderlich werden.

Auch besteht die Möglichkeit einer eventuellen Schadensersatzpflicht des TGA-Betriebes, für den Fall, dass eine Hinweispflicht dahingehend bestünde, den Kunden frühzeitig über ein mögliches Verwendungsverbot von fluorierten Kältemitteln in angebotenen Anlagen aufzuklären, dieser Hinweis nicht erteilt wurde und der Kunde in Kenntnis der Sachlage die Anlage nicht beauftragt hätte.

Zwar trägt der Besteller letztlich das Verwendungsrisiko, dennoch werden die Beratungspflichten des fachkundigen Auftragnehmers im Rahmen der Vertragsverhandlungen in der Rechtsprechung zunehmend weit ausgedehnt.

Vor diesem Hintergrund ist TGA-Betrieben derzeit zu raten

- ihre Auftraggeber möglichst über die aktuelle Kältemittelproblematik zu informieren, (z.B. ([Infobrief](#) – „F-Gase-Verordnung und PFAS-Verbot – vielen Kälteanlagen droht das Aus“),
- keine Zusagen betreffend die dauerhafte Verfügbarkeit des für die Anlage vorgesehenen Kältemittels und betreffend die dauerhafte Betriebsmöglichkeit der Anlage mit F-Gasen abzugeben,
- von der in der VOB/B vorgesehenen Enthftungsmöglichkeit durch die Erteilung eines ordnungsgemäßen Bedenkenhinweises (§ 4 Abs. 3 VOB/B) Gebrauch machen.

Diese Möglichkeit besteht nicht nur in VOB-Verträgen, sondern da es sich um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz handelt, auch bei Werkverträgen nach BGB.

Hat der Auftragnehmer Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung (...) so hat er sie dem Auftraggeber unverzüglich – möglichst schon vor Beginn der Arbeiten – schriftlich mitzuteilen. Erteilt der Auftraggeber den Auftrag trotz des Bedenkenhinweises unverändert, so wird der Auftragnehmer i.d.R. von der Mangelhaftung frei.

Der TGA-Betrieb sollte den Auftraggeber ggf. bereits mit dem Angebot betreffend eine mit fluorierenden Kältemitteln betriebene Kälte-, Klima- oder Wärmepumpenanlage im Zusammenhang mit der Kältemittelproblematik darauf hinweisen, dass die Anlage voraussichtlich nicht auf Dauer mit F-Gasen betrieben werden kann, insbesondere dass keine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung dahingehend getroffen wird, dass das für die Anlage vorgesehene Kältemittel über die gesamte Dauer des Gewährleistungszeitraums bzw. für den gewöhnlichen Lebenszyklus der Anlage verfügbar ist und dass weder die dauerhafte Betriebsmöglichkeit der Anlage mit F-Gasen noch die Verfügbarkeit des vorgesehenen Kältemittels als Beschaffenheit vereinbart oder als Eigenschaft zugesichert werden.

- Der TGA-Betrieb sollte sich Erhalt und Kenntnisnahme des Informationsmaterials und des Bedenkenhinweises vom Auftraggeber schriftlich bestätigen lassen.

III. Vergaberecht

Präqualifiziert bedeutet nicht automatisch geeignet

Die Präqualifikation von Bietern entbindet diese nicht vom Nachweis der Erfüllung von Eignungskriterien. Referenzen zu vergleichbaren Leistungen müssen im technischen oder organisatorischen Bereich zumindest einen gleich hohen Schwierigkeitsgrad wie die ausgeschriebene Leistung haben. Erfüllen die im Präqualifikationsverzeichnis hinterlegten Referenzen die Vergleichbarkeitsanforderungen nicht, sind sie inhaltlich unzureichend und nicht nachforderbar. Widersprüchliche Angaben im Angebot und in Aufklärungsantworten gehen zu Lasten des Bieters.

VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 23.02.2023 - 1 VK 55/22, IBRRS 2023, 1276

Anhörung des Bieters vor Ausschluss wegen Schlechtleistung

Es ist für einen Ausschluss wegen vorangegangener Schlechtleistung ausreichend, wenn der öffentliche Auftraggeber Indiztatsachen vorbringt, die von einigem Gewicht sind, auf gesicherten Erkenntnissen aus seriösen Quellen basieren und die die Entscheidung des Auftraggebers zum Ausschluss des Bieters nachvollziehbar erscheinen lassen. Nachvollziehbar ist der Ausschluss dann, wenn eine hohe, jedenfalls aber überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass es tatsächlich zu einer entsprechenden Pflichtverletzung gekommen ist und der Auftraggeber ein Recht zur vorzeitigen Vertragsbeendigung oder

einen Anspruch auf Schadensersatz oder vergleichbare Sanktionen aufgrund der Pflichtverletzung hat. Vor einem Ausschluss ist der Auftraggeber verpflichtet, das betreffende Unternehmen anzuhören, damit dieses die Möglichkeit erhält, die Vorwürfe zu widerlegen oder mögliche Selbstreinigungsmaßnahmen darzulegen.

VK Sachsen, Beschluss vom 04.08.2022 - 1/SVK/013-22, IBRRS 2023, 1265

Anhaltspunkte für einen ungewöhnlich niedrigen Preis

Der öffentliche Auftraggeber verlangt vom Bieter Aufklärung, wenn der von ihm angebotene Preis im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig erscheint. Erhebliche preisliche Unterschiede zwischen den konkurrierenden Angeboten können Anhaltspunkte dafür bieten, dass ein Angebot im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig erscheint. Als sachgemäß hat sich für die Ausübung des dem Auftraggeber zustehenden Spielraums eine Aufgreifschwelle von etwa 20 % Preisabstand etabliert, wobei die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind.

[VK Bund, Beschluss vom 04.04.2023 - VK 2-18/23](#)

Bei mehrdeutiger Ausschreibung weder Ausschluss noch Aufhebung

Ein doppeldeutiges Referenzkriterium ist als Verstoß gegen das Transparenzgebot vergaberechtswidrig. Die Intransparenz geht zu Lasten des öffentlichen Auftraggebers. Auf eine doppeldeutige Ausschreibung kann weder die Aufhebung der Ausschreibung wegen des Nichtvorliegens von wertbaren Angeboten noch der Ausschluss der Angebote wegen fehlender Unterlagen im Hinblick auf die vom Auftraggeber geforderten Referenzen gestützt werden.

[VK Nordbayern](#), Beschluss vom 08.03.2023 - RMF-SG21-3194-7-30

Besteht ein Anbietermarkt, ist die Leistung losweise zu vergeben

Leistungen sind in Losen zu vergeben. Hiervon kann ausnahmsweise dann abgesehen werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Voraussetzung für eine Vergabe in Losen ist, dass die ausgeschriebene Leistung losweise vergeben werden kann. Für diese Feststellung ist insbesondere von Belang, ob sich für die spezielle Leistung ein eigener Anbietermarkt mit spezialisierten Fachunternehmen herausgebildet hat. Dabei sind die aktuellen Marktverhältnisse von wesentlicher Bedeutung. Die Frage, ob technische oder wirtschaftliche Gründe es "erfordern", von einer Losbildung abzusehen, setzt eine Bewertung des Auftraggebers voraus.

[VK Nordbayern](#), Beschluss vom 23.03.2023 - RMF-SG21-3194-8-6

IV. Steuerrecht

Sonderzahlungen und dauerhafte Lohnerhöhungen als steuerfreier Inflationsausgleich?

Die vom Arbeitgeber in der Zeit vom 26.10.2022 bis zum 31.12.2024 zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn gewährten Leistungen (sowohl Barzuschüsse als auch Sachbezüge) zur Abmilderung der gestiegenen Verbraucherpreise sind insgesamt bis zu einem Höchstbetrag von 3.000 € steuer- und sozialversicherungsfrei (§ 3 Nr. 11c EStG; § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SvEV). Diese Steuer- und Sozialversicherungsfreiheit der sog. Inflationsausgleichsprämie gilt auch für Arbeitslohnzahlungen von dritter Seite (FAQs des Bundesministeriums der Finanzen vom 24.5.2023, Nrn. 5a und 5b).

[FAQs des Bundesministeriums der Finanzen vom 24.5.2023, Nrn. 5a und 5b](#) (24.05.2023)

Rückforderung der zu Unrecht ausgezahlten Energiepreispauschale (EPP)

Die meisten Arbeitnehmer haben im Jahr 2022 (zumeist im September 2022) von ihrem Arbeitgeber einmalig eine als Arbeitslohn zu versteuernde Energiepreispauschale von 300 € erhalten. Die Finanzverwaltung hat nun zur Verfahrensweise Stellung genommen, wenn sich nachträglich herausstellt, dass die Energiepreispauschale vom Arbeitgeber zu Unrecht an den Arbeitnehmer ausgestellt worden ist (FAQs des Bundesministeriums der Finanzen vom 19.5.2023, Nrn. 6.1 und 6.2)

[FAQs des Bundesministeriums der Finanzen, Energiepreispauschale \(19.05.2023\)](#)

Gesetze und Richtlinien

Hinweisgeberschutzgesetz (HinSchG) tritt in Kraft

Am 09.05.2023 haben sich Bundesrat und Bundestag im Vermittlungsausschuss auf eine Kompromisslösung zum HinSchG geeinigt, welches nun zum weit überwiegenden Teil einen Monat nach der Verkündung in Kraft treten soll - möglicherweise bereits Mitte Juni 2023. Nachfolgende Änderungen gegenüber den bisherigen Entwürfen sind für Unternehmen wichtig:

- **Keine Pflicht (mehr) zur Ermöglichung anonymer Meldungen**
- **Änderung des Anwendungsbereichs**
Die Information über einen Verstoß muss sich auf den Beschäftigungsgeber (Arbeitgeber) oder eine andere Stelle, mit der die hinweisgebende Person aufgrund ihrer beruflichen Tätigkeit im Kontakt steht oder stand“, beziehen.
- **Vorrang interner Meldestelle**
(wenn intern wirksam gegen Verstöße vorgegangen werden kann)
- **Absenkung der Bußgelder** (von € 100.000 auf € 50.000)
- **Kein immaterieller Schadensersatz** (Schmerzensgeld)

- **Änderung bei der Beweislast - Benachteiligung muss geltend gemacht werden**

Unternehmen ab 250 Mitarbeitenden sind verpflichtet, innerhalb eines Monats nach Inkrafttreten des Gesetzes eine Meldestelle einzurichten und den Anforderungen des HinSchG zu entsprechen. Für Unternehmen mit 50 bis zu 249 Mitarbeitenden gilt eine Übergangsfrist von sechs Monaten. Unternehmen mit bis zu 49 Mitarbeitenden müssen keine Meldestelle einrichten.

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.