

GTGA · Hinter Hoben 149 · 53129 Bonn

Verteiler:

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

Bonn, den 11. Dezember 2023

Rechtliche Entwicklungen November 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- und Sozialversicherungsrecht, Bauvertrags- und Vergaberecht, Zivilrecht sowie zu Gesetzgebungsvorhaben zur Verfügung stellen.

I. Arbeits- Sozialversicherungs- und Tarifrecht

Anspruch auf Löschung einer Abmahnung aus der Personalakte gem. § 17 DSGVO

Der Arbeitnehmer kann nach Art. 17 Abs. 1 DSGVO nach Ende des Arbeitsverhältnisses regelmäßig die Löschung (Entfernung) einer Abmahnung aus der Personalakte verlangen. Nach Ende des Ausbildungs- oder Arbeitsverhältnisses sind Abmahnungen für den Zweck, für den sie in der Personalakte gespeichert worden sind, grundsätzlich nicht mehr erforderlich. Da das Arbeitsverhältnis beendet ist, haben Abmahnungen, die grundsätzlich zur Rüge eines beanstandenden Verhaltens dienen und gegebenenfalls eine Warnfunktion im Hinblick auf eine drohende Beendigung des Arbeitsverhältnisses enthalten, keinerlei Bedeutung mehr. Insbesondere dient die Abmahnung auch nicht mehr der Geltendmachung Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen des Arbeitgebers im Sinne des Art. 3 e DSGVO. Gesetzliche Aufbewahrungsfristen für Abmahnungen gibt es nicht.

[LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 28.07.2023 – 9 Sa 73/21](#)

(andere Auffassung: [LAG Sachsen, Urteil vom 31.03.2023 – 4 Sa 117/21](#) - Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses habe der Arbeitnehmer regelmäßig keinen Anspruch mehr auf Entfernung selbst einer zu Unrecht erteilten Abmahnung aus der Personalakte.)

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

Desksharing

Das „Ob“ ist allein Sache des Arbeitgebers

Es ist eine freie unternehmerische Entscheidung des Arbeitgebers, alle oder nur einen Teil der Arbeitsplätze nicht mehr individuell zuzuordnen. Es gibt keinen individuellen Anspruch eines Arbeitnehmers auf einen bestimmten Arbeitsplatz im Betrieb. Der Arbeitgeber kann mitbestimmungsfrei festlegen, welche und wie viele Arbeitsmittel und Arbeitsplätze er der Belegschaft zur Verfügung stellen will.

Soll jedoch ein neues Bürokonzept entwickelt werden und z.B. Open-Space-Landschaften eingeführt werden, handelt es sich dabei um „Um- oder Erweiterungsbaumaßnahmen“, über deren Planung der Betriebsrat gemäß § 90 BetrVG rechtzeitig zu unterrichten ist.

Die Einführung von Desksharing ist idR. an die sog. Clean-Desk-Policy gekoppelt, wonach Arbeitnehmer:innen verpflichtet werden, den ihnen zur Verfügung gestellten Arbeitsplatz so zu hinterlassen, dass dieser ohne weitere Vorbereitungsmaßnahmen nutzbar ist. Eine solche Anweisung des Arbeitgebers fällt grundsätzlich nicht unter das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG (Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb).

Bei der Einführung eines elektronischen Buchungstools ist das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr.6 BetrVG (Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen) betroffen.

Der Arbeitgeber kann die Arbeitnehmer idR nicht auf die Nutzung der mobilen Arbeit verweisen, falls mehr Arbeitnehmer an einem Tag einen festen Arbeitsplatz nachfragen, als Arbeitsplätze im Betrieb vorhanden sind. Unter Anwendung des Direktionsrechts wird der Arbeitgeber hier die Möglichkeit haben, zumindest vorübergehend bei solchen Ausnahmesituationen auch auf die Nutzung von Meetingräumen zu verweisen oder kurzfristig mehr Arbeitsplätze in bestehenden Büroräumen einzurichten. Andernfalls könnte der Arbeitgeber durch die fehlende Zurverfügungstellung eines geeigneten Arbeitsplatzes in Annahmeverzug geraten.

Nochmal Arbeit auf Abruf

Bei schwankendem Arbeitskräftebedarf kann die Vereinbarung von Arbeit auf Abruf Arbeitgebern die benötigte Flexibilität geben. Um dem Schutzbedürfnis der betroffenen Arbeitnehmer gerecht zu werden, sieht das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) hierfür aber gewisse Vorgaben und Grenzen vor. Diese sollen insbesondere auch sicherstellen, dass die Arbeitnehmer wissen, was auf sie zukommt. Einigen sich die Vertragsparteien auf Arbeit auf Abruf, ohne die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit festzulegen, gilt seit dem Jahr 2019 grundsätzlich eine wöchentliche Arbeitszeit von 20 Stunden als vereinbart (§ 12 Abs. 1 S. 3 TzBfG). Laut BAG kann eine von der gesetzlichen Vermutungsregelung abweichende Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung nur unter zwei Voraussetzungen angenommen werden:

1. Im betreffenden Arbeitsverhältnis stellt die gesetzliche 20-Stunden-Regelung keine sachgerechte Regelung dar und
2. objektive Anhaltspunkte liegen dafür vor, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei Kenntnis der Regelungslücke bei Vertragsschluss eine andere Bestimmung getroffen und eine höhere oder niedrigere Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit vereinbart hätten.

[BAG, Urteil vom 18.10.2023 – 5 AZR 22 / 23](#) (Pressemitteilung BAG)

Praxishinweis: In Verträgen mit Aushilfskräften sollte stets ein Arbeitszeitrahmen vereinbart werden, innerhalb dessen der Arbeitgeber berechtigt ist, die Arbeitszeit abzurufen. Dabei sind die gesetzlich festgelegten Begrenzungen zu beachten. Zudem sollte dies auch für vor dem Jahr 2019 abgeschlossene Altverträge geprüft werden. Insbesondere bei Mitarbeitern, die als geringfügig Beschäftigte abgerechnet werden, werden anderenfalls auch Probleme mit den Sozialversicherungsträgern riskiert. Kommt nämlich die 20-Stunden-Regelung zum Tragen, ist auf Basis des derzeit geltenden Mindestlohns keine Abrechnung als geringfügige Tätigkeit mehr möglich.

Mutwilligkeit im Hinblick auf Weiterbeschäftigungsantrag

Macht die Partei deutlich, dass auf jeden Fall ein unbedingter Antrag gewollt ist, kann nicht im Wege der Auslegung von einem Hilfsantrag ausgegangen werden. Wird ein Weiterbeschäftigungsantrag neben der Kündigungsschutzklage nicht im Wege des uneigentlichen oder unechten Hilfsantrags sondern als unbedingter Antrag geltend gemacht, ist dies in der Regel mutwillig i.S.d. § 114 Abs. 2 ZPO. Jedenfalls bei einer anwaltlich vertretenen Partei besteht keine Hinweispflicht des Gerichts.

[LAG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 08.11.2023 – 5 TA 31/22](#)

Kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Verbot der Handynutzung am Arbeitsplatz

Das Verbot der Nutzung des Handys zu privaten Zwecken während der Arbeitszeit ist nicht mitbestimmungspflichtig. Gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG hat der Betriebsrat mitzubestimmen in Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. Gegenstand des Mitbestimmungsrechts ist das betriebliche Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer. Dieses kann der Arbeitgeber aufgrund seiner Leitungsmacht durch Verhaltensregeln oder sonstige Maßnahmen beeinflussen und koordinieren. Dagegen sind Regelungen und Weisungen, welche die Arbeitspflicht unmittelbar konkretisieren – sog. Arbeitsverhalten –, nicht mitbestimmungspflichtig. Die Regelung des Arbeitsverhaltens der Beschäftigten, auch die Festlegung, welche Tätigkeiten die Arbeitnehmer während ihrer Arbeitszeit zu unterlassen haben, liegt zum Schutze der Funktionsfähigkeit des Betriebes allein in den Händen des Arbeitgebers.

BAG, Beschluss vom 17. Oktober 2023 (Az. 1 ABR 24/22) – Volltext noch nicht veröffentlicht

Praxishinweis: Nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG steht dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb zu. Spricht der Arbeitgeber ein grundsätzliches Verbot der Mitführung des Handys an den Arbeitsplatz aus, oder untersagt er die Handynutzung zu Ruhe- und Pausenzeiten oder in bestimmten, dem betrieblichen Sozialwesen zugeteilten Räumlichkeiten, betrifft dies ausschließlich das Verhalten der Mitarbeitenden außerhalb der Arbeitszeit. Ungeachtet der Frage, ob eine solche Anweisung überhaupt rechtlich zulässig ist, wäre hiervon nur die Ordnung im Betrieb, nicht aber das Arbeitsverhalten betroffen. Daher wäre eine solche Weisung mitbestimmungspflichtig.

II. Bauvertragsrecht

Bedenkenanzeige wegen der Nichteinhaltung der 65 %- Vorgabe des GEG

Mit dem Gesetz für Erneuerbares Heizen – dem Gebäudeenergiegesetz (GEG) – leitet die Bundesregierung den Umstieg auf klimafreundliche Heizungen ein.

Ab Januar 2024 dürfen in Neubauten innerhalb von Neubaugebieten (Bauantrag ab 01.01.2024) nur noch Heizungen installiert werden, die auf 65 Prozent Erneuerbaren Energien basieren. Für bestehende Gebäude und Neubauten, die in Baulücken errichtet werden, sind längere Übergangsfristen vorgesehen.

Die Ausführungsplanung wird in der Regel vom Auftraggeber beigebracht. Auftragnehmer sind grundsätzlich nach zumutbarer Sorgfalt verpflichtet, die auftraggeberseitige Planung dahingehend zu überprüfen, ob auf ihrer Grundlage ein funktionstaugliches Werk realisiert werden kann. Sollten beim ausführenden Unternehmen im Rahmen der von ihm vorzunehmenden Überprüfung der Ausführungsplanung Zweifel daran bestehen, dass das geplante technische Wärmeversorgungskonzept die 65 %-Vorgabe einhält, muss eine Bedenkenanzeige im Hinblick auf die vorgesehene Art der Ausführung erfolgen.

Im Rahmen der Bedenkenanzeige ist eine möglichst konkrete Darlegung der Gründe erforderlich, weshalb das geplante Wärmekonzept die 65 %-Vorgabe gem. § 71 GEG voraussichtlich nicht erfüllen wird z.B. zu hoher Nutzungsanteil fossiler Brennstoffe.

Zudem ist eine konkrete Darlegung der nachteiligen Folgen und Gefahren erforderlich, nämlich, dass bei Nichteinhaltung der Vorgaben des GEG, insbesondere der 65% erneuerbare Energien Vorgabe die Gefahr besteht, dass die Wärmeversorgungsanlage nicht betrieben werden darf bzw. dass eine Geldbuße verhängt wird.

Im Rahmen der Bedenkenanzeige sind Auftragnehmer nicht nur nicht verpflichtet, einen Lösungsvorschlag zu unterbreiten (OLG Koblenz, Urteil vom 08.10.2020 – 6 U 1945/19) sie sollten es vielmehr unbedingt unterlassen, über eine bloße Bedenkenanmeldung hinausgehende Vorschläge zur Bauausführung zu unterbreiten, da sie sonst Gefahr laufen, hierfür Planungsverantwortung und damit Haftungsrisiken zu übernehmen (OLG Celle, Urteil vom 23.12.1999 – 22 U 15/99). Die Bereitstellung der Planung obliegt dem Bauherrn.

Das Muster einer Bedenkenanzeige wegen Nichteinhaltung der 65 %-Vorgabe ist beigefügt.

(Erstellt von RA Dirk Drangmeister, Geschäftsführer ITGA Niedersachsen, Sachsen-Anhalt, Bremen e.V.)

Verkehrssicherungspflichten (Unfallverhütungsvorschriften) sind Unternehmersache

Bei Bauarbeiten ist grundsätzlich der Bauherr als Veranlasser des Bauvorhabens verkehrssicherungspflichtig und als solcher auch deliktisch einstandspflichtig. Er ist es, der die Gefahrenquelle eröffnet. Der Bauherr hat dafür zu sorgen, dass von seinem Bauvorhaben keine Gefahren ausgehen, durch die Dritte Schäden erleiden können. Das gilt jedoch im Verhältnis des Bauherrn zu dem von ihm beauftragten Unternehmer und dessen Mitarbeitern nicht uneingeschränkt, soweit es um die Sicherheit der Baustelle geht. Denn für die Sicherheit der Baustelle ist in erster Linie der Unternehmer verantwortlich. Die Unfallverhütungsvorschriften (UVV) wenden sich nur an ihn. Deshalb können Mitarbeiter eines von dem Bauherrn beauftragten Unternehmers, die bei der Ausführung von Bauarbeiten infolge der Nichtbeachtung von UVV zu Schaden kommen, den Bauherrn dafür regelmäßig nicht haftbar machen.

[LG München II, Urteil vom 30.09.2022 - 2 O 2661/21](#)

Auftragnehmer trägt das Prognoserisiko

Dem Auftraggeber sind nach § 13 Nr. 5 VOB/B die für die Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten zu erstatten. Für die Bewertung der Erforderlichkeit ist auf den Aufwand und die damit verbundenen Kosten abzustellen, die der Auftraggeber im Zeitpunkt der Mängelbeseitigung als vernünftiger, wirtschaftlich denkender Auftraggeber aufgrund sachkundiger Beratung oder Feststellung aufwenden konnte und musste, wobei es sich um eine vertretbare Maßnahme der Schadensbeseitigung handeln muss. Der Auftraggeber darf allerdings nicht beliebig Kosten produzieren. Die Kosten sind überhöht, wenn eine preiswertere Sanierung, die den vertraglich geschuldeten Erfolg herbeiführt, erkennbar möglich und zumutbar war. Der Auftraggeber, der sich sachverständig hat beraten lassen, kann Ersatz seiner Aufwendungen auch dann verlangen, wenn sich später herausstellen sollte, dass die von ihm durchgeführte Sanierung zu aufwändig war und eine preiswertere Möglichkeit bestand. Das mit der sachkundig begleiteten Beurteilung einhergehende Risiko einer Fehleinschätzung trägt der Auftragnehmer. Dieser hat die Kosten selbst dann zu erstatten, wenn sich die zur Mängelbeseitigung ergriffenen Maßnahmen im Nachhinein als nicht erforderlich erweisen.

KG, Urteil vom 06.10.2022 - 27 U 1087/20, IBRRS 2023, 3015

BGH, Beschluss vom 27.09.2023 - VII ZR 201/22 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Praxishinweis: Selbst wenn der auftraggeberseitig beauftragte Sachverständige fehlerhafte Aussagen zu den Mängelbeseitigungsmaßnahmen tätigt, muss sich der AG diese im Hinblick auf den Kostenerstattungsanspruch nicht zurechnen lassen. Der Sachverständige ist

nicht Erfüllungsgehilfe im Verhältnis zum AN. Der AG ist auch nicht gehalten, besondere Anstrengungen zu unternehmen, um einen preisgünstigeren Ersatzunternehmer ausfindig zu machen. Dieser Grundsatz gilt wiederum nicht, wenn dem AG ersichtlich sein muss, die Feststellungen seines Sachverständigen infrage zu stellen. In diesem Fall ist der AG trotz Pflichtverletzung des AN nicht schutzwürdig.

Mehraufwand führt zu Wertsteigerung: Keine Haftung für Baukostenüberschreitung

Der planende Architekt hat die Vorgaben des Auftraggebers zu den Herstellungskosten des Bauwerks und dessen ihm bekannten Kostenvorstellungen bei der Erstellung der Planung zu berücksichtigen. Macht der Auftraggeber eines Architektenvertrags Schadensersatz wegen Baukostenüberschreitung geltend, muss er die tatsächlich entstandenen Baukosten substantiiert darlegen. An einem Schaden des Auftraggebers fehlt es, wenn der zu seinen Lasten gehende Mehraufwand zu einer Wertsteigerung des Objekts geführt hat.

OLG Dresden, Urteil vom 27.10.2022 - 10 U 1092/20; IBRRS 2023, 3140

BGH, Beschluss vom 27.09.2023 - VII ZR 219/22 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Notwendigkeit der notariellen Beurkundung eines Bauvertrags

Ein Bauvertrag muss notariell beurkundet werden, wenn er mit einem Grundstückskaufvertrag eine rechtliche Einheit bildet und wenn die Verträge nach dem Willen der Parteien derart voneinander abhängen, dass sie miteinander "stehen und fallen" sollen. Ist ein Bauvertrag von einem Grundstückskaufvertrag abhängig, dieser aber nicht von ihm, ist er nicht gem. § 313b BGB zu beurkunden. Ein etwaiger Formverstoß wird durch Auflassung und Eintragung in das Grundbuch geheilt. Das gilt auch für die Heilung eines nicht mitbeurkundeten, an sich formfreien und nur wegen des Verknüpfungswillens formbedürftigen Bauvertrags.

OLG Braunschweig, Urteil vom 16.01.2020 - 8 U 2/17, IBRRS 2023, 3020

BGH, Beschluss vom 02.11.2022 - VII ZR 22/20 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Unangemessene Benachteiligung durch Verlangen von Bürgschaft und Sicherungsabtretung

Eine nach §§ 305, 307 BGB unbillige Benachteiligung des Unternehmers ist nicht von vorneherein darin zu sehen, dass der Besteller sich als weitere Erfüllungssicherheit neben einer ihm eingeräumten Vertragserfüllungsbürgschaft die dem Unternehmer gegen seine Nachunternehmer zustehenden Ansprüche und dafür von den Nachunternehmern dem Unternehmer eingeräumte Sicherungsrechte abtreten lässt.

[OLG Frankfurt, Urteil vom 24.02.2023 - 21 U 95/21](#)

Praxishinweis: Eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers, und damit die Unwirksamkeit der Sicherungsabrede gem. § 307 BGB, kann sich aus dem Zusammenwir-

ken einer AGB-Sicherungsabrede mit weiteren AGB oder Individualvereinbarungen ergeben - sog. Summierungseffekt (BGH, Urteil vom 09.12.2010 – VII ZR 7/10).

Mangel war bereits vor der Abnahme vorhanden – wer muss was beweisen?

Wird ein Mangel der Werkleistung erst nach der Abnahme entdeckt, steht aber fest, dass er bereits im Zeitpunkt der Abnahme vorgelegen haben muss, trifft den Auftragnehmer die Beweislast für die Behauptung, der Mangel sei durch eine Handlung des Auftraggebers zwischen Erstellung und Abnahme verursacht worden.

Sachverhalt: Der AG verlangt vom AN den Ersatz der erforderlichen Aufwendungen für die Beseitigung von Mängeln nach einem Wasserschaden im Gebäude des AG, der seine Ursache in einem nicht ordnungsgemäß zusammengesteckten HT-Rohr am Ablauf einer Badewanne in einer Wohnung hat. Der Grund dafür ist streitig: Rohr von Anfang an fehlerhaft montiert / Rohr ordnungsgemäß montiert und durch nachträgliches Verrücken der Badewanne durch AG auseinandergezogen. Die Abnahme der Wohnung fand nach Einbau der Badewanne statt.

Entscheidung: Das nicht ordnungsgemäß verbundene Rohr stellt einen Mangel dar, der zum Zeitpunkt der Abnahme bereits vorlag. Dass der Mangel durch eine dem AG zuzurechnende Handlung nach der Montage des Rohrs und vor der Abnahme verursacht worden ist, hat der AN darzulegen und zu beweisen. Weist das Werk zum Abnahmezeitpunkt zwar einen Mangel auf, rührt indes der Mangel aus einer aus der Sphäre des AG entstammenden Einwirkung auf das Werk, so steht dem AN gegen den AG ein der Gewährleistung entgegenlaufender Anspruch auf Schadensersatz gem. § 645 Abs. 2 i.V.m. § 280 Abs. 1 BGB zu. Hinsichtlich der zur Begründung dieses Anspruchs erforderlichen Pflichtverletzung des AG ist nach den allgemeinen Grundsätzen der AN darlegungs- und beweisbelastet.

Praxishinweis: Macht der AG Mängelrechte nach Abnahme geltend, trifft ihn zunächst die Darlegungs- und Beweislast für das Bestehen eines Mangels bei Abnahme. Ist er insoweit seiner Darlegungs- und Beweislast hinreichend nachgekommen, obliegt es dann dem AN, die Voraussetzungen seines Schadensersatzanspruchs - und damit eine den Mangel verursachende Einwirkung auf das Werk durch den AG - darzulegen und zu beweisen. Wäre die Badewanne demgegenüber erst nach der Abnahme eingebaut worden, so hätte der AG beweisen müssen, dass das Rohr bereits im Zeitpunkt der Abnahme mangelhaft montiert gewesen und gerade nicht erst durch den nachträglichen Einbau der Badewanne auseinandergezogen worden ist.

[OLG Stuttgart, Urteil vom 20.12.2022 - 10 U 96/22](#)

III. Zivilrecht

Beim Kauf technischer Anlagenteile sind Toleranzen hinzunehmen

Bei einem Vertrag über die Lieferung einer technischen Anlage ist davon auszugehen, dass die Vertragsparteien ihren Vereinbarungen stillschweigend die Einhaltung der allgemein

anerkannten Regeln der Technik zu Grunde legen und deshalb gewisse Toleranzen zulässig sind, auch wenn in der Vereinbarung die Maße der zu liefernden Teile bezeichnet sind. Anhaltspunkte dafür, dass abweichend von den allgemein anerkannten Regeln der Technik ausnahmsweise eine Abweichung nicht zulässig sein soll, müssen sich dem Vertrag der Parteien entnehmen lassen. Hat der Verkäufer die Kaufsache dem Käufer übergeben, trägt der Käufer die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Sachmangels. Nur vor Gefahrübergang liegt die Beweislast für die Mangelfreiheit beim Verkäufer.

OLG München, Beschluss vom 08.11.2022 - 7 U 9266/21, IBRRS 2023, 3152

IV. Vergaberecht

Keine produktneutrale Ausschreibung bei Vorgabe einer Nutzschichtdicke

Gegen die Verpflichtung zur produktneutralen Ausschreibung wird nicht nur dann verstoßen, wenn ein Leitfabrikat offen in der Leistungsbeschreibung genannt wird, sondern auch dann, wenn durch die Vielzahl der Vorgaben verdeckt ein bestimmtes Produkt vorgegeben wird und nur mit diesem die Anforderungen der Leistungsbeschreibung erfüllt werden können. Der öffentliche Auftraggeber verstößt gegen das Gebot der produktneutralen Ausschreibung, wenn er bei der Vergabe von Bodenverlege- und belagsarbeiten in einer Sporthalle im Leistungsverzeichnis eine Nutzschichtdicke von mindestens 1,0 mm fordert, ohne hierfür einen Sachgrund nachvollziehbar darzulegen.

VK Westfalen, Beschluss vom 27.10.2023 - VK 1-31/23, IBRRS 2023, 3026

Praxishinweis: Öffentliche Auftraggeber können Leitfabrikate vorgeben, wenn der Auftragsgegenstand anders nicht hinreichend genau oder allgemein verständlich beschrieben werden kann, allerdings nur mit dem Zusatz "oder gleichwertig". Damit wird der Wettbewerb geöffnet. Werden jedoch so hohe Anforderungen an das Leitfabrikat gestellt, dass wiederum nur ein Produkt angeboten werden kann, müssen hierfür auch sachliche Gründe gegeben und dokumentiert sein.

Null-Euro-Preise sind nicht per se ein Ausschlussgrund

Allein die Tatsache, dass bestimmte Module der angebotenen Leistung nicht bepreist bzw. mit einem Preis von 0,00 Euro versehen werden, führt weder zwangsläufig zur Annahme der fehlenden Auskömmlichkeit, noch eröffnet es eine Vermutung, dass der Bieter nicht in der Lage sein wird, den Auftrag ordnungsgemäß durchzuführen.

VK Berlin, Beschluss vom 13.04.2022 - VK B 1-30/21, [Vergabekammer Berlin](#)

Auftraggeber darf Zertifizierung vertrauen

Der öffentliche Auftraggeber hat ein berechtigtes Interesse, die aufwändige Prüfung der Einhaltung von DIN-Normen aus dem Vergabeverfahren auszulagern und stattdessen die Vorlage von bereits im Vorfeld erlangten Prüfergebnissen in Form von Zertifikaten zu verlangen, die durch akkreditierte Zertifizierungsunternehmen nach entsprechender Prüfung

ausgestellt werden. Zweck einer geforderten verlangten Zertifizierung ist es, dem öffentlichen Auftraggeber eigene aufwändige Ermittlungen zu ersparen. Bezieht sich das Zertifikat auf das benannte Unternehmen oder auf den benannten Standort oder die Betriebsstätte des Unternehmens, hat der öffentliche Auftraggeber keinen Anlass, die Eignung des benannten Unternehmens für die zertifizierten Dienstleistungen im Wege der Aufklärung zu hinterfragen.

VK Lüneburg, Beschluss vom 01.03.2023 - VgK-3/2023, IBRRS 2023, 3229

Die Wahl der Bewertungsmethoden obliegt dem Auftraggeber

Zuschlagskriterien müssen so festgelegt und bestimmt sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. Werden die Angebote nicht allein nach ihrem Preis und/oder den Kosten bewertet, stehen dem Auftraggeber verschiedene Bewertungsmethoden für die Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses bzw. Kosten-Leistungs-Verhältnisses und damit wirtschaftlichsten Angebots zur Verfügung. Das Vergaberecht schreibt keine bestimmte Methode vor. Es unterfällt dem Beurteilungsspielraum des öffentlichen Auftraggebers, wie er die Bewertung organisiert und strukturiert. Das gewählte System muss allerdings vor allem in sich widerspruchsfrei und rechnerisch richtig umgesetzt sein.

VK Lüneburg, Beschluss vom 05.09.2023 - VgK-20/2023, IBRRS 2023, 3200

V. Gesetzgebungsvorhaben

Kabinett beschließt Vierte Mindestlohnanpassungsverordnung

Das Bundeskabinett hat heute die von Bundesminister Hubertus Heil vorgelegte Vierte Mindestlohnanpassungsverordnung beschlossen. Damit wird der gesetzliche Mindestlohn zum 1. Januar 2024 zunächst auf 12,41 Euro brutto je Zeitstunde angehoben und steigt in einem weiteren Schritt zum 1. Januar 2025 auf 12,82 Euro brutto je Zeitstunde. Die Verordnung zur Anhebung des Mindestlohns setzt den Beschluss der Mindestlohnkommission vom 26. Juni 2023 rechtsverbindlich um. Die Vierte Mindestlohnanpassungsverordnung soll zum 1. Januar 2024 in Kraft treten.

[Pressemitteilung BMAS vom 15.11.2023](#)

Zukunftsfinanzierungsgesetz und Wachstumschancengesetz

Das vom Bundestag am 17. November 2023 verabschiedete Wachstumschancengesetz, hat das Ziel, die Wettbewerbsfähigkeit des Standorts Deutschland zu stärken. Eine Investitionsprämie als zentrales Element soll die Transformation der Wirtschaft fördern und die Standortbedingungen mit steuerlichen Anreizen für Investitionen in saubere und klimafreundliche Technologien verbessern. Die Länder kritisieren, dass die zahlreichen Änderungsvorschläge des Bundesrates nur punktuell übernommen wurden und aufgrund der vielen kurzfristigen Ergänzungen grundlegender Überarbeitungsbedarf bestehe. Das vom

Bundestag verabschiedete Wachstumschancengesetz wurde vom Bundesrat vorerst gestoppt. Die Länderkammer hat in ihrer Sitzung am 24. November 2023 beschlossen, den Vermittlungsausschuss anzurufen.

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen, das sog. Zukunftsfinanzierungsgesetz wurde dagegen gebilligt. Es sieht vor, dass Start-ups, Wachstumsunternehmen sowie kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) der Zugang zum Kapitalmarkt erleichtert wird und zugleich Investitionen in erneuerbare Energien gefördert werden. Mit dem Zukunftsfinanzierungsgesetz wird es für Start-Ups und Wachstumsunternehmen künftig leichter, privates Kapital für Investitionen zu mobilisieren und innovative Entwicklungen voranzutreiben. Start-Ups und Wachstumsunternehmen können einfacher an die Börse gehen und haben besseren Zugang zu Eigenkapital.

Das Gesetz wurde dem Bundesrat vorgelegt, der schon am 24.11.2023 zugestimmt hat. Das Gesetz kann nun über die Bundesregierung dem Bundespräsidenten zur Unterzeichnung vorgelegt und danach verkündet werden. Es tritt weitgehend am Tag nach Verkündung im Bundesgesetzblatt in Kraft, einige Regelungen bereits am 01.01.2024.

Update: Angekündigte Reform des Arbeitszeitgesetzes lässt weiter auf sich warten

Trotz des Leaks des Referentenentwurfs zum Arbeitszeitgesetz im April 2023, der die vom Bundesarbeitsgericht (BAG) kurz zuvor festgestellte Pflicht der Arbeitgeber zur (elektronischen) Arbeitszeiterfassung innerhalb des Arbeitszeitgesetzes (ArbZG) vorsah, ist mit einer zeitnahen Umsetzung des Gesetzesvorhabens zur Reform des ArbZG nicht zu rechnen. Zunächst war ein offizieller Gesetzesentwurf noch vor der Sommerpause 2023 erwartet worden. Nachdem das nicht geschehen ist, ist eine Umsetzung des geplanten Gesetzesvorhabens auch innerhalb der zweiten Jahreshälfte 2023 nicht mehr ersichtlich. Vielmehr scheint der Prozess gänzlich zu stagnieren. Seit dem geleakten Referentenentwurf im April 2023 hat das BMAS keine weitergehenden Informationen herausgegeben oder gar einen offiziellen Referentenentwurf veröffentlicht.

Zur Erinnerung: In seinem Beschluss vom 13. September 2022 (Az.: 1 ABR 22/21) stellte das Bundesarbeitsgericht (BAG) die Pflicht von Arbeitgebern zur Arbeitszeiterfassung fest und orientierte sich dabei an den Vorgaben des europäischen Arbeitszeitrechts und dem Stechuhr-Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 14. Mai 2019 (Az.: C-55/18). Nach dem BAG-Beschluss sind Arbeitgeber im Rahmen des Arbeitsschutzgesetzes (ArbSchG) verpflichtet, ein System zur Arbeitszeiterfassung einzuführen, das Beginn, Ende und die Dauer der geleisteten täglichen Arbeitszeit von Arbeitnehmern erfasst. Die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung leitet das BAG aus § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG her, wobei hinsichtlich der Form des Zeiterfassungssystems ein Gestaltungsspielraum bestehe, diese also nicht zwingend elektronisch erfolgen müsse.

Da die vorgeschlagenen Neuerungen des BMAS bisher nicht gesetzlich umgesetzt wurden, gelten die bereits bestehenden Vorschriften des ArbZG weiter. Daneben ist von Arbeitgebern die Rechtsprechung des BAG zu beachten. Dies bedeutet für Arbeitgeber:

- Verpflichtung zur Erfassung der Netto-Arbeitszeit (Beginn, Ende, Dauer) ihrer Arbeitnehmer, Pausenzeiten, insb. die Lage der Pausen, sind aber nicht zu erfassen.
- Die Nutzung eines elektronischen Systems zur Erfassung der Arbeitszeit ist nicht erforderlich. Insofern haben Arbeitgeber einen Gestaltungsspielraum in Bezug auf die Wahl Aufzeichnungssystems.
- Grundsätzlich sind Arbeitgeber zur Überwachung der Aufzeichnung der Arbeitszeit verpflichtet. Diese Pflicht können Arbeitgeber jedoch auf ausgewählte Arbeitnehmer delegieren.
- Eine Ausnahme für die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung besteht für leitende Angestellte.
- Der Betriebsrat hat nach § 87 Nr. 7 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) ein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Ausgestaltung der Arbeitszeiterfassung.
- Ein Verstoß gegen die Erfassungspflicht der Netto-Arbeitszeit ist nicht unmittelbar sanktionierbar.

Neben der Pflicht zur Erfassung der Netto-Arbeitszeit gilt nach dem BAG-Beschluss (s.o.), die Vorschrift des § 16 Abs. 2 ArbZG: Danach haben Arbeitgeber Überstunden sowie Mehrarbeit ihrer Arbeitnehmer zu erfassen. Im Gegensatz zu einem Verstoß gegen die Erfassungspflicht der Netto-Arbeitszeit, ist ein Verstoß gegen § 16 Abs. 2 ArbZG sanktionierbar. Bei einem Verstoß drohen insb. hohe Bußgelder.

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.