

GTGA · Hinter Hoben 149 · 53129 Bonn

Verteiler:

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

Bonn, den 5. Februar 2024

Rechtliche Entwicklungen Januar 2024

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.

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

BEG-Einzelmaßnahmen: Registrierung für Fachunternehmen bei der Deutschen Energieagentur

Die Antragstellung setzt voraus, dass die begleitenden Fachunternehmen oder Energieeffizienz-Expertinnen und -Experten (EEE) die notwendigen technischen Daten im Online-Prüftool der KfW oder den Online-Formularen eingeben. Hierfür ist einmalig eine Online-Registrierung nötig, die zentral, d.h. einheitlich für alle Antragsprozesse bei KfW und BAFA, bei der Deutschen Energieagentur (dena) organisiert ist.

Das Informationsschreiben „Bundesförderung für effiziente Gebäude – Einzelmaßnahmen: Neue Registrierung für Fachunternehmen bei der Deutschen Energieagentur“ ist als Anlage beigefügt.

Die Eingabe der technischen Daten stellt noch keinen Antrag dar. Die Antragstellung hat auch weiterhin durch die Antragstellerinnen und Antragsteller selbst oder einen Bevollmächtigten zu erfolgen (Hochladen der Vollmacht mit dem Antrag erforderlich).

Energieberatung und Umsetzung „aus einer Hand“?

Die Antragstellung für Einzelmaßnahmen an der Gebäudehülle, für Anlagentechnik (außer Heizung) und für die Errichtung, Umbau, Erweiterung eines Gebäudenetzes und Fachplanung und Baubegleitung erfordert die Einbindung eines in der Energieeffizienz-Expertenliste der Deutsche Energie-Agentur (dena) in der Kategorie Energieberatung für Wohngebäude gelisteten Energieeffizienz-Experten (EEE). Bei den förderfähigen Maßnahmen zur Heizungsoptimierung ist die Einbindung eines EEE optional, hier bedarf es der Einbindung eines Fachunternehmens. Sollen mehrere Maßnahmen beantragt werden und ist mindes-

tens für eine dieser Maßnahmen die Einbindung eines EEE verpflichtend, so ist die Einbindung des EEE für den gesamten Antrag erforderlich.

Für Anträge auf Förderung zur Umsetzung von Maßnahmen im Rahmen der BEG EM ist seit 01.01.2023 grundsätzlich keine vorhabenbezogene Unabhängigkeit des EEE gegenüber bauausführenden Unternehmen verpflichtend. Für die BEG EM-Maßnahme ist es unerheblich, ob derselbe EEE den iSFP und/oder auch die Einzelmaßnahme betreut oder ob dieses verschiedene Personen sind.

Der Förderfähigkeit steht es nicht entgegen, wenn gelistete EEE mit eigenem Handwerksbetrieb sowohl die im Rahmen der Antragstellung verpflichtende Energieberatung durchführen als auch anschließend die für die geplante Maßnahme erforderlichen Tätigkeiten am Objekt umsetzen.

Die Beratung muss weiterhin „hersteller-, anbieter-, produkt- und vertriebsneutral“ erfolgen. Hierzu muss sich der Energieberater in einer Selbsterklärung verpflichten.

Der Abschluss einer Haftpflichtversicherung für die Beratungsleistung wird dringend empfohlen.

Fachplanung und Baubegleitung

Die Förderung der Fachplanung und Baubegleitung setzt die Beauftragung eines vom bauausführenden Unternehmen unabhängigen EEE voraus, andernfalls ist eine (zusätzliche) Förderung für die Fachplanung und Baubegleitung nach Nummer 5.5 der Richtlinie BEG EM mit einem Fördersatz von 50 % nicht möglich. Hierauf ist der Antragsteller bei bestehender Abhängigkeit vor Vorhabenbeginn hinzuweisen.

Die Förderung der Fachplanung und Baubegleitung ist dann als Umfeldmaßnahme im Rahmen der förderfähigen Kosten nach den Nummern 5.1 bis 5.4 mit dem entsprechenden Fördersatz möglich, d.h. die Planungsleistung durch den Fachunternehmer im Rahmen des Auftrags wird dann durch den Fördersatz der umzusetzenden Maßnahme unterstützt.

Umsetzen der Maßnahme vor Erhalt des Zuwendungsbescheides

Wird mit der Maßnahme zwar nach Antragstellung aber vor Erhalt des Zuwendungsbescheides begonnen, erfolgt dies auf Risiko des Auftraggebers (Antragstellers): Der Auftraggeber trägt das Risiko, dass gegebenenfalls nicht oder nur zum Teil förderfähige Maßnahmen umgesetzt werden, denn erst nach Prüfung des Antrags wird im Falle eines positiven Bescheids die Höhe der maximalen Zuwendung auf Basis der für die Maßnahme geplanten und im Antrag bezifferten Ausgaben bestimmt und verbindlich bewilligt.

Wird also vor Erhalt des Zuwendungsbescheides mit der Umsetzung der geplanten Maßnahme begonnen, obliegt dem Auftraggeber entweder die Zwischenfinanzierung, sofern die Förderung bewilligt wird, die Auszahlung aber erst nach der Rechnungslegung durch das Fachunternehmen erfolgt oder im Falle der vollständigen oder teilweisen Versagung der Förderung, die Bezahlung des nicht förderfähigen Teils.

Für Fachunternehmen empfiehlt sich die vertragliche Klarstellung, dass das Fachunternehmen nicht das Risiko der Förderungsbewilligung übernimmt und dass bereits ausgeführte Leistungen (auch Planungs- und Vorbereitungsleistungen) bei Versagung der beantragten Förderung jedenfalls vergütungspflichtig bleiben.

I. Arbeits- Sozialversicherungs- und Tarifrecht

Krankengeldanspruch trotz verspätet eingereicherter Krankschreibung

Mit der gesetzlichen Einführung der unmittelbar elektronischen Übermittlung der Arbeitsunfähigkeitsdaten an die Krankenkasse durch den Vertragsarzt zum 01.01.2021 ist die Obliegenheit Versicherter zur Meldung einer vertragsärztlich festgestellten Arbeitsunfähigkeit entfallen. Eine zu späte Übermittlung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen geht nicht auf Kosten des Versicherten. Selbst wenn die Bescheinigungen verspätet eingereicht werden, hat dies keinen Einfluss auf den Krankengeldanspruch. Auch lebt die Obliegenheit des Versicherten zur Meldung der Arbeitsunfähigkeit nicht in dem Fall wieder auf, sollte die Arztpraxis nicht in der Lage sein, die Krankmeldung elektronisch zu übermitteln. Der Anspruch Versicherter auf Krankengeld ruht also auch dann nicht, wenn durch den Vertragsarzt die unmittelbar elektronische Übermittlung der Arbeitsunfähigkeitsdaten an die Krankenkasse zu spät erfolgt.

[Bundessozialgericht, Urteil vom 30.11.2023, Az. B3 KR 23/22 R](#)

2024 - Geänderte Ausgleichsabgabe bei der Nichtbeschäftigung schwerbehinderter Menschen

Grundsätzlich besteht die Pflicht, einen bestimmten Anteil der Arbeitsplätze mit Schwerbehinderten zu besetzen, ansonsten droht eine Schwerbehindertenabgabe.

- Unternehmen mit durchschnittlich mind. 20 und höchstens 39 Mitarbeitern – 1 Schwerbehinderten
- Unternehmen mit mind. 40 und höchstens 59 Mitarbeitern - 2 Schwerbehinderte
- Ab 60 Mitarbeitern – 5 % der Arbeitsplätze mit Schwerbehinderten zu besetzen, Bruchteile von 0,5 und mehr sind aufzurunden.

Ab 2024 gelten folgende Abgaben für nicht besetzte Pflichtarbeitsplätze für Schwerbehinderte:

- jahresdurchschnittliche Beschäftigungsquote von 3 %, aber weniger als der Pflichtzahl: 140 Euro
- jahresdurchschnittliche Beschäftigungsquote von 2 – 3 %: 245 Euro
- jahresdurchschnittliche Beschäftigungsquote von mehr als 0 bis weniger als 2 %: 360 Euro
- Neue vierte Stufe: Wenn gar keine Schwerbehinderten beschäftigt werden: 720 Euro

Die Abgabe versteht sich pro nicht besetztem Arbeitsplatz und für jeden Monat.

Beispiel: Ein Unternehmen mit 200 Beschäftigten muss 10 Arbeitsplätze (5 Prozent) mit Schwerbehinderten besetzen. Beschäftigt es das ganze Jahr über keinen Schwerbehinderten, ist ab 2024 die Ausgleichsabgabe von 720 Euro monatlich pro Arbeitsplatz zu zahlen (720 Euro x 10 Arbeitsplätze x 12 Monate = 86.400 Euro).

[Pressemitteilung BMAS vom 10.12.2023](#)

Schriftformanforderungen bei befristeten Arbeitsverträgen

Die Wirksamkeit einer Befristung entfällt nicht durch die einvernehmliche Vorverlegung des Arbeitsbeginns, auch wenn dies nicht schriftlich vereinbart wird (§ 14 Abs.4 TzBfG). Der Beginn eines befristeten Arbeitsverhältnisses muss nur dann schriftlich festgehalten werden, wenn er für die Berechnung des Endzeitpunkts maßgeblich ist, z.B. bei der Vereinbarung einer sechs- oder zwölfmonatigen Vertragsdauer. Wesentlich und ausreichend für das Schriftformerfordernis ist, dass der Endzeitpunkt klar bestimmt oder bestimmbar ist.

[BAG Urteil vom 16.08.2023 – 7 AZR 300/22](#)

II. Bauvertragsrecht

Kostenübernahmeerklärung nicht bereits bei Einverständnis mit Umbauarbeiten

Bei der Beantwortung der Frage, ob zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer ein Werkvertrag zu Stande gekommen ist, sind die (strengen) Anforderungen des Vollbeweises zu Grunde zu legen, da den Auftragnehmer die Beweislast für das Zustandekommen eines Werkvertrags trifft. Aus dem Umstand, dass sich der Eigentümer einer Wohnung mit der Durchführung von Bauarbeiten einverstanden erklärt, folgt nicht, dass er auch zur Übernahme der Kosten bereit ist.

[OLG Stuttgart, Beschluss vom 20.02.2023 - 13 U 114/22;](#)

BGH, Beschluss vom 02.08.2023 - VII ZR 59/23 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgenommen)

Abrechnung nach Aufwand: Beweispflicht des Auftraggebers für unwirtschaftliche Betriebsführung

Zur schlüssigen Begründung eines nach Zeitaufwand zu bemessenden Vergütungsanspruchs muss der Auftragnehmer grundsätzlich nur darlegen, wie viele Stunden für die Erbringung der Vertragsleistungen angefallen sind. Die schlüssige Abrechnung eines Stundenlohnvertrags setzt grundsätzlich keine Differenzierung in der Art voraus, dass die abgerechneten Arbeitsstunden einzelnen Tätigkeiten zugeordnet und/oder nach zeitlichen Abschnitten (Tagen) aufgeschlüsselt werden. Die Vereinbarung einer Stundenlohnvergütung für Werkleistungen begründet eine vertragliche Nebenpflicht zur wirtschaftlichen Betriebsführung, deren Verletzung sich nicht unmittelbar vergütungsmindernd auswirkt, sondern einen vom Auftraggeber geltend zu machenden Gegenanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB

entstehen lässt. Dessen tatsächliche Voraussetzungen muss der Auftraggeber nach allgemeinen Grundsätzen darlegen und beweisen (BGH, Urteil vom 17.04.2009 - VII ZR 164/07).
OLG Nürnberg, Urteil vom 22.12.2022 - 13 U 630/21; IBRRS 2024, 0027
BGH, Beschluss vom 11.10.2023 - VII ZR 18/23 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgenommen)

WhatsApp-Nachricht im VOB/B-Vertrag nicht ausreichend

Die Schriftform der Mängelrüge ist zwingende Voraussetzung für den Eintritt der Verjährungsverlängerung nach § 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 VOB/B. Eine WhatsApp-Nachricht erfüllt nicht das vereinbarte Schriftformerfordernis. Zwar gilt für das Schriftformerfordernis der VOB/B nicht § 126 BGB, sondern § 127 Abs. 2 Satz 1 BGB. Die gewillkürte Schriftform kann hiernach durch eine telekommunikative Übermittlung gewahrt werden. Hierzu ist aber eine Erklärung erforderlich, die in gleicher Weise wie ein Schriftstück verfasst ist, die in einer die Übergabe eines Schriftstücks ersetzenden Art an den Erklärungsempfänger übermittelt worden ist und aus der sich unzweideutig der Erklärende ergibt. Zudem muss der Erklärungsempfänger in der Lage sein, das Schriftstück auszudrucken und dauerhaft abzuspeichern bzw. zu archivieren. All dies ist im Falle einer WhatsApp-Nachricht nicht gegeben. Ein Messenger-Dienst kann aufgrund der typischen Art und Weise der Benutzung zum raschen Austausch rein privater Nachrichten und gerade nicht zur Abgabe rechtsgeschäftlicher Erklärungen nicht die notwendige Warnfunktion eines Formerfordernisses erfüllen.

OLG Frankfurt, Urteil vom 21.12.2023 - 15 U 211/21, IBRRS 2024, 0082

Praxishinweis: Zur rechtssicheren Wahrung der (gewillkürten) Schriftform ist mind. eine E-Mail zu schreiben.

Verjährung von Verzugsschäden vor Abnahme

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

Gemäß § 195 BGB beträgt die regelmäßige Verjährungsfrist drei Jahre. Sie beginnt gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen musste. Entstanden ist ein Anspruch in dem Zeitpunkt, in dem der Berechtigte den Anspruch erstmals geltend machen und ihn im Wege der Klage verfolgen kann. Erforderlich ist grundsätzlich die Fälligkeit des Anspruchs.

Ein Schadensersatzanspruch entsteht grundsätzlich einheitlich auch für die erst in Zukunft entstehenden, adäquat verursachten, zurechenbaren und voraussehbaren Nachteile, sobald irgendein Teilschaden entstanden ist und gerichtlich geltend gemacht werden kann. Der Schadenseintritt bestimmt sich bei mehreren Schadensfolgen für die Zwecke des Ver-

jährungsrechts anhand des Grundsatzes der Schadenseinheit. Danach gilt der gesamte Schaden, der auf einem bestimmten einheitlichen Verhalten beruht, bereits mit der ersten Vermögenseinbuße als eingetreten, sofern mit den einzelnen Schadensfolgen bereits beim Auftreten des ersten Schadens gerechnet werden konnte. Die Verjährung des Schadensersatzanspruchs erfasst auch solche nachträglich eintretenden Schadensfolgen, die im Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs als möglich voraussehbar waren.

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

Aufwendungsersatz begrenzt auf die Höhe der üblichen Vergütung

Steht dem Auftragnehmer eines VOB/B-Vertrags wegen einer auftragslos erbrachten Leistung ein Anspruch auf Aufwendungsersatz zu, bestimmt sich dessen Höhe nach der im ausgeübten Gewerbe des Auftragnehmers üblichen Vergütung, soweit der Vertragspreis nicht niedriger ist.

OLG München, Beschluss vom 28.10.2022 - 27 U 157/22 Bau; IBRRS 2024, 0188

BGH, Beschluss vom 02.08.2023 - VII ZR 198/22 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Auch Sachverständigenkosten gehören zum Schadensersatz wegen Mängeln

Der Auftraggeber kann wegen eines Werkmangels nach erfolglosem Ablauf einer von ihm zur Nacherfüllung bestimmten angemessenen Frist den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen, wenn nicht der Auftragnehmer die Nacherfüllung zu Recht verweigert. Der Auftraggeber kann auch den Ersatz sonstiger Integritäts- und Vermögensschäden verlangen, die durch die nicht vertragsgemäße Leistung entstanden sind. Dazu gehören alle nicht im Minderwert des mangelhaften Werks angelegten Schadenspositionen, wie etwa Sachverständigenkosten, die dadurch entstehen, dass der Auftraggeber einen Sachverständigen mit der Feststellung und Beurteilung der aufgetretenen oder noch zu erwartenden Mängel und ihrer Auswirkungen beauftragt.

OLG Saarbrücken, Urteil vom 08.02.2023 - 2 U 137/22; IBRRS 2024, 0088

BGH, Beschluss vom 02.08.2023 - VII ZR 43/23 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgenommen)

Widerruf bei per E-Mail geschlossenem (Architekten)-Vertrag möglich

Bei einem per E-Mail geschlossenem (Architekten)-Vertrag handelt es sich um ein Fernabsatzgeschäft, wenn die Parteien für den Vertragsschluss ausschließlich per Fernkommunikationsmittel kommuniziert haben. Ein Verbraucher hat ein Widerrufsrecht, wenn er einen Fernabsatzvertrag geschlossen hat. Die Widerrufsfrist beträgt 14 Tage. Der Verbraucher ist nach einem erklärten Widerruf nicht zur Zahlung von Honorar oder Wertersatz verpflichtet, wenn er nicht ordnungsgemäß über die Bedingungen, Fristen und das Verfahren für die Ausübung des Widerrufsrechts sowie über die Pflicht zur Zahlung eines angemessenen Betrags für den Fall des Widerrufs informiert wurde. Einem Verbraucherwiderruf steht nicht

entgegen, dass der Widerrufende als Rechtsanwalt tätig ist und somit über rechtliche Kenntnisse verfügt, auch Rechtsanwälte sind grundsätzlich Verbraucher.

LG Frankfurt/Main, Urteil vom 26.06.2023 - 2-26 O 144/22, IBRRS 2024, 0216

Trotz mangelhafter Ausführungspläne keine Behinderung des Baubeginns

Verzögerungen, die ihre Ursache (überwiegend) im Risikobereich des Auftraggebers haben und zu einer Behinderung des Auftragnehmers führen, rechtfertigen keine Kündigung wegen einer Verzögerung des Ausführungsbeginns. Der Auftraggeber hat dem Auftragnehmer die für die Ausführung nötigen Unterlagen rechtzeitig zu übergeben. Hierzu gehört die vollständige und fehlerfreie Ausführungsplanung, die eine sachgerechte, pünktliche und mangelfreie Errichtung des Bauwerks unter Berücksichtigung der anerkannten Regeln der Technik ermöglicht. Die Einrichtung der Baustelle ist jedoch auch ohne mangelfreie und freigegebene Ausführungspläne möglich.

[OLG Köln, Beschluss vom 31.01.2022 – 19 U 131/21](#)

Praxishinweis: Treffen die Parteien keine Vereinbarung darüber, welche Maßnahmen des Auftragnehmers sie als Beginn der Ausführung ansehen, entspricht es allgemeiner Meinung, dass dies mit der Baustelleneinrichtung oder der Errichtung der Baustraße der Fall ist.

Nicht unterschriebenes Protokoll steht der Abnahme nicht (zwingend) entgegen

Voraussetzung für den Übergang vom Herstellungsanspruch zu Gewährleistungsansprüchen ist die Abnahme der Werkleistung. Vor der Abnahme können grundsätzlich keine Gewährleistungsansprüche geltend gemacht werden. Der Umstand, dass die Erwerber das Abnahmeprotokoll nicht unterzeichnet haben, spricht nicht zwingend gegen eine Abnahme. Das Abnahmeprotokoll muss nicht unbedingt unterschrieben sein.

OLG Oldenburg, Urteil vom 08.11.2022 – 2 U 59/22 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgenommen) IBRRS 2023, 2962

Praxishinweis: Mängelansprüche aus § 634 BGB können vom Auftraggeber nur geltend gemacht werden, wenn eine Abnahme stattgefunden hat oder das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist. Die Erklärung der Abnahme ist an keine Form gebunden. Die Parteien eines BGB-Vertrags können aufgrund der Vertragsfreiheit eine förmliche Abnahme vereinbaren. Dann hat ein gemeinsamer Abnahmetermin stattzufinden, in dem ein Protokoll mit den Ergebnissen der gemeinsamen Überprüfung der Werkleistung angefertigt wird. Unterzeichnet der Auftraggeber das Protokoll nicht, bedeutet dies nicht zwingend, dass er die Abnahme verweigert hat. In dem Fall sind die Umstände des Einzelfalls entscheidend. Haben die Parteien dagegen vereinbart, dass die Unterzeichnung des Protokolls eine Wirksamkeitsvoraussetzung der Abnahme ist, ist die Unterschrift für die Abnahme konstitutiv. Bei einem VOB/B-Vertrag ist nach § 12 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B das Verlangen einer Partei nach einer förmlichen Abnahme bereits ausreichend. Zur Bedeutung der Unterschrift auf dem Protokoll gilt dasselbe wie beim BGB-Vertrag.

Auftraggeber muss für mangelfreies Vorgewerk sorgen

Beruhet ein Mangel darauf, dass der Auftragnehmer auf einer unzureichenden Vorunternehmerleistung aufgebaut hat, setzt eine ordnungsgemäße Fristsetzung zur Mangelbeseitigung voraus, dass der Auftraggeber die Mitwirkungshandlungen vorgenommen oder jedenfalls angeboten hat, die dem Auftragnehmer die Herstellung eines funktionierenden Nachfolgewerks ermöglichen. Das gilt auch, wenn der Auftraggeber die konkrete Mangelursache nicht kennt.

OLG Bamberg, Beschluss vom 13.09.2022 - 3 U 300/21, IBRRS 2024, 0278

BGH, Beschluss vom 22.11.2023 - VII ZR 177/22 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen); OLG Bamberg, Beschluss vom 29.11.2022 - 3 U 300/21 (Berichtigungsbeschluss)

Bei sachkundigem Auftraggeber können die Hinweispflichten des Auftragnehmers entfallen

Es gehört zum Pflichtenkreis des sachkundigen Auftragnehmers, den nicht sachkundigen Auftraggeber darüber aufzuklären, ob das bestellte Werk für den vorgesehenen Zweck tauglich ist und den Bedürfnissen des Auftraggebers entsprechen kann. Der Auftragnehmer hat den Auftraggeber ferner auch über die Wartung und Bedienung des erstellten Werks zu unterrichten. Inhalt und Umfang der Hinweispflicht orientieren sich aber am Schutzbedürfnis des Auftraggebers. Darf der Auftragnehmer davon ausgehen, dass dem Auftraggeber bestimmte Risiken aufgrund eigener Sachkunde geläufig sind, muss er dem Auftraggeber ohne besonderen Anlass keine (aus seiner Sicht überflüssigen) Informationen zukommen lassen.

OLG München, Urteil vom 17.08.2022 - 27 U 3593/21 Bau; IBRRS 2024, 0187

BGH, Beschluss vom 02.08.2023 - VII ZR 166/22 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Aufmaßprobleme sind grundsätzlich Auftragnehmerprobleme

Um die tatsächliche Bauleistung zu ermitteln, bedarf es in der Regel des Aufmaßes. Das Aufmaß ist grundsätzlich vor Ort und nicht nur auf der Basis von Plänen zu nehmen. Scheitert das vereinbarte gemeinsame Aufmaß, führt das nicht zu einer Umkehr der Beweislast zu Gunsten des Auftragnehmers hinsichtlich der von diesem festgestellten Leistungsangaben, sondern diese verbleibt beim Auftragnehmer. Eine Beweislastumkehr ist nur anzunehmen, wenn der Auftraggeber zu einem gemeinsamen Aufmaß aufgefordert wird, dieser aber die Teilnahme grundlos verweigert und ein neues Aufmaß nicht mehr möglich ist.

KG, Urteil vom 24.09.2021 – 7 U 35/15, BGH, Beschluss vom 19.10.2022 - VII ZR 852/21 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Beginn der Verjährung des Anspruchs auf Stellung einer Bauhandwerkersicherheit

Der Anspruch auf Stellung einer Bauhandwerkersicherheit aus § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. (§ 650f Abs. 1 Satz 1 BGB) ist ein verhaltener Anspruch. Die Verjährungsfrist für diesen Anspruch beginnt nicht vor dem Verlangen des Auftragnehmers auf Sicherheitsleistung. Die

Verjährung des Anspruchs auf Stellung einer Bauhandwerkersicherheit beginnt am Schluss des Jahres, in dem der Auftragnehmer die Sicherheit verlangt.

OLG München, Urteil vom 21.11.2023 – 9 U 301/23 Bau e (nicht rechtskräftig, gegen das Urteil wurde Nichtzulassungsbeschwerde beim BGH eingelegt (Az.: VII ZR 245/23).

Praxishinweis: Im Zusammenhang mit § 650f BGB muss der Auftragnehmer darauf achten, dass der Anspruch auf Sicherheitsleistung nicht verjährt. Wird die Sicherheit durch Bürgerschaft geleistet, muss der Auftragnehmer zudem dafür sorgen, dass auch sein Anspruch gegen den Bürgen nicht verjährt. Schließlich ist dafür zu sorgen, dass die zu sichernde Forderung, also der eigentliche Vergütungsanspruch sowie die mit 10 % mitzusichernden Nebenforderungen, nicht verjähren.

III. Vergaberecht

Kein zwingender Angebotsausschluss bei Nichtverwendung eines vorgegebenen Formblatts

Die einseitige Vorgabe der Vergabestelle, bei Nichtverwendung eines in den Vergabeunterlagen enthaltenen Formblatts gelte ein Angebot "als nicht abgegeben", steht der Einordnung als rechtsverbindliches Angebot nicht entgegen. Die Nichtverwendung eines von der Vergabestelle vorgegebenen Formblatts führt auch nicht ohne Weiteres zur Formnichtigkeit des Angebots.

[OLG Rostock, Beschluss vom 01.02.2023 - 17 Verg 3/22](#)

Vorgehen des öffentlichen Auftraggebers bei Fehlern in den Vergabeunterlagen

Die Eignungskriterien und -nachweise sind in der Auftragsbekanntmachung aufzuführen. Maßgeblich für die Eignungsprüfung sind allein die in der Auftragsbekanntmachung festgelegten Eignungskriterien und die dort für ihren Beleg geforderten Nachweise. Stellt der öffentliche Auftraggeber Fehler in den Vergabeunterlagen fest, die er den Bietern übersandt hat, muss er Fehler mit möglichen Auswirkungen auf das Angebot korrigieren, indem er den Bietern eine aktuelle Dateifassung übermittelt und gegebenenfalls die Angebotsabgabefrist neu setzt.

[VK Lüneburg, Beschluss vom 28.09.2023 - VgK-26/2023](#)

Abgrenzung Bauvertrag oder Dienstleistungsauftrag

Ein Bauauftrag ist ein Vertrag über die Ausführung oder gleichzeitige Planung und Ausführung von Bauleistungen oder eines Bauwerks, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll. Bauleistung und Bauwerk sind Synonyme. Umfasst ein Auftrag Leistungen, die zu verschiedenen Auftragsarten gehören, richtet sich die maßgebliche Auftragsart nach dem Hauptgegenstand des Vertrags. Dabei ist auf die wesentlichen, vorrangigen Verpflichtungen abzustellen, die den Auftrag prägen. Ein Auftrag über die Beschaffung der Sensorik und einer Datenplattform zur

Lenkung von Besucherströmen und Pendelverkehren ist kein Bau-, sondern ein Dienstleistungsauftrag, auch wenn Masten zu errichten sind, um daran Sensoren zu befestigen.

Praxishinweis: Umfasst der Auftrag zumindest auch die Ausführung einer Bauleistung bzw. Tätigkeit im Sinne von Anhang II Richtlinie 2014/24/EU, ist die zutreffende Bestimmung des Hauptgegenstands von erheblicher Bedeutung. Denn aus dem Hauptgegenstand des Auftrags und dem danach maßgeblichen Schwellenwert folgt das anzuwendende Vergaberechtsregime. Der Hauptgegenstand ist im Rahmen einer objektiven Prüfung des Gesamtvorhabens zu bestimmen. Das Wertverhältnis dient als erste Orientierung, ist aber nicht mehr als ein - wenngleich gewichtiges - Indiz (vgl. OLG Düsseldorf, 30.04.2014, Verg 35/13 - Photovoltaikanlage: prägender Charakter der Bauleistung bei 30 %). Ein Funktionszusammenhang mit einer Bauleistung besteht in der Regel, wenn zur Erfüllung des Bauauftrags notwendige Bauteile geliefert werden oder der Beschaffungsgegenstand für die Herstellung eines funktionsfähigen Gebäudes mit seinem spezifischen Nutzungszweck erforderlich ist oder es mehr als nur unerheblicher Einbaumaßnahmen bedarf.

OLG Schleswig, Beschluss vom 05.12.2023 - 54 Verg 8/23, IBRRS 2024, 0122

Dokumentationspflicht der Kostenschätzung

Die Kostenschätzung ist mit Unsicherheiten und Unwägbarkeiten behaftet. Sie bildet eine Prognose, die dann nicht zu beanstanden ist, wenn sie unter Berücksichtigung aller verfügbarer Daten in einer der Materie angemessenen und methodisch vertretbaren Weise erarbeitet wurde. Methodisch setzt die Schätzung des Auftragswerts eine ernsthafte, realistische, vollständige und objektive Prognose voraus, die sich an den Marktgegebenheiten orientiert. Der Auftraggeber muss eine Methode wählen, die ein wirklichkeitsnahes Schätzergebnis ernsthaft erwarten lässt, und der Schätzung zutreffende Daten zu Grunde legen. Pflichtgemäß geschätzt ist ein Auftragswert, den ein umsichtiger und sachkundiger öffentlicher Auftraggeber nach sorgfältiger Prüfung des relevanten Marktsegments und im Einklang mit den Erfordernissen betriebswirtschaftlicher Finanzplanung bei der geplanten Beschaffung veranschlagen würde. Die der Kostenschätzung zu Grunde liegenden Erwägungen sind im Vergabevermerk zu dokumentieren. Dabei ist es ausreichend, die wesentlichen Aspekte niederzulegen.

[VK Lüneburg, Beschluss vom 21.07.2023 - VgK-16/2023](#), IBRRS 2024, 0196

Vorlage eines Formblatts auch ohne Benennung an zentraler Stelle wirksam gefordert

Angebote müssen die geforderten Erklärungen und Nachweise enthalten, ansonsten sind sie auszuschließen, wenn der öffentliche Auftraggeber festgelegt hat, dass er keine Unterlagen nachfordern wird. Unterlagen sind alle in der danach zu erstellenden gesonderten Liste aufgeführten Nachweise und Erklärungen. Der Begriff der Unterlagen ist dabei denkbar weit zu verstehen. Darunter fallen insbesondere Hersteller-, Typ- und Produktangaben sowie Produktdatenblätter und auch Erläuterungen zu den einzelnen Preisen und Mengensätzen. Auch das Formblatt 225a fällt ohne Weiteres darunter. Gefordert ist eine Unterlage erst, wenn der Auftraggeber die Vorlage unmissverständlich verlangt hat. Es bedarf einer

eindeutigen Anforderung in inhaltlicher und zeitlicher Hinsicht, so dass die Bieter den Vergabeunterlagen deutlich und sicher entnehmen können, welche Erklärungen und Nachweise nicht als gefordert angesehen werden und dass Fehler nicht zum Ausschluss führen. Auch wenn ein Formblatt nicht an zentraler Stelle benannt wird, kann die Vorlage mit dem Angebot aus der Sicht eines fachkundigen Bieters wirksam gefordert werden.

[VK Lüneburg, Beschluss vom 27.10.2023 - VgK-29/2023](#)

Anforderungen an ein Nachforderungsschreiben

Ergibt die Prüfung auf Vollständigkeit, dass Unterlagen fehlen oder unvollständig sind, können diese bis zum Ablauf einer vom Auftraggeber zu bestimmenden Nachfrist nachgefordert werden. Im Anwendungsbereich der VgV besteht keine Verpflichtung zur Nachforderung. Die Nachforderung liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Auftraggebers. Pflichtgemäßes Ermessen verlangt aber im Regelfall die Nachforderung. Das Absehen von einer Nachforderung stellt die Ausnahme dar. Im Nachforderungsschreiben ist eindeutig und genau anzugeben, welche Unterlagen in welcher Frist nachzureichen sind. Es ist vergaberechtswidrig, wenn sich der Auftraggeber für die Nachforderung fehlender bzw. unvollständiger leistungsbezogener Unterlagen entscheidet, dann aber nur einzelne Unterlagen nachfordert und den betreffenden Bieter in der Folge wegen fehlender Unterlagen ausschließt. Denn ein Bieter darf aufgrund einer konkreten Nachforderung davon ausgehen, dass seine bereits eingereichten Unterlagen ansonsten vollständig sind.

[VK Westfalen, Beschluss vom 21.12.2023 - VK 1-37/23](#)

Rügepflicht bei erkennbarer Vermischung von Eignungs- und Wertungskriterien

Die Rügepflicht nach § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB greift ein, wenn ein durchschnittlicher Bieter im Rahmen seiner laienhaften rechtlichen Wertungsmöglichkeiten erkennen kann, dass es "so nicht geht". Er kann sich der Rügepräklusion nicht dadurch entziehen, dass er den Rechtsfehler im Nachprüfungsverfahren mit Unterstützung seines Rechtsanwalts einer klareren juristischen Zuordnung unterzieht. Kann der Antragsteller erkennen, dass Eignungs- und Wertungskriterien hinsichtlich der Vorlage von Referenzen nicht getrennt, sondern vermengt worden sind und dass entweder eine Doppelverwertung vorliegt oder nicht erkennbar ist, was in welchem Kontext geprüft werden soll, ist eine Rügepflicht nach § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB begründet.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 04.12.2023 - 11 Verg 5/23, IBRRS 2024, 0245

IV. Zivilrecht

Vorlage des Sendeprotokolls kann den Fax-Zugang beweisen

Der Versender eines Telefax-Schreibens weist dessen Zugang hinreichend nach, wenn er das versendete Schreiben mit Faxkennung und einem Sendebericht mit OK-Vermerk vor-

legt. Allein die pauschale Behauptung des Empfängers, das Telefax-Schreiben sei nicht eingegangen, reicht dann als Einwand nicht aus.

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)

Praxishinweis: Nach herrschender Auffassung wird durch die Vorlage eines Sendeprotokolls der Beweis des Zugangs eines Telefax-Schreibens nicht geführt: Abgesehen davon, dass Sendeberichte leicht manipulierbar sind, sagen sie nur etwas darüber aus, ob eine Verbindung zwischen dem Fax-Gerät des Versenders und dem des Empfängers zu Stande gekommen ist, nicht aber, dass und welche Daten übermittelt wurden. Der "OK-Vermerk" eines Sendeberichts stellt jedoch ein Indiz für den Zugang eines Telefaxes dar. Das bloße Bestreiten des Zugangs reicht dann nicht mehr. Der Empfänger muss nun näher darlegen, welches Gerät er an der Gegenstelle betreibt, ob die Verbindung im Speicher enthalten ist, ob und wie er ein Empfangsjournal führt. Die Beweiskraft des im "OK-Vermerk" liegenden Indizes ist im Lichte dieses Vorbringens zu würdigen.

Auch den Versender einer E-Mail trifft die volle Darlegungs- und Beweislast dafür, dass sie dem Empfänger tatsächlich zugegangen ist. Ebenso wie bei einem Telefax-Schreiben genügt die Vorlage einer Versandbestätigung nicht, um eine Beweiserleichterung in Form des Anscheinsbeweises zu begründen. Anders verhält es sich, wenn der Absender eine Eingangs- bzw. Lesebestätigung anfordert und diese auch erhält.

Beim Kauf technischer Anlagenteile sind Toleranzen hinzunehmen

Bei einem Vertrag über die Lieferung einer technischen Anlage (hier Aufzugskabinenteile) ist davon auszugehen, dass die Vertragsparteien ihren Vereinbarungen stillschweigend die Einhaltung der allgemeinen 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.

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

V. Gesetzgebungsvorhaben

Referentenentwurf zum IV. Bürokratieentlastungsgesetz liegt vor

Das Justizministerium hat am 11.01.2024 den Referentenentwurf für das vierte Gesetz zur Entlastung der Bürger, der Wirtschaft sowie der Verwaltung von Bürokratie veröffentlicht.

Kurzüberblick über die wesentlichen Maßnahmen des Gesetzesentwurfs:

- Verkürzung von Aufbewahrungsfristen: Die handels- und steuerrechtlichen Aufbewahrungsfristen für Buchungsbelege wie Rechnungskopien, Kontoauszüge und Lohn- und Gehaltslisten sollen von zehn auf acht Jahre verkürzt werden.
- Abschaffung der Hotelmeldepflicht für deutsche Staatsangehörige

- Reduzierung der Schriftformerfordernisse: Im Bürgerlichen Gesetzbuch sollen Schriftformerfordernisse (z.B. unterschriebener Brief) zur Textform (z.B. E-Mail) herabgestuft oder ganz abgeschafft werden, soweit dies angemessen und sachgerecht ist.
- Möglichkeit öffentlicher Versteigerungen im online-Format (Live-Stream oder in hybrid)
- Digitale Auslesung von Reisepässen bei der Flugabfertigung
- Möglichkeit der Verkürzung der Äußerungsfrist bei Öffentlichkeitsbeteiligungen in Zulassungsverfahren mit Umweltverträglichkeitsprüfung, in denen aufgrund von Änderungen des Vorhabens eine erneute Beteiligung der Öffentlichkeit erforderlich ist
- Ermöglichung der elektronischen Form für die Regelung zur Erteilung von Arbeitszeugnissen in § 630 BGB
- Erleichterung der Informationspflichten von Arbeitgebern: Arbeitgeber sind verpflichtet, einen Abdruck des Arbeitszeitgesetzes und des Jugendarbeitsschutzgesetzes sowie für den Betrieb geltende Rechtsverordnungen und Tarifverträge und Betriebs- oder Dienstvereinbarungen im Betrieb auszuhängen/auszulegen: Dieser Aushangpflicht kommt der Arbeitgeber auch dann nach, wenn er die geforderten Informationen über die im Betrieb oder in der Dienststelle übliche Informations- und Kommunikationstechnik (etwa das Intranet) elektronisch zur Verfügung stellt, sofern alle Beschäftigten ungehinderten Zugang zu den Informationen haben (§ 16 Abs. 1 ArbZG).

Den Referentenentwurf finden Sie [hier](#).

Zudem setzt die Bundesregierung weitere Maßnahmen aus dem Entbürokratisierungspaket um:

- Entlastung der Wirtschaft mit dem Wachstumschancengesetz
- Die Anhebung der Schwellenwerte bei der Bilanzierung und Rechnungslegung wurde aus dem BEG IV herausgelöst und wird derzeit bereits beschleunigt umgesetzt. Dadurch können kleine und mittlere Unternehmen schon bei der Aufstellung ihrer Abschlüsse für das Geschäftsjahr 2023 nach den erleichterten Vorgaben vorgehen.
- Weitere Änderungen von Verordnungsrecht werden aus rechtsförmlichen Gründen nicht im BEG IV, sondern in einer Sammel-Verordnung umgesetzt.

Gemeinsam mit Frankreich wurde eine Europäische Entlastungsinitiative gestartet.

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.