

GTGA · Hinter Hoben 149 · 53129 Bonn

Verteiler:

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

Bonn, den 13. Mai 2024

Rechtliche Entwicklungen April 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, Steuerrecht sowie zu Gesetzgebungsvorhaben zur Verfügung stellen.

Kein Förderstopp bei Beratungsprogrammen

Aktuell kommt es bei den Förderprogrammen EBN und EBW Energieberatung Nichtwohngebäude bzw. Wohngebäude) zu Verzögerungen bei der Bewilligung und Auszahlung von Fördermitteln. Der beschlossene Wirtschaftsplan 2024 des „Klima- und Transformationsfonds“ (KTF) gilt. Alle gesetzlichen und alle bisher eingegangenen Verpflichtungen werden erfüllt. Es gibt weder einen Förderstopp, noch werden Programme ausgesetzt. Im Hinblick auf die derzeitige haushaltswirtschaftliche Gesamtlage und die kommenden Haushaltsjahre ist innerhalb des KTF ein wirtschaftlicher und sparsamer Umgang mit den zur Verfügung stehenden Haushaltsmitteln von besonders hoher Bedeutung. Die allgemeine Zuweisung der Mittel im KTF erfolgt zunächst zeitlich gestaffelt für das erste Halbjahr. Aufgrund dieser zeitlichen Staffelung bei der Mittelzuweisung kann in Ausnahmefällen die Bewilligung und Auszahlung länger dauern als üblich.

Das BAFA nimmt weiterhin Anträge für die Beratungsförderung entgegen und zahlt Anträge aus, sobald neue Mittel zugewiesen werden. Grundsätzlich gilt: Alle bewilligten Anträge werden auch ausgezahlt.

[Kurzmittteilung BAFA vom 28.03.2024](#)

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

Einmalzahlungen während Altersteilzeit

Wird im Rahmen eines Altersteilzeitvertrags ein Blockmodell mit abwechselnden Arbeits- und Freizeitphasen (je 50 %) bei fortlaufender Zahlung des Arbeitsentgelts vereinbart, so können auch Arbeitnehmer, die sich im Zeitpunkt der Anspruchsentstehung einer Einmalzahlung (hier Corona-Sonderprämie) in einer Freistellungsphase der Altersteilzeit befinden, diese Einmalzahlung grundsätzlich beanspruchen. Da sie jedoch keine Arbeitnehmer in Vollzeit sind, entsteht der Anspruch nicht in voller Höhe, sondern richtet sich nach dem Verhältnis der individuell vereinbarten durchschnittlichen regelmäßigen Arbeitszeit zur regelmäßigen Arbeitszeit eines Vollzeitbeschäftigten (hier 50 %).

[BAG, Urteil vom 28.03.2023 – 9 AZR 133/22](#)

Mitbestimmung bei Einstellung: Betriebsräte müssen auch digitale Unterlagen akzeptieren

Der Arbeitgeber kann den Betriebsrat über eine geplante Einstellung auch unterrichten, indem er den Betriebsräten Einsicht in ein digitales Bewerbungsmanagement-Tool gibt. Papierunterlagen braucht eine ordnungsgemäße Unterrichtung nicht. Der Betriebsrat muss die Informationen erhalten, die er benötigt, um sein Recht zur Stellungnahme sachgerecht ausüben zu können. Dieser Unterrichts- und Vorlagepflicht wird entsprochen, wenn die Mitglieder des Betriebsrats für die Dauer des Zustimmungsverfahrens ein digitales Einsichts- und Leserecht der "Bewerbungsunterlagen" hatten und so den gleichen Informationsstand hatten, wie der Arbeitgeber.

[BAG Beschluss vom 13.12.2023 – 1 ABR 28/22](#)

II. Bauvertragsrecht

Berechnung der EP-Erhöpfung wegen Mengenminderung

Die Berechnung des Anspruchs des Auftragnehmers auf Erhöhung des Einheitspreises wegen einer Unterschreitung des Mengenansatzes gem. § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B erfolgt unter kalkulatorischer Fortschreibung der vereinbarten Einheitspreise. Auszugleichen ist die infolge der Mengenminderung entstandene Unterdeckung der Gemeinkosten und des Gewinns, ohne Wagnis. Auch für ersatzlos entfallene Leistungspositionen (sog. Nullpositionen) kann der Auftragnehmer nach Maßgabe des § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B einen Ausgleich verlangen.

[LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 18.12.2023 - 12 O 8630/20](#)

Stellt die Abweichung von Herstellervorgaben einen Baumangel dar?

Es ist davon auszugehen, dass die Parteien eines Bauvertrags stillschweigend vereinbaren, dass das zu erbringende Werk unter Beachtung der allgemein anerkannten Regeln der Technik hergestellt wird. Von den allgemein anerkannten Regeln der Technik sind Herstel-

ler- oder Verarbeitungsrichtlinien zu unterscheiden. Wenn diese Herstellervorgaben weitergehende Anforderungen an die geschuldete Leistung stellen als die einschlägigen allgemein anerkannten Regeln der Technik, begründet ein Abweichen von den Herstellervorgaben ohne ausdrückliche Vereinbarung der Geltung der Herstellervorgaben noch keinen Baumangel.

Werden DIN-Normen bzw. die sonstigen allgemein anerkannten Regeln der Technik bei einer Werkleistung nicht eingehalten, spricht wegen der damit verbundenen Gefahrerhöhung eine Vermutung dafür, dass im örtlichen und zeitlichen Zusammenhang mit der Werkleistung entstandene Schäden bei Beachtung der DIN-Normen vermieden worden wären und auf die Verletzung der DIN-Normen zurückzuführen sind. Die Darlegung und die Erschütterung des Anscheins, dass eingetretene Schäden nicht auf der Nichteinhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik beruhen, obliegt dem Auftragnehmer. Etwaige verbleibende Zweifel gehen zu seinen Lasten.

[OLG Hamburg, Urteil vom 07.02.2023 - 4 U 77/21](#)

Praxishinweis: Die bloße Missachtung von Herstellerempfehlungen begründet zwar für sich noch keinen Mangel. Sie müssen aber beachtet werden, wenn sie der Sicherheit und Funktionsfähigkeit der Leistung dienen. Dann geben sie oft auch die anerkannten Regeln der Technik wieder. Der Anscheinsbeweis spielt dabei in der Praxis eine erhebliche Rolle, weil die Ursache von Wassereintritten oder anderen Bauschäden sich im Nachhinein häufig nicht mehr mit absoluter Sicherheit feststellen lässt.

Auch für öffentliche Auftraggeber gilt der Mindestsatz der HOAI 2013

Das zwingende Preisrecht der HOAI 2013 ist bei Aufstockungsklagen auch gegenüber öffentlichen Auftraggebern weiterhin anwendbar. Zwar verstößt das verbindliche Mindestsatzrecht der HOAI 2013 nach der Rechtsprechung des EuGH gegen die sog. Dienstleistungsrichtlinie (2006/123/EG), daraus folgt jedoch nicht, dass eine gegen die öffentliche Hand gerichtete Honorarklage eines Architekten auf Basis der Mindestsätze im Fall einer mindestenssatzunterschreitenden Honorarvereinbarung an einer unmittelbaren Anwendung der Dienstleistungsrichtlinie scheitert. Der Staat darf sich nicht zu seinen Gunsten gegenüber dem Einzelnen auf eine nicht oder unzutreffend umgesetzte Richtlinie berufen, sondern muss die Richtlinie umsetzen, wenn er sich zu seinen Gunsten auf sie berufen will. Das richtlinienwidrige zwingende Preisrecht der HOAI 2013 ist daher auch bei sog. Aufstockungsklagen in Höhe der HOAI-Mindestsätze gegenüber öffentlichen Auftraggebern weiterhin anwendbar.

[BGH, Beschluss vom 14.02.2024 – VII ZR 221/22](#)

Keine 80%-ige Abschlagszahlung ohne Anordnung des Bestellers

Die Vorschrift des § 650c Abs. 3 BGB ist ebenso wie die des § 650d BGB im VOB-Vertrag anwendbar, da die VOB/B keine Regelung enthält, die § 650c Abs. 3 BGB entspricht. Auch § 16 Abs. 1 VOB/B enthält nur Vorschriften zur Abschlagszahlung, ein vorläufiges einseitiges Preisbestimmungsrecht des Unternehmers ist darin jedoch nicht enthalten. Damit ent-

hält die VOB/B in Bezug auf § 650c Abs. 3 BGB keine Modifikation, § 650c Abs. 3 BGB bleibt anwendbar.

[OLG München, Beschluss vom 12.03.2024 - 9 U 3791/23 Bau](#)

Kein Leistungsverweigerungsrecht bei Auftraggeberanweisung

Der Auftraggeber eines VOB/B-Vertrags kann den Vertrag kündigen, wenn eine verbindliche Vertragsfrist für den Beginn der Ausführung vereinbart wurde, zu der der Auftragnehmer mit den ihm obliegenden Arbeiten nicht begonnen hat und der Auftraggeber zuvor erfolglos eine Frist zur Vertragserfüllung, verbunden mit der Androhung einer Kündigung des Auftrags, gesetzt hat. Auch wenn der Auftragnehmer mehrfach schriftlich Bedenken gegen die Ausführung der Leistung mitgeteilt hat, scheidet ein Leistungsverweigerungsrecht aus, wenn der Auftraggeber den Auftragnehmer ausdrücklich angewiesen hat, mit den Arbeiten zu beginnen, und der Auftraggeber dadurch das Risiko einer mangelhaften Ausführung übernommen hat.

[BGH, Urteil vom 01.02.2024 - VII ZR 171/22](#)

Abrechnung von Stundenlohnarbeiten

Zur Begründung einer vereinbarten Stundenlohnvergütung muss der Unternehmer im Prozess nur darlegen und gegebenenfalls beweisen, wie viele Stunden für die Erbringung der Vertragsleistungen mit welchen Stundensätzen angefallen sind. Die schlüssige Abrechnung eines Stundenlohnvertrags setzt grundsätzlich keine Differenzierung in der Art voraus, dass die abgerechneten Arbeitsstunden einzelnen Tätigkeiten zugeordnet werden. Sie ist nicht erforderlich zur nachprüfbaren Darlegung des vergütungspflichtigen Zeitaufwands, weil seine Bemessung und damit die im Vergütungsprozess erstrebte Rechtsfolge nicht davon abhängen, wann der Unternehmer welche Tätigkeiten ausgeführt hat. Die Vereinbarung eines Stundenlohns für Werkleistungen begründet eine vertragliche Nebenpflicht zur wirtschaftlichen Betriebsführung, deren Verletzung sich nicht unmittelbar vergütungsmindernd auswirkt, sondern einen vom Auftraggeber geltend zu machenden Schadensersatzanspruch entstehen lässt, dessen Voraussetzungen dieser darlegen und beweisen muss. An die Darlegung sind keine überhöhten Anforderungen zu stellen, unzulässig ist aber eine Behauptung ins Blaue ohne jeden tatsächlichen Anhaltspunkt.

OLG Brandenburg, Urteil vom 11.05.2023 - 12 U 18/23, IBRRS 2024, 1282

Nur bei in sich abgeschlossenen Leistungsteilen ist eine Teilabnahme möglich

Im VOB/B-Vertrag sind in sich abgeschlossene Teile der Leistung auf Verlangen gesondert abzunehmen (§ 12 Abs. 2 VOB/B). In sich abgeschlossene Teile der Leistung liegen vor, wenn sie nach allgemeiner Verkehrsauffassung als selbstständig und von den übrigen Teilleistungen aus demselben Bauvertrag unabhängig anzusehen sind. Das ist anzunehmen, wenn sie sich in ihrer Gebrauchsfähigkeit abschließend für sich beurteilen lassen, und zwar sowohl in ihrer technischen Funktionsfähigkeit als auch im Hinblick auf die vorgesehene Nutzung. Leistungsteile innerhalb eines Gewerks können grundsätzlich nicht als in sich

abgeschlossen angesehen werden. Ihnen mangelt es regelmäßig an der Selbstständigkeit, die eine eigenständige Beurteilung der Teilleistung ermöglicht. Dies kann bei klarer zeitlicher oder räumlicher Trennung anders sein, etwa dann, wenn die Leistungsteile an verschiedenen Bauwerken, z. B. an mehreren zu errichtenden Häusern zu erbringen sind.

OLG Bamberg, Urteil vom 02.03.2023 - 12 U 48/22; IBRRS 2024, 1027

BGH, Beschluss vom 13.03.2024 - VII ZR 57/23 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Praxishinweis: Neben der Teilabnahme (§ 12 Abs. 2 VOB/B ggf. i. V. m. §§ 13 Abs. 4 Nr. 3, 16 Abs. 4 VOB/B) spielt der Begriff der *"in sich abgeschlossenen Teilleistung"* auch bei der Teilkündigung eine zentrale Rolle (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B). Im BGB-Werkvertragsrecht bezieht sich die Teilkündigung *"auf einen abgrenzbaren Teil des geschuldeten Werks"* (§ 648a Abs. 2 BGB).

Eine Kündigung "vorab per Fax" ist als Vorab-Information zu werten

Eine rechtsgeschäftlich vereinbarte Schriftform wird auch durch telekommunikative Übermittlung (hier: E-Mail) gewahrt, soweit nicht ein anderer Wille anzunehmen ist. Darlegungs- und beweisbelastet für einen anderen Willen in diesem Sinne ist diejenige Partei, die sich auf das "echte" Schriftformerfordernis beruft. Eine "Vorab per Fax" erklärte Kündigung kann lediglich als Vorab-Information angesehen werden und der Annahme einer Kündigungserklärung entgegenstehen.

OLG Koblenz, Urteil vom 03.12.2021 - 3 U 2206/19; IBRRS 2024, 1238

BGH, Beschluss vom 13.03.2024 - VII ZR 896/21 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Ohne Vertrag keine Vergütung

Ein Bauvertrag kommt nach den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts durch Angebot und inhaltsgleiche Annahme zu Stande. Für einen Vertragsschluss durch schlüssiges Verhalten bedarf es einer vom Rechtsbindungswillen getragenen Willenserklärung als Annahme. Hierfür ist das Verhalten der betreffenden Partei unter Berücksichtigung der gesamten tatsächlichen Umstände auszulegen. Aus der bloßen Entgegennahme von Leistungen kann dabei aber noch nicht auf den Willen geschlossen werden, ein entsprechendes Angebot anzunehmen. Das Fehlen einer Vergütungsvereinbarung kann gegen einen Vertragsschluss sprechen, wenn es sich bei den Parteien um Unternehmen aus der Baubranche handelt und für das Bauvorhaben eine erhebliche Investitionssumme erforderlich ist.

OLG Oldenburg, Urteil vom 29.08.2023 - 2 U 27/23; IBRRS 2023, 1881

BGH, Beschluss vom 31.01.2024 - VII ZR 179/23 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Auch bei unwirksamer Abnahmeklausel endet die Haftung nach 15 Jahren

Eine Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Bauträgers, wonach die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch drei aus der Mitte der Erwerber zu wählende Vertreter erfolgt, verstößt gegen das AGB-rechtliche Transparenzgebot und ist unwirksam. Aufgrund der Unwirksamkeit der Abnahmeklausel wirken die Abnahmeerklärungen allenfalls für die drei Erwerber, die die Abnahme erklärt haben. Im Hinblick auf die übrigen Erwerber liegt keine wirksame Abnahmeerklärung vor. Der Grundsatz, dass es einem Bauträger als Verwender einer unwirksamen Abnahmeklausel verwehrt ist, sich gegenüber Mängelrechten der Erwerber darauf zu berufen, dass sich der Vertrag bezüglich des Gemeinschaftseigentums noch im Erfüllungsstadium befindet, gilt nicht grenzenlos. Er kann dann nicht durchgreifen, wenn er zu schlichtweg unerträglichen Ergebnissen führen würde und die Erwerber dadurch nicht unbillig benachteiligt würden. Es entspricht nicht mehr Treu und Glauben, wenn ein faktisch unverjährbares Recht geschaffen wird, das den Grundsätzen des BGB, wonach schuldrechtliche Ansprüche immer verjährbar sind, widerspricht. Die Haftung eines Bauträgers für Mängel endet spätestens 15 Jahre nach der Fälligkeit seiner Leistung.

OLG Stuttgart, Urteil vom 25.03.2024 - 10 U 13/23, IBRRS 2024, 1229

Haftung des Energieberaters bei rechtlicher Falschberatung

Ein Architekt, der bei energetischen Gebäudesanierungen seinen Auftraggeber nicht nur in technischer Hinsicht, sondern auch zum Erhalt von Fördermitteln berät, muss für Schäden einstehen, wenn er die Fördervoraussetzungen fehlerhaft einschätzt. Die beratende Tätigkeit eines Architekten zur Erlangung der (persönlichen) eigentumsmäßigen Voraussetzungen zur Erlangung der Förderfähigkeit ist eine unzulässige Rechtsdienstleistung. Der Architekt wie auch der Energieberater muss den Auftraggeber darauf hinweisen, dass ihm eine rechtsberatende Tätigkeit nicht erlaubt ist und sich der Auftraggeber insoweit an einen Rechtsanwalt zu wenden hat.

[LG Frankenthal, Urteil vom 25.01.2024 - 7 O 13/23](#)

Vorgehen bei Unklarheit, ob ein Mängelbeseitigungsanspruch oder ein Reparaturauftrag vorliegt

Ist ein Auftragnehmer nach der Abnahme im Rahmen der möglichen Gewährleistungsverpflichtung innerhalb der Nacherfüllungsfrist bei Aufforderung zur Mängelbeseitigung der Auffassung, dass kein Mängelbeseitigungsanspruch besteht, sondern auf Grund der geschilderten Verhältnisse und anderer Umstände vielmehr ein Reparaturauftrag vorliegt, scheidet aus seiner Sicht eine Inanspruchnahme aus Gewährleistungsverpflichtung also aus, ist Folgendes zu beachten:

Lehnt es der Auftragnehmer ab, überhaupt oder auch nur ggf. prüfend wegen der Mängelrüge tätig zu werden, läuft er Gefahr – falls sich herausstellt, dass doch ein Gewährleistungsfall vorliegt – dass aufgrund seiner Verweigerung, gerügte Mängel zu beseitigen, die Ersatzvornahme auf seine Kosten durch einen dritten Unternehmer (Auftragnehmer) durch-

geführt wird (§§ 634 Nr. 2, 637 BGB bzw. § 13 Abs. 5 Ziffer 2 VOB/B). Die Kosten der dann berechtigten Einschaltung eines dritten Auftragnehmers (Unternehmers) durch den Auftraggeber gehen zu Lasten des ursprünglichen Auftragnehmers (§§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 1 BGB; § 13 Abs. 5 Ziffer 2 VOB/B), denn der Auftraggeber kann die dadurch verursachten Aufwendungen im Wege des Aufwendungsersatzes vom eigentlichen Auftragnehmer zurückerstattet verlangen.

Es empfiehlt sich daher vorab eine Klarstellung, wonach bei Prüfung des geltend gemachten Mangels sämtliche vorgenommenen Arbeiten als Reparatur bezahlt werden, sofern sich herausstellt, dass die Mängelrüge unberechtigt war (Kostenvorbehalt).

[Reaktion auf Mängelbeseitigungsanspruch](#)

Achtung: Der hinsichtlich der Mängelbeseitigung in Anspruch genommene Auftragnehmer darf Maßnahmen zur Mängelbeseitigung nicht davon abhängig machen, dass der Auftraggeber eine Erklärung abgibt, wonach er die Kosten der Untersuchung und weiterer Maßnahmen für den Fall übernimmt, dass der Auftragnehmer nicht für den Mangel verantwortlich ist ([BGH vom 02.09.2010, Az.: VII ZR 110/09](#)). Der Auftragnehmer kann vor seiner Untersuchung der Mängelursachen vom Auftraggeber also nicht die Abgabe einer Willenserklärung dahingehend verlangen, dass dieser die Kosten für die Untersuchung und weitere Maßnahmen übernimmt, wenn der Auftragnehmer für den Mangel nicht verantwortlich ist.

Daher sollten die Überprüfung der Mangelursache sowie die Durchführung der Mängelbeseitigung seitens des Auftragnehmers nicht verweigert werden, weil der Auftraggeber schriftlich oder fernmündlich der Übernahme der Reparaturkosten für den Fall, dass der Auftragnehmer für den gerügten Mangel nicht verantwortlich ist, widerspricht. Es empfiehlt sich vielmehr die Geltendmachung eines Kostenvorbehalts gegenüber dem Auftraggeber vor Überprüfung des behaupteten Mangels. (Musterschreiben s.o.).

Stellt der Auftraggeber ein Mängelbeseitigungsverlangen, kann er grundsätzlich davon ausgehen, dass der Auftragnehmer die Mängelbeseitigung vergütungsfrei ausführen wird. Will der Auftragnehmer, sofern er seine Verantwortung für den Mangel und damit seine Mängelbeseitigungsverpflichtung in Abrede stellt, für die Mängelbeseitigung einen Werklohnanspruch erhalten, muss er dem Auftraggeber hinreichend deutlich machen, dass er - sofern sich die Mängelrüge als unberechtigt erweist - keine kostenlose Mängelbeseitigung erwarten kann, sondern eine angemessene Vergütung zu entrichten hat ([Urteil des OLG Celle vom 08.05.2002, Az.: 7 U 47/00](#)).

(Dirk Drangmeister, GF ITGA Niedersachsen, Sachsen-Anhalt, Bremen)

III. Vergaberecht

Dokumentation des Verfahrens über die Nachforderung von Unterlagen

Das Verfahren über die Nachforderung von Unterlagen ist, wie das gesamte Vergabeverfahren, zu dokumentieren. Verstöße gegen die Dokumentationspflicht kann ein Bieter als Rechtsverstöße rügen, wenn er durch sie benachteiligt wird. Eine unterlassene Dokumenta-

tion kann geheilt werden, es sei denn, die Gefahr einer Manipulation der nachgereichten Dokumentation kann nicht ausgeschlossen werden.

[OLG Schleswig, Beschluss vom 28.03.2024 - 54 Verg 2/23](#)

Eine Rahmenvereinbarung ist mit Schätz- und Höchstmenge auszuschreiben

Ausgehend vom Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz muss die Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung sowohl die Angabe der Schätzmenge und/oder des Schätzwerts als auch eine Höchstmenge und/oder einen Höchstwert sowie den Hinweis enthalten, dass die Rahmenvereinbarung ihre Wirkung verliert, wenn diese Menge oder dieser Wert erreicht ist.

[VK Westfalen, Beschluss vom 21.02.2024 - VK 3-42/23](#)

Vertrauenstatbestand durch positive Eignungsprüfung

In einem Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb prüft der öffentliche Auftraggeber die Eignung der am vorgeschalteten Wettbewerb teilnehmenden Unternehmen, bevor er sie zum Verhandlungsverfahren zulässt. Mit der positiven Eignungsprüfung wird ein Vertrauenstatbestand dahingehend geschaffen, dass der Auftraggeber die Eignung auf gleichbleibender tatsächlicher Grundlage später nicht nochmals abweichend beurteilt. Ein solcher Vertrauenstatbestand kann nur dann und insoweit begründet werden, wie der öffentliche Auftraggeber die Eignung des betreffenden Bewerbers abschließend geprüft hat, also z. B. nicht, wenn noch prüfungsrelevante Unterlagen oder Nachweise fehlen. Wird die Eignung des Bestbieters zu Unrecht bejaht, muss ein Mitbewerber diesen Vergaberechtsverstoß im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb ab der Begründung des Vertrauenstatbestands hinnehmen.

[VK Bund, Beschluss vom 31.01.2024 - VK 1-99/23](#)

Keine Aufhebung bei eigenen Aufhebungsgründen

Soweit eine Ausschreibung aufgehoben werden kann, wenn die Vergabeunterlagen grundlegend geändert werden müssen, kann dieser Aufhebungsgrund nur auf Tatsachen gestützt werden, die erst nach Versendung der Verdingungsunterlagen eingetreten oder dem Auftraggeber bekannt geworden sind, ohne dass eine vorherige Unkenntnis auf mangelhafter Vorbereitung beruht. Bei der Aufhebungsentscheidung ist die Heranziehung von Gründen, die dem Auftraggeber bekannt waren und/oder mit deren Vorliegen oder Eintritt er bei der Vergabeentscheidung rechnen musste, ausgeschlossen. Auch darf der öffentliche Auftraggeber den Aufhebungsgrund nicht selbst schuldhaft herbeigeführt haben.

[OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.08.2023 - Verg 3/23](#)

Nach Zuschlagserteilung ist ein Vergaberechtsverstoß im Unterschwellenbereich unbeachtlich

Ein öffentlicher Auftrag ist im sog. Oberschwellenbereich von Anfang an unwirksam, wenn dem öffentlichen Auftraggeber ein Vergabeverstoß gem. § 134 GWB oder § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB vorzuwerfen ist und dieser Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist, wobei die Geltendmachung in einem Nachprüfungsverfahren nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss erfolgen darf. Im Anwendungsbereich der Unterschwellenvergabeverordnung (UVgO) ist ein Verstoß gegen Vergaberechtsvorschriften nach der Erteilung des Auftrags hingegen unbeachtlich.

OLG Brandenburg, Urteil vom 21.03.2024 - 12 U 195/22, IBRRS 2024, 1334

IV. Zivilrecht

Keine Bindung an „unstreitiges“ Parteivorbringen bei Verdacht einer Abrede zur Schwarzarbeit

Ist ein Zivilgericht aufgrund von Indizien davon überzeugt, dass die Parteien eine sog. Ohne-Rechnung-Abrede getroffen haben, hat es die daraus folgende Nichtigkeit gem. § 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG auch dann von Amts wegen zu berücksichtigen, wenn die Parteien übereinstimmend vortragen, eine solche Abrede habe es nicht gegeben. Die Dispositionsmaxime des Zivilrechts findet in den Fällen ihre Grenze, in denen die Parteien gemeinsam vorsätzlich gegen das Verbot des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG verstoßen. Die Folgen können nicht durch übereinstimmenden wahrheitswidrigen Parteivortrag umgangen werden. Es ist den Parteien nicht möglich, die Folgen des Gesetzes mit Hilfe zivilprozessualer Vorschriften nachträglich zu umgehen, wenn ein Zivilgericht von den Tatsachen überzeugt ist, die einen Verstoß gegen das Verbot des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG begründen.

[OLG Hamm v. 6.3.2024 - 12 U 127/22](#)

V. Steuerrecht

Förderung und Abschluss energetischer Maßnahmen

Was als Abschluss der energetischen Maßnahme zu verstehen ist, hat der Gesetzgeber im EStG nicht definiert. Eine energetische Maßnahme ist erst dann i.S.v. § 35c Abs. 1 Satz 1 EStG abgeschlossen, wenn nicht nur die Leistung vollständig – nicht nur in Teilbereichen – erbracht ist, sondern der Steuerpflichtige auch eine Rechnung (Schlussrechnung, keine Rechnung über Teilleistungen) erhalten hat und der gesamte Rechnungsbetrag auf das Konto des Leistungserbringers einbezahlt worden ist.

Grundsätzlich finden Ausgaben im Steuerrecht erst in dem Kalenderjahr Berücksichtigung, in dem diese vom Steuerpflichtigen geleistet worden sind (§ 11 Abs. 2 Satz 1 EStG). Der

Steuerpflichtige soll nur solche Aufwendungen steuerlich geltend machen können, durch die er tatsächlich wirtschaftlich belastet ist.

FG München, Urteil vom 08.12.2023, 8 K 1534/23 (Revision zum BFH wurde zugelassen)

VI. Gesetzgebungsvorhaben

Die Textform im Nachweisgesetz kommt

Nach § 2 NachwG hat der Arbeitgeber die wesentlichen Vertragsbedingungen des Arbeitsverhältnisses (noch) schriftlich niederzulegen, die Niederschrift zu unterzeichnen und dem Arbeitnehmer auszuhändigen.

Es ist beabsichtigt, im Nachweisgesetz künftig den Nachweis der wesentlichen Vertragsbedingungen in Textform zuzulassen, sofern das Dokument für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zugänglich ist, gespeichert und ausgedruckt werden kann und der Arbeitgeber einen Übermittlungs- oder Empfangsnachweis erhält. Die Übermittlung des Nachweises in Textform genügt grds. den Anforderungen des NachweisG.

Diese Erleichterung wird auch für Änderungen wesentlicher Vertragsbedingungen gelten, die dem Arbeitnehmer gemäß § 3 NachwG spätestens an dem Tag mitzuteilen sind, nachdem sie wirksam werden. Verlangen Arbeitnehmer jedoch einen schriftlichen Nachweis muss der Arbeitgeber diesem Verlangen nachkommen und einen solchen zur Verfügung stellen.

Das Textformerfordernis ist nach § 126b Satz 1 BGB erfüllt, wenn eine lesbare Erklärung auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben wird, der die Person des Erklärenden erkennen lässt. Ein dauerhafter Datenträger ist dabei jedes Medium, das es dem Empfänger ermöglicht, eine auf dem Datenträger befindliche, an ihn persönlich gerichtete Erklärung so aufzubewahren oder zu speichern, dass sie ihm während eines für ihren Zweck angemessenen Zeitraums zugänglich und geeignet ist, die Erklärung unverändert wiederzugeben. Ausreichend wäre z.B. eine E-Mail.

Die Textform genügt nicht, sofern die Arbeitnehmer in einem Wirtschaftsbereich nach [§ 2a Abs. 1 SchwarzArbG](#) tätig sind, für solche Arbeitnehmer soll das Erfordernis der Schriftform gem. § 126 BGB bei der Nachweiserteilung erhalten bleiben.

Dies betrifft u. a. Arbeitnehmer im Baugewerbe, welches in der Auflistung der Wirtschaftsbereiche / Wirtschaftszweige des § 2 a Abs. 1 SchwarzArbG unter Punkt 1 genannt ist. Die in § 2a SchwarzArbG genannten Branchen entsprechen wiederum den in § 28a Abs. 4 SGB IV der Sofortmeldepflicht unterliegenden Branchen. Dort ist in der [Klassifikation der Wirtschaftszweige des Statistischen Bundesamtes](#) unter Punkt 4322 der Bereich Gas-, Wasser-, Heizungs-, sowie Lüftungs- und Klimainstallation ausdrücklich aufgeführt.

Durch die Änderung des Nachweisgesetzes werden die Anforderungen an die Form der Arbeitsverträge nicht abgesenkt.

Schriftform bei der Befristungsabrede:

Nach § 14 Abs. 4 TzBfG bedarf die Befristung eines Arbeitsvertrages der Schriftform. Die elektronische Form ist zwar nicht ausgeschlossen, in der Praxis aber wenig gebräuchlich. Dieses Schriftformerfordernis gilt grds. auch für Arbeitsverträge, die Altersgrenzenregelungen enthalten, denn hierbei handelt es sich nicht um unbefristete Arbeitsverträge (auch wenn sie teilweise so bezeichnet werden). Regelungen über die Beendigung von Arbeitsverhältnissen aufgrund von Altersgrenzen unterliegen der Befristungskontrolle (BAG v. 25.10.2017 – 7 AZR 632/15). Dies gilt ausnahmsweise dann nicht, wenn auf das Arbeitsverhältnis Tarifverträge Anwendung finden, die eine Altersbefristung vorsehen – unmittelbare Geltung des Tarifvertrages oder Bezugnahmeklausel betreffend den vollständigen Tarifvertrag nicht nur der tariflichen Regelaltersgrenze (BAG v. 23.7.2014 – 7 AZR 771/12).

Schriftform beim nachvertraglichen Wettbewerbsverbot

Durch die geplante Änderung im Nachweisgesetz wird auch das Schriftformerfordernis für das nachvertragliche Wettbewerbsverbot nicht abgeschafft. Eine Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die den Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses in seiner Tätigkeit beschränkt, bedarf nach § 74 Abs. 1 HGB der Schriftform unter Aushändigung einer vom Arbeitgeber unterzeichneten, die vereinbarten Bestimmungen enthaltenden Urkunde an den Arbeitnehmer.

Soweit gesetzliche Vorschriften oder kollektiv- oder individualrechtliche Vereinbarungen Schriftformerfordernisse enthalten, gelten diese ungeachtet der beabsichtigten Änderung des Nachweisgesetzes fort.

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.