

GTGA · Hinter Hoben 149 · 53129 Bonn

Verteiler:

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

Bonn, den 22. Juli 2024

Rechtliche Entwicklungen Juni 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 sowie Bauvertrags- und Vergaberecht 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

BAFA passt Verwaltungspraxis bei Widersprüchen an

Widersprüche zur Bundesförderung für effiziente Gebäude – Einzelmaßnahmen (BEG EM) dürfen beim Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) ab sofort nicht mehr durch die Bevollmächtigten eingereicht werden. Ausgenommen von dieser Änderung sind Bevollmächtigte mit rechtsanwaltlicher Zulassung oder der Erlaubnis Rechtsdienstleistungen zu erbringen. Hintergrund dieser Anpassung ist § 14 Abs. 5 VwVfG i. V. m. § 3 RDG. Hier von unberührt bleibt das Recht der antragstellenden Person, bei eigenen Förderanträgen den Widerspruch selbst einzulegen.

Werden die o. g. Kriterien bei einem Widerspruch zu einem BEG-EM-Vorgang des BAFA nicht eingehalten, wird die bevollmächtigte Person ab sofort förmlich durch Bescheid zurückgewiesen. Hierdurch erlischt gleichzeitig die Bevollmächtigung im jeweiligen Vorgang. Der Widerspruch selbst wird jedoch von der BAFA als eingereicht angesehen. Die Antragstellenden erhalten hierüber ein Informationsschreiben.

Bereits vom BAFA nach der bisherigen Verwaltungspraxis bearbeitete Widersprüche sind von der o. g. Änderung nicht betroffen.

I. Arbeits- Sozialversicherungs- und Tarifrecht

Vom Arbeitgeber gezahlte Inflationsausgleichsprämie ist pfändbares Arbeitseinkommen

Eine vom Arbeitgeber gezahlte Inflationsausgleichsprämie stellt Arbeitseinkommen dar und

kann in den Grenzen des § 850 c ZPO gepfändet werden. Der Pfändbarkeit der Prämie steht insbesondere keine Zweckbindung entgegen. Die bloße Zweckbestimmung, die Inflation abzumildern, genügt nicht.

[BGH Urteil vom 25.4.2024 - IX ZB 55/23](#)

Voraussetzungen für eine ordentliche betriebsbedingte Kündigung

Erschöpft sich die unternehmerische Entscheidung im Wesentlichen darin, Personal einzusparen, so ist sie vom Kündigungsentschluss selbst kaum zu unterscheiden. Da die Kündigung nach dem Gesetz an das Vorliegen von Gründen gebunden ist, die außerhalb ihrer selbst liegen, muss der Arbeitgeber in solchen Fällen seine Entscheidung hinsichtlich ihrer organisatorischen Durchführbarkeit und zeitlichen Nachhaltigkeit verdeutlichen. Der Arbeitgeber muss deshalb konkret erläutern, in welchem Umfang und aufgrund welcher Maßnahmen, die bisher vom gekündigten Arbeitnehmer ausgeübten Tätigkeiten für diesen zukünftig entfallen. Er muss die Auswirkungen seiner unternehmerischen Vorgaben und Planungen auf das erwartete Arbeitsvolumen anhand einer schlüssigen Prognose konkret darstellen und angeben, wie die anfallenden Arbeiten vom verbliebenen Personal ohne überobligationsmäßige Leistungen, d.h. im Rahmen ihrer vertraglich geschuldeten regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit, erledigt werden können.

[ArbG Erfurt, Urteil vom 23.04.2024 – 6 Ca 40/24](#)

Größere Filialen brauchen eigenen Arbeitsschutzausschuss

Filialunternehmen müssen in Filialen, in denen sie mehr als 20 Mitarbeiter beschäftigen, Arbeitsschutzausschüsse einrichten, auch wenn sie den Arbeitsschutz im Unternehmen zentralisiert haben.

Betrieb im Sinne von § 11 Satz 1 ASiG ist eine organisatorische Einheit, innerhalb derer der Arbeitgeber zusammen mit den von ihm beschäftigten Arbeitnehmern bestimmte arbeits-technische Zwecke fortgesetzt verfolgt. Dazu müssen die in der Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt und die menschliche Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert werden. Dies erfasst auch qualifizierte Betriebsteile im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG. Unter diesen Betriebsbegriff fallen auch Unternehmen mit einem zentralisierten Arbeitsschutz. Das Ziel der örtlich angepassten Fortentwicklung von Arbeitsschutzvorschriften unter Mitwirkung von Arbeitsschutzausschüssen gebietet die Bildung von Arbeitsschutzausschüssen auch auf Betriebsebene, weil es zur Erreichung des gesetzlichen Zieles der Aktivierung örtlichen Sachverständes bedarf.

[BVerwG, Urteil vom 01.02.2024 – 8 C 4/23](#)

Arbeitgeber muss Kriterien für ungleiche Bezahlung nachprüfbar darlegen

Besteht eine Differenz zwischen der Vergütung einer weiblichen Arbeitnehmerin verglichen mit dem Median ihrer männlichen Vergleichsgruppe, so ist dies ein Indiz für eine Verletzung des Grundsatzes der Entgeltgleichheit. Die Vermutung muss der Arbeitgeber im Sinne eines Vollbeweises widerlegen, indem er nachweist, dass ausschließlich andere Gründe als das Geschlecht zu einer ungünstigeren Behandlung der weiblichen Arbeitnehmerin geführt haben. Zulässige andere Gründe wären beispielsweise geschlechtsunabhängige Differenzierungen nach Berufserfahrung, Dienstalter oder Qualität der Arbeit. Damit eine wirksame Kontrolle der Einhaltung des Grundsatzes der Entgeltgleichheit möglich ist, müssen nicht nur die der Beurteilung zugrundeliegenden Kriterien benannt werden, nachzuweisen ist vielmehr, wie die Kriterien "Berufserfahrung", "Betriebszugehörigkeit" und "Arbeitsqualität" im Einzelnen bewertet und zueinander gewichtet wurden.

[LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 19.06.2024 –4 Sa 26/23](#)

Steuerfreie Zuschläge bei Bereitschaftsdiensten

Die Steuerfreiheit von Zuschlägen für Bereitschaftsdienste, die außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit erbracht und gesondert vergütet werden, bemisst sich nach dem Arbeitslohn für die regelmäßige Arbeitszeit und nicht nach dem Bereitschaftsdienstentgelt. Nicht erforderlich ist, dass der Arbeitnehmer für die zuschlagsbewehrte Tätigkeit neben den Erschwerniszuschlägen einen Anspruch auf Grundlohn hat.

[BFH-Urteil vom 11.4.2024, VI R 1/22](#)

Urlaubsabgeltung im laufenden Arbeitsverhältnis

Für den gesetzlichen Mindesturlaubsanspruch trifft das Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) die klare Regelung, dass nur Urlaub, der wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr genommen werden kann, abgegolten werden darf. Im laufenden Arbeitsverhältnis ist daher eine Abgeltung des gesetzlichen Mindesturlaubs unzulässig. Der Urlaubsanspruch nach §§ 1, 3 BUrlG ist gem. § 13 Abs. 1 S. 3 BUrlG unverzichtbar. Rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen während des Arbeitsverhältnisses, die den Urlaubsanspruch ausschließen oder beschränken, steht der Schutzzweck des Gesetzes entgegen. Das BUrlG dient dem Gesundheitsschutz. Eine entsprechende Vereinbarung ist auch dann unzulässig, wenn das bevorstehende Ende des Arbeitsverhältnisses mit dem Abschluss der einschränkenden Vereinbarung verbindlich feststeht.

[LAG Köln, Urteil vom 11.04.2024, Az. 7 Sa 516/23](#)

Praxistipp: Einem Wunsch nach Auszahlung von Urlaubstagen im laufenden Arbeitsverhältnis sollte nur hinsichtlich eines etwaigen vertraglichen Mehrurlaubs entsprochen werden. Der gesetzliche Mindesturlaub von 20 Tagen im Rahmen einer 5-Tage-Woche ist unantastbar. Lässt sich der Arbeitgeber auf eine weitergehende Auszahlung von Urlaubstagen ein, trägt er das Risiko, diese Urlaubstage doppelt zahlen zu müssen.

Cannabis und Arbeitsrecht

Das am 1.4.2024 in Kraft getretene Gesetz zum kontrollierten Umgang mit Cannabis und zur Änderung weiterer Vorschriften – Cannabisgesetz (CanG) – betrifft direkt nur die Änderung hinsichtlich der Strafbarkeit: Volljährigen ist an ihrem Wohnsitz oder an ihrem gewöhnlichen Aufenthaltsort der Besitz von 50 Gramm Cannabis, außerhalb dieser Örtlichkeit nur 25 Gramm Cannabis für den Eigenkonsum erlaubt.

Die Legalisierung dieser Droge ändert nichts daran, dass durch den Genuss von Cannabis die Arbeitsleistung und -fähigkeit negativ beeinflusst werden kann.

Zwar endet das Direktionsrecht des Arbeitgebers am „Werkstor“, d.h. was und in welchem Umfang der Arbeitnehmer in seiner Freizeit und außerhalb des Betriebsgeländes an (legalen) Drogen konsumiert, ist dessen Privatsache – soweit das Arbeitsverhältnis unbeeinträchtigt bleibt und die Arbeitsleistung vertragsgemäß erfüllt wird. Der Arbeitnehmer darf sich nicht in einen Zustand versetzen bzw. in einem Zustand zur Arbeit erscheinen, der die ordnungsgemäße Erfüllung der Erbringung der Arbeitsleistung stört. Ebenso darf ein vorangegangener Konsum eines Rauschmittels nicht dazu führen, dass er sich oder auch andere Beschäftigte gefährdet. (Die bislang ergangene Rechtsprechung zum Alkoholkonsum ist auf den Genuss von Cannabis im Wesentlichen übertragbar).

Der Abbau von Cannabis im Körper erfolgt nicht linear. Er ist messbar über einen Bluttest, ggf. durch eine Haarprobe. Solche Tests sind in Betrieben nur mit Zustimmung des Arbeitnehmers durchführbar, da sie eine Verletzung der körperlichen Unversehrtheit und des Persönlichkeitsrechts darstellen. Arbeitgeber sind darauf angewiesen, dass das Verhalten Anzeichen dafür liefert, die auf einen Drogenkonsum schließen lassen, wie z.B. auch der Geruch nach Cannabis am Arbeitsplatz. Bei Vorliegen eindeutiger Indizien obliegt es dem Arbeitnehmer, sich vom Vorwurf des Drogenkonsums zu entlasten.

Im Falle einer Störung der Arbeitsleistung durch den Drogenkonsum kann der Arbeitgeber je nach Einzelfall mit einer verhaltensbedingten Kündigung (ggf. nach vorangegangenen Abmahnungen) oder einer personenbedingten Kündigung reagieren. Entscheidend ist, ob der Arbeitnehmer seinen Konsum steuern konnte oder ob die Steuerungsfähigkeit dadurch gemindert bzw. ausgeschlossen war, dass er suchtmittelabhängig ist.

Arbeitgebern ist es erlaubt, ein generelles Drogenverbot im Betrieb aufzustellen. Sofern vorhanden, sind die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zu beachten, denn hierdurch wird das Verhalten des Arbeitnehmers im Betrieb im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG tangiert ebenso wie der Gesundheitsschutz nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG. Bestehende Betriebsvereinbarungen sollten dahingehend überprüft werden, ob diese auch den Konsum von Cannabis bereits erfassen oder ergänzt werden müssen. Betriebsvereinbarungen über

Rauchverbote reichen insoweit nicht, da Cannabis nicht nur durch Rauchen konsumiert werden kann.

II. Bauvertragsrecht

Wurde die VOB/B nicht vereinbart gibt es keinen Mindermengenausgleich

Enthält ein Bau- oder Werkvertrag keine Regelung zu Mengenerhöhungen oder -minderungen, bleibt der vereinbarte (Einheits-)Preis auch bei Mengenerweichungen von über 10% grundsätzlich unverändert. Sind die zu erwartenden Mengen Teil der Kalkulation des vereinbarten Einheitspreises, gehört die Vorstellung der Parteien über den Anfall bestimmter Mengen zur Geschäftsgrundlage des Vertrages. Eine Vertragsanpassung nach den Grundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage setzt u. a. voraus, dass der Vertrag nicht oder nicht mit demselben Inhalt geschlossen worden wäre, wenn die betroffene Partei Kenntnis von den Mehr- oder Mindermengen gehabt hätte und deren Hinnahme unzumutbar ist.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 29.04.2024 - 23 U 86/23, IBRRS 2024, 1738

Entschädigung bei Arbeitseinstellung nach Stundenverrechnungssätzen

Stellt der Auftragnehmer seine Leistung aufgrund eines Zahlungsverzugs des Auftraggebers berechtigterweise ein, kann er die Stillstandskosten, die ihm dadurch entstehen, dass er seine Mitarbeiter nicht produktiv einsetzen kann, auf der Grundlage seiner Stundenverrechnungssätze abzüglich des kalkulierten Gewinns berechnen. Macht der Auftragnehmer eine Entschädigung nach § 642 BGB geltend, ist die Vorlage einer bauablaufbezogenen Darstellung des Stillstands nur dann erforderlich, wenn die Behinderung auf andere Weise nicht nachvollzogen werden kann.

LG Berlin, Urteil vom 07.09.2023 - 12 O 225/20, IBRRS 2024, 1805

Abrechnung über den Mängelbeseitigungsvorschuss

Hat der Auftraggeber einen Kostenvorschuss erhalten, ist er nach erledigter Mängelbeseitigung rechenschaftspflichtig. Er hat zum Umfang des Kostenerstattungsanspruchs in der Weise vorzutragen, in der er vorzutragen hätte, wenn er den Kostenvorschuss nicht erhalten hätte und er auf die Geltendmachung des Kostenerstattungsanspruchs angewiesen wäre.

OLG Brandenburg, Urteil vom 29.05.2024 - 11 U 74/18, IBRRS 2024, 1881

Kostenvorschuss in der Leistungskette

In der werkvertraglichen Leistungskette kann der Hauptunternehmer gegenüber dem Nachunternehmer gem. § 634 Nr. 4 BGB i.V.m. § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB den Schaden ersetzt verlangen, der ihm dadurch entsteht, dass er wegen der mangelhaften Werkleistung des Nachunternehmers seinerseits Mängelansprüchen seines Bestellers ausgesetzt ist. Hat der Hauptunternehmer in diesem Fall einen vom Besteller geltend gemachten Anspruch auf Kostenvorschuss gem. § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 3 BGB durch Zahlung erfüllt, kann er im Wege des Schadensersatzes gem. § 634 Nr. 4 BGB i.V.m. § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB vom Nachunternehmer Zahlung in Höhe des geleisteten Kostenvorschusses verlangen.

Der Umstand, dass der vom Hauptunternehmer ersetzt verlangte Schaden darin liegt, dass er mit dem Kostenvorschuss noch keine endgültige, sondern eine zweckgebundene Zahlung an seinen Besteller geleistet hat, über deren Verwendung nach Mängelbeseitigung abzurechnen ist, ist im Wege der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen und kann zu einer Begrenzung des Umfangs seines Schadensersatzanspruchs gegen den Nachunternehmer führen.

Ob und in welcher Weise die Vorteilsausgleichung zu erfolgen hat, richtet sich danach, ob der Besteller dem Hauptunternehmer bereits eine Abrechnung über die Verwendung des Kostenvorschusses erteilt hat.

Hat der Besteller dem Hauptunternehmer noch keine Abrechnung erteilt, kann der Nachunternehmer im Wege des Zurückbehaltungsrechts (§ 273 BGB) durchsetzen, dass der Schadensersatz an den Hauptunternehmer in entsprechender Anwendung des § 255 BGB nur Zug um Zug gegen Abtretung der aus der Vorschusszahlung folgenden Ansprüche des Hauptunternehmers gegen den Besteller auf Abrechnung sowie gegebenenfalls Rückzahlung zu leisten ist.

Hat der Besteller dem Hauptunternehmer bereits eine inhaltlich zutreffende Abrechnung erteilt und ist der Vorschussbetrag danach vollständig zur Mängelbeseitigung verbraucht worden, kommt eine Vorteilsausgleichung im Verhältnis des Hauptunternehmers zum Nachunternehmer nicht (mehr) in Betracht. Besteht nach erteilter Abrechnung ein noch nicht erfüllter Rückzahlungsanspruch des Hauptunternehmers gegen den Besteller, kann der Nachunternehmer im Wege des Zurückbehaltungsrechts durchsetzen, dass der Schadensersatz an den Hauptunternehmer in entsprechender Anwendung des § 255 BGB nur Zug um Zug gegen Abtretung dieses Anspruchs zu leisten ist. Ist es bereits zu einer vollständigen oder teilweisen Rückzahlung an den Hauptunternehmer gekommen, ist der zurückgezahlte Betrag auf den vom Nachunternehmer in Geld zu leistenden Schadensersatz anzurechnen und führt zu dessen Verringerung.

Den Hauptunternehmer trifft in diesem Fall eine sekundäre Darlegungslast für die anspruchsmindernden Vorteile, die sich daraus ergeben, dass er an seinen Besteller einen Kostenvorschuss wegen der mangelhaften Werkleistung seines Nachunternehmers geleistet hat. Ihm obliegt es deshalb insbesondere darzulegen, ob der Besteller bereits eine Abrechnung über die Verwendung des Kostenvorschusses erteilt hat, und gegebenenfalls nähere Angaben zum Inhalt und Ergebnis der Abrechnung zu machen.

[BGH, Urteil vom 09.11.2023 - VII ZR 92/20](#)

Ohne Fristsetzung kein Schadensersatz

Ein Anspruch auf Schadensersatz besteht grundsätzlich nur dann, wenn der Auftraggeber dem Auftragnehmer erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. Das gilt sowohl vor als auch nach der Abnahme oder bei Entbehrlichkeit der Abnahme wegen eines bestehenden Abrechnungsverhältnisses.

Der Auftraggeber kann als Schadensersatz entweder eine aufgrund des Mangels eingetretene Wertminderung des gesamten Objekts geltend machen oder einen Vorschuss auf die voraussichtlich anfallenden Mangelbeseitigungskosten, über den nach erfolgter Mangelbeseitigung abzurechnen ist.

OLG Nürnberg, Beschluss vom 08.03.2023 - 2 U 929/21; IBRRS 2024, 1665

BGH, Beschluss vom 14.02.2024 - VII ZR 84/23 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Mitverschuldenseinwand ausgeschlossen, wenn die Leistung planlos ausgeführt wurde

Fehlt die erforderliche Sockelabdichtung eines Wärmedämmverbundsystems, ist die Leistung des Auftragnehmers mangelhaft. Werden Teilbereiche vertragswidrig überhaupt nicht geplant und ist der Mangel auf die unterlassene Planung zurückzuführen, kommt eine Mitverantwortung des Auftraggebers wegen eines Planungsverschuldens in Betracht. Voraussetzung für die Anrechnung eines Mitverschuldens ist aber, dass die Planungsverantwortung beim Auftraggeber verblieben ist und nicht ganz bzw. teilweise auf den Auftragnehmer delegiert wurde. Übernimmt der Auftragnehmer Werkleistungen in Kenntnis des Umstands, dass der Auftraggeber keine oder nur eine unzureichende Planung zur Verfügung stellt, kann er sich grundsätzlich nicht auf ein Mitverschulden des Auftraggebers berufen

[OLG Köln, Urteil vom 12.08.2021 - 7 U 144/20:](#)

BGH, Beschluss vom 14.02.2024 - VII ZR 831/21 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Auch beim Pauschalpreisvertrag ist nur geschuldet, was beschrieben ist

Wird als Vergütung der Leistung ein Pauschalpreis vereinbart, sind zum Pauschalpreis nur diejenigen Leistungen zu erbringen, die zur Herstellung eines mangelfreien Werks in dem geschuldeten Umfang erforderlich sind. Die Ausführung von Leistungen, die in einem zum Vertragsinhalt gewordenen Leistungsverzeichnis bewusst nicht vorgesehen sind, kann vom Auftraggeber nur gegen zusätzliche Vergütung verlangt werden. Es ist davon auszugehen, dass für eine mangelfreie Errichtung des Bauwerks notwendige Leistungen regelmäßig dem Interesse und mutmaßlichen Willen des Auftraggebers entsprechen.

Auftragslos erbrachte Leistungen werden vom Auftraggeber nicht dadurch anerkannt, dass sein Architekt die Schlussrechnung geprüft hat und sich ein Betrag zu Gunsten des Auftragnehmers ergibt. Enthält die geprüfte Schlussrechnung Kürzungen in einzelnen Positionen, bedeutet dies nicht, dass die anderen Positionen voll und die gekürzten Positionen in nicht gekürztem Umfang anerkannt sind.

[OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.10.2022 - 23 U 79/21;](#)

BGH, Beschluss vom 22.11.2023 - VII ZR 213/22 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Richterliche Schadensschätzung statt Sachverständigengutachten

Das Gericht verletzt das rechtliche Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG, wenn es aufgrund der Inanspruchnahme eigener Sachkunde zur Schadensschätzung den angebotenen Sachverständigenbeweis nicht erhebt.

[BGH, Beschluss vom 26.03.2024 – VIII ZR 89/23](#)

Gebaut wie bestellt und dennoch mangelhaft

Der (Bau-)Unternehmer hat ein funktionstaugliches (Bau-)Werk zu errichten. Er hat nicht nur eine möglicherweise fehlerhafte Leistungsbeschreibung umzusetzen, sondern schuldet einen funktionalen Bauerfolg. Ein (Bau-)Unternehmer sichert üblicherweise bei Vertragsabschluss (stillschweigend) einen Standard zu, der jedenfalls den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht. Widersprechen die "geschriebenen" Vertragsbestandteile den allgemein anerkannten Regeln der Technik, ist der Unternehmer gleichwohl dazu verpflichtet, ein mangelfreies (Bau-)Werk herzustellen.

[OLG Celle, Urteil vom 06.03.2024 – 14 U 81/23](#), IBRRS 2024, 0978

Praxishinweis: Der funktionale Mangelbegriff des BGH widerspricht streng genommen dem Wortlaut von § 633 Abs. 2 BGB, denn anders, als sich das Gesetz liest, wird die Funktionstauglichkeit nicht nur geschuldet, soweit keine Beschaffenheit vereinbart wurde. Die drei

Mangelkriterien - vereinbarte Beschaffenheit, allgemein anerkannte Regeln der Technik und Funktionstauglichkeit - stehen vielmehr kumulativ nebeneinander.

Eine Behinderungsmitteilung ist keine Änderungsanordnung

Teilt der Auftraggeber dem Auftragnehmer auf einer Baubesprechung mit, dass sich der Beginn seiner Arbeiten infolge einer Behinderung durch einen Vorunternehmer verschieben wird, so kann allein darin weder eine Anordnung § 2 Nr. 5 VOB/B (2002) noch ein Angebot zur Änderung der vertraglichen Vereinbarungen zur Bauzeit gesehen werden.

Nach § 2 Abs. 5 VOB/B ist, wenn durch eine Änderung des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert werden, ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren. Die Vereinbarung soll vor der Ausführung getroffen werden. Grundsätzlich kann auch eine bauzeitändernde Anordnung Ansprüche nach § 2 Abs. 5 VOB/B auslösen. Das bedeutet aber nicht, dass jede "Behinderung" durch einen Dritten, die der AG dem AN "mitteilt", eine Anordnung darstellt und die Rechtsfolgen nach § 2 Abs. 5 VOB/B auslöst. Allein dadurch, dass der AG dem AN hindernde Umstände mitteilt (etwa: keine Möglichkeit der Arbeitsaufnahme, weil ein Vorgewerk noch nicht fertig gestellt ist), trifft er weder eine Anordnung noch bietet er (konkulent) eine Änderung der vertraglichen Vereinbarungen zur Bauzeit an.

Behält sich der Auftragnehmer im Rahmen der Vereinbarung eines Nachtrags einen bauzeitbezogenen Mehrkostenanspruch nicht ausdrücklich vor, kann in der Regel davon ausgegangen werden, dass das Nachtragsangebot sämtliche Mehrleistungen umfasst und damit zusätzliche, bauzeitbezogene Kosten durch einen späteren Nachtrag nicht mehr nachgeschoben werden können.

Praxishinweis: Fehlende oder verzögerte Mitwirkungshandlungen, wie die nicht vollständige oder nicht fristgerechte Übergabe von (mangelfreien) Plänen bzw. ihre nicht fristgerechte Freigabe, sind keine Anordnungen i.S.v. § 2 Abs. 5 VOB/B. Gleiches gilt für die nicht rechtzeitige Zurverfügungstellung eines baureifen Grundstücks. Dem Auftragnehmer bleibt dann nur der Weg über §§ 6 Abs. 6 VOB/B, § 642 und § 304 BGB.

Ein Anspruch auf Mehrvergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B kann auch aus mittelbaren bauzeitlichen Auswirkungen, wie etwa einem Gerätestillstand, von - unmittelbar Änderungen des Bauentwurfs betreffenden - Anordnungen gem. § 1 Abs. 3 VOB/B resultieren. Entsprechendes gilt für einen Anspruch auf zusätzliche Vergütung nach § 1 Abs. 4 i.V.m. § 2 Abs. 6 VOB/B

[OLG Köln, Urteil vom 21.12.2023 – 7 U 68/22](#)

Persönliche Haftung des Auftragnehmers bei Restschuldbefreiung

Im Abschluss eines Werk- oder Bauvertrags liegt keine konkludente Erklärung des Auftragnehmers, er sei solvent und nicht zahlungsunfähig, denn der Unternehmer hat einen Werk- oder Bauvertrag zu erfüllen und keine Zahlung zu leisten. Thematisiert der Besteller die mit dem Abschluss eines Werk- oder Bauvertrags verbundenen wirtschaftlichen Risiken bei Vertragsschluss nicht und stellt er auch keine Erkundigungen zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmers an, kann er nicht erwarten, dass dieser eine konkludente Erklärung zu seinen wirtschaftlichen Verhältnissen abgibt.

Kündigt der Besteller den Werk- oder Bauvertrag wirksam aus wichtigem Grund, kann er vom Unternehmer die Erstattung der Mehrkosten der Fertigstellung beanspruchen. Zur Darlegung der Mehrkosten muss er gegenüberstellen, in welcher Höhe dem Unternehmer für die infolge der Kündigung weggefallene Teilleistung ein Vergütungsanspruch zugestanden hätte und welche Vergütung er dem Drittunternehmer gezahlt hat, der anstelle des Unternehmers beauftragt wurde.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.02.2024 – 22 U 212/23, IBRRS 2024, 0832

Erstattungsfähigkeit von Kosten, die zur Ermittlung einer Mehrvergütung aufgewendet werden

Kosten, welche zur Ermittlung der Vergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B aufgewendet werden, können nicht selbst Gegenstand dieser Vergütung sein. Insbesondere handelt es sich nicht allein deswegen um Mehrkosten im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B, weil sie vom Auftragnehmer zunächst nicht einkalkuliert worden sind und auch nicht werden konnten. Zu den Mehr- und Minderkosten im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B gehören mithin nicht die Kosten, die erforderlich sind, um im Falle einer fehlenden Vereinbarung der Parteien die geschuldete Vergütung erst zu ermitteln oder darzulegen.

Nach § 2 Abs. 9 Nr. 1 VOB/B hat der Auftraggeber Zeichnungen, Berechnungen oder andere Unterlagen, die der Auftragnehmer nach dem Vertrag, besonders den technischen Vertragsbedingungen oder der gewerblichen Verkehrssitte, nicht zu beschaffen hat, zu vergüten, wenn er sie vom Auftragnehmer verlangt. Ein derartiges Verlangen des Auftraggebers liegt jedoch nicht allein in der Änderung des Bauentwurfs.

Die Kosten für die Erstellung eines Nachtrages sind also nicht vom Auftraggeber zu erstatten, jedenfalls soweit es sich um übliche Aufwendungen im Rahmen der Erstellung eines Nachtragsangebotes handelt.

BGH [Urteil vom 22.10.2020, VII ZR 10/17](#)

Etwas anderes gilt wohl, sofern sich die Erstellung eines Nachtrages nicht in einer bloßen Kostenermittlung des Auftragnehmers erschöpft, sondern darüber hinaus eine Ausführungsplanung hinsichtlich der gewünschten Änderung des Auftraggebers erforderlich ist.

Für den BGB-Bauvertrag wird in § 650 b Abs. 1 Satz 4 BGB ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Unternehmer zur Erstellung eines Angebotes über die Mehr- oder Mindervergütung verpflichtet ist, wenn der Besteller die für die Änderung erforderliche Planung vorgenommen und dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat, sofern der Besteller die Verantwortung für die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage trägt. Voraussetzung für die Pflicht des Unternehmers, das (Nachtrags-) Angebot vorzulegen, ist mithin, dass der Besteller dem Auftragnehmer zunächst die entsprechende Planung (Änderungsplanung) vorlegt.

Entsprechend dem Grundsatz „*wer einmal plant, plant immer*“ hat diejenige Vertragspartei, welche die Planung als Grundlage des Ursprungsangebotes zu erstellen hat, auch die Planung für die geänderte oder zusätzliche Leistung auszuführen.

Bei einem VOB/B Vertrag ergibt sich in diesem Zusammenhang eine Vergütungspflicht aus § 2 Abs. 9 VOB/B. Sofern die Erstellung eines Nachtrags beispielsweise die Erstellung von Zeichnungen oder Berechnungen oder anderer Unterlagen erfordert, welche der Auftragnehmer nicht schuldet, ist eine Vergütungspflicht auch hinsichtlich der Erstellung eines Nachtrages begründet. Allerdings setzt der Vergütungsanspruch ein Verlangen des Auftraggebers nach der Beschaffung oder Anfertigung derartiger Ausführungsunterlagen für die Erstellung eines Nachtrages voraus, d.h. es muss ein hierauf bezogener besonderer Auftrag des Auftraggebers vorliegen.

Fazit: Erfordert die Erstellung eines Nachtrages die vorherige Anfertigung von Ausführungsunterlagen bzw. planerische Leistungen, muss der Auftragnehmer den Auftraggeber beweisbar (vor der Erstellung des Nachtragsangebotes) auf diesen Umstand hinweisen. Im Sinne einer Behinderungsanzeige müsste der Auftraggeber vor der Erstellung des Nachtragsangebotes zunächst aufgefordert werden, bis zu einem bestimmten Datum die Änderungsplanung für die Erstellung des Nachtragsangebotes zur Verfügung zu stellen. Sollte der Auftraggeber diesem Verlangen nicht nachkommen, müsste mit dem Auftraggeber sodann beweisbar vereinbart werden, dass dem Auftragnehmer eine bestimmte Vergütung für die Erstellung der Änderungsplanung seitens des Auftraggebers erstattet wird. Es sollte hierbei ausdrücklich eine Vereinbarung hinsichtlich der Vergütung für die Erstellung der Änderungsplanung mit dem Auftraggeber getroffen werden.

Dirk Drangmeister, Geschäftsführer ITGA Niedersachsen, Sachsen-Anhalt und Bremen e. V.

III. Vergaberecht

Verletzung von Vertragspflichten kann schwere berufliche Verfehlung darstellen

Auch die Verletzung vertraglicher Verpflichtungen kann eine schwere berufliche Verfehlung nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB darstellen, wenn sie eine solche Intensität und Schwere aufweist, dass der öffentliche Auftraggeber berechtigterweise an der Integrität des Unternehmens zweifeln darf. Ob im Zeitpunkt des Ausschlusses nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB nachweislich eine schwere berufliche Verfehlung vorlag, ist durch die Nachprüfungsinstanzen voll überprüfbar. Insoweit steht dem Auftraggeber kein Beurteilungsspielraum zu. (anders als bei der Prüfung mit prognostischem Charakter, ob die festgestellte schwere Verfehlung die Integrität des Bieters in Frage stellt und eine positive Vertragserfüllung zu erwarten ist). Zu überprüfen ist dabei, ob im Rahmen der auch dem Auftraggeber zumutbaren Aufklärung unter Berücksichtigung objektiver Anhaltspunkte wie schriftlich fixierter Zeugenaussagen, sonstiger Aufzeichnungen, Belege, Schriftstücke oder Ähnlichem von einer nachweisbar schweren Verfehlung auszugehen ist. Regelmäßig sind aber weder der Auftraggeber noch die Nachprüfungsinstanzen verpflichtet, zur Abklärung, ob eine schwere Verfehlung nachweisbar ist, umfassende Beweisaufnahmen durch Zeugenvernehmungen oder Erholung von Sachverständigengutachten durchzuführen.

[BayObLG, Beschluss vom 29.05.2024 - Verg 16/23](#)

Öffentlicher Auftraggeber muss Wissensvorsprung eines vorbefassten Bieters ausgleichen

Hat ein Bieter oder Bewerber den öffentlichen Auftraggeber vor der Einleitung des Vergabeverfahrens beraten oder unterstützt, hat der Auftraggeber sicherzustellen, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme des Bieters nicht verfälscht wird. Es liegt im pflichtgemäßen Ermessen des öffentlichen Auftraggebers, welche Maßnahmen er zur Herstellung eines fairen Wettbewerbs ergreift. Er hat unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls zu bewerten, ob bei einer Beteiligung des Projektanten der Grundsatz des fairen Wettbewerbs gewahrt wird. Der Ausschluss eines vorbefassten Unternehmens ist nur das letzte Mittel. Auftraggeber müssen prüfen, welche weniger einschneidenden Maßnahmen möglich sind.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.05.2024 – Verg, 33/23, IBRRS 2024, 1758;

Ausschluss wegen nachgeforderter, unvollständiger Aufgliederung von Nachunternehmer-Preisen

Der öffentliche Auftraggeber kann sich die Anforderung des Formblatts 223 (Aufgliederung der Einheitspreise) nach Angebotsabgabe vorbehalten. Die Aufgliederung der Einheitspreise

betrifft auch solche Leistungen, für deren Ausführung Nachunternehmer vorgesehen sind. Dies ist nicht unverhältnismäßig. Wird das Formblatt 223 nur teilweise ausgefüllt, fehlen die geforderten Angaben bzw. Erklärungen. Eine Nachforderung der unterbliebenen Angaben kommt in diesem Fall nicht in Betracht, denn die Möglichkeit der Nachforderung besteht nur in Bezug auf Unterlagen, die bereits mit dem Angebot einzureichen sind.

[2. Vergabekammer des Bundes. VK2 – 78/23](#)

Praxishinweis: Bieter haben geforderte Informationen, deren Anforderung sich der Auftraggeber explizit vorbehalten hat, vollständig und lückenlos vorzulegen. Fehlt etwas, gibt es keine zweite Chance; die Nachforderung ist in diesem Fall explizit verboten (§ 16a EU Abs. 1 Satz 2 VOB/A). Im Rahmen der schematischen Angabe in einer Tabelle, können die einzelnen Tabellenfelder für sich genommen Einzelerklärungen darstellen, deren Fehlen regelmäßig einen zwingenden Ausschluss nach § 16 EU Nr. 4 S. 1 VOB/A nach sich zieht.

Noch Bieterfrage oder schon Rüge

Eine reine Bieterfrage, wie etwa eine Verständnisfrage, stellt keine Rüge dar. Eine Rügenotwendigkeit wird im Regelfall erst ausgelöst durch die Antwort des Auftraggebers auf die Frage. Abzustellen ist jedoch stets auf die konkreten Umstände des Einzelfalls. Hat der Bieter die Vorgaben der Ausschreibung vollständig verstanden, akzeptiert er diese Vorgaben aber inhaltlich nicht und weist in Gestalt einer Frage auf die seines Erachtens damit verbundenen Probleme hin, verlangt er ganz konkret eine Abänderung, so dass eine Rüge vorliegt. Eine Rüge in Gestalt einer Bieterfrage setzt die Frist nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB in Gang.

VK Bund, Beschluss vom 08.05.2024 - VK 2-35/24, IBRRS 2024, 1932

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.