

GTGA · Hinter Hoben 149 · 53129 Bonn

Verteiler:

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

Bonn, den 16. September 2024

Rechtliche Entwicklungen August 2024

Sehr geehrte Damen und Herren,

wie gewohnt möchten wir Ihnen mit diesem Rundschreiben in knapper Form einen Überblick über aktuelle rechtliche Entwicklungen insbesondere aus den Bereichen des Arbeits-, Sozialversicherungs- und Tarifrechts und des Bau- und Vergaberechts sowie Informationen 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

Nachhaltigkeit als Kreditvoraussetzung

Die EU-Richtlinie zur Nachhaltigkeitsberichterstattung (*Corporate Sustainability Reporting Directive*, CSRD) verpflichtet Unternehmen von öffentlichem Interesse über ihre Nachhaltigkeitsaktivitäten zu berichten. Laut einer KfW-Unternehmensbefragung spielen Nachhaltigkeitskennzahlen in Kreditgesprächen eine zunehmend wichtigere Rolle: demnach gaben rund 27 % derjenigen Unternehmen, die in den vergangenen zwölf Monaten Kreditverhandlungen geführt haben, an, dass die Geldinstitute das Thema „Nachhaltigkeit“ adressiert haben, Tendenz steigend (im Jahr 2022 waren es nur 18 %). Besonders häufig fragten die Banken und Sparkassen in den Kreditverhandlungen nach Informationen über die Treibhausgasemissionen der Unternehmen sowie über deren Energie- und Stromverbrauch.

[KfW Unternehmensbefragung](#)

I. Arbeits- Sozialversicherungs- und Tarifrecht

Verzugslohn nach Kündigung

Im Falle einer einseitigen Freistellung in der Kündigungsfrist nach einer arbeitgeberseitigen Kündigung unterlässt es der Arbeitnehmer innerhalb der Kündigungsfrist nicht böswillig, anderweitigen Verdienst zu erzielen, wenn er mit Bewerbungen auf vom Arbeitgeber mitgeteilte offene Stellen zuwartet bis zu einem zeitnah anberaumten Kammertermin über die Kündigungsschutzklage. Die Eingehung von Dauerarbeitsverhältnissen während des Annahmeverzuges des Arbeitgebers ist dem Arbeitnehmer im Allgemeinen, mit Rücksicht auf

den Fortbestand des vom Annahmeverzug betroffenen Arbeitsverhältnisses, in der Regel nicht zumutbar, jedenfalls dann, wenn ihm dadurch die Möglichkeit der alsbaldigen Rückkehr in die vertragsgemäße Position genommen oder erschwert werden würde.

LAG Baden-Württemberg, Urt. vom 3.5.2024 – 9 Sa 4/24

Beweis des ersten Anscheins für den Zugang eines Einwurf-Einschreibens

Es besteht ein Beweis des ersten Anscheins, dass Bedienstete der Deutschen Post AG Briefe zu den postüblichen Zeiten zustellen. Maßgeblich dafür ist der Umstand, dass sich die übliche Postzustellungszeit aus der Arbeitszeit der Postbediensteten ergibt und die Zustellung durch einen solchen Bediensteten erfolgt.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG (vgl. BAG vom 22.08.2019 – 2 AZR 111/19) und des BGH (vgl. BGH vom 06.10.2022 – VII ZR 895/21) geht eine verkörperte Willenserklärung unter Abwesenden i.S.v. § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB zu, sobald sie in verkehrsüblicher Weise in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Empfängers gelangt ist und für diesen unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit besteht, von ihr Kenntnis zu nehmen. Wurde ein Schreiben von einem Bediensteten der Deutschen Post AG in den Hausbriefkasten gelegt, besteht ein Beweis des ersten Anscheins, dass es am Zustelltag zu den üblichen Postzustellzeiten, d.h. der Arbeitszeit des Postbediensteten, in den Hausbriefkasten des Empfängers gelegt wird.

Die Grundsätze des Anscheinsbeweises begründen weder eine zwingende Beweisregel noch eine Beweisvermutung und auch keine Beweislastumkehr. Ein Anscheinsbeweis wird bereits dadurch erschüttert, dass atypische Umstände darlegt und im Fall des Bestreitens Tatsachen nachgewiesen werden, die die ernsthafte, ebenfalls in Betracht kommende Möglichkeit eines abweichenden Geschehensablaufs nahelegen.

BAG v. 20.6.2024 - 2 AZR 213/23

Praxishinweis: Die Hürde für die Annahme eines Anscheinsbeweises ist sehr niedrig. Es ist unerheblich, zu welchen Uhrzeiten die übliche Postzustellung erfolgt. Es wird davon ausgegangen, dass zu den „üblichen Zeiten“ zugestellt und der Briefkasten unmittelbar nach diesen üblichen Zustellzeiten geleert wird. Für den Beweis des ersten Anscheins muss nur die Ein- und Auslieferung des Schreibens bewiesen werden.

Sind Umkleide- und Duschzeiten als Arbeitszeiten zu werten?

Körperreinigungszeiten gehören zur vergütungspflichtigen Arbeitszeit, wenn sich der Arbeitnehmer bei seiner geschuldeten Arbeitsleistung so sehr verschmutzt, dass ihm ein Anlegen der Privatkleidung, das Verlassen des Betriebs und der Weg nach Hause ohne eine vorherige Reinigung des Körpers im Betrieb nicht zugemutet werden kann.

BAG, Urteil vom 23.04.2024 - 5 AZR 212/23

Erschütterung des Beweiswertes einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

Eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung muss der Arbeitgeber durch von ihm darzulegende und ggf. zu beweisende Umstände in ihrem Beweiswert erschüttern. Ansonsten widerlegt sie das behauptete Fehlen einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit. Erklärt sich der Arbeitnehmer allerdings nicht zu den konkreten gesundheitlichen Beeinträchtigungen und deren Auswirkungen auf seine Arbeitsfähigkeit, so gilt die Behauptung des Arbeitgebers, der Arbeitnehmer sei nicht infolge Krankheit arbeitsunfähig gewesen, und damit die Rechtsgrundlosigkeit der Entgeltfortzahlung als zugestanden.

LAG Berlin-Brandenburg v. 5.7.2024 - 12 Sa 1266/23

II. Bauvertragsrecht

Verjährungsfrist beim Kauf von serienmäßig hergestellten TGA-Komponenten: 2 oder 5 Jahre?

Die Verjährungsfrist für kaufrechtliche Mängelansprüche beträgt bei einer Sache, die entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise für ein Bauwerk verwendet worden ist und dessen Mangelhaftigkeit verursacht hat, fünf Jahre (§ 438 Abs. 1 Nr. 2 b BGB).

§ 438 Abs. 1 BGB stellt eine Rangfolge von Verjährungsfristen auf, wonach die 2-jährige Verjährungsfrist nach Nr. 3 BGB nur „im Übrigen“ gilt, also nur dann, wenn kein vorrangiger Verjährungsablauf gilt (BGH, Urteil vom 24.02.2016, VIII ZR 38/15). Der Verkäufer muss darlegen und beweisen, dass § 438 Abs. 1 Nummer 2 b BGB mit der fünfjährigen Verjährungsfrist keine Anwendung findet.

Anwendung des § 438 Abs.1 Nummer 2 b BGB auf serienmäßig hergestellte TGA-Komponenten:

Jüngst wurde bei einem Vertrag über die Lieferung und Inbetriebnahme eines serienmäßig hergestellten Blockheizkraftwerks (BHKW) lediglich eine zweijährige Verjährungsfrist für die Nacherfüllungsansprüche des Käufers angenommen (OLG Jena, Urteil vom 18.01.2022, 1 U 763/21).

Begründet wurde dies damit, dass das BHKW, abgesehen von den für den Anschluss erforderlichen Elementen, nicht aus Einzelteilen zusammengesetzt, sondern als Ganzes geliefert wurde. Zur Anwendbarkeit des § 438 Abs. 1 Nr. 2b BGB bedürfe es eines Übergewichts der handwerklichen Leistung des Unternehmers gegenüber der bloßen Lieferung. Ein BHKW, ebenso wie andere vorproduzierten technische Einrichtungen eines Gebäudes, würden nur in ein Gebäude eingefügt, ohne dass dies eine wesentliche bauhandwerkliche Leistung des Unternehmers erfordere, es sei denn, beim Kauf gehe es um Komponenten für eine erst noch zu errichtende Anlage. Ein BHKW werde gerade nicht durch die Zusammensetzung seiner einzelnen Elemente vom Handwerker erst geschaffen, sondern existiere als solches schon vorher, müsse nur in ein Gebäude installiert werden und sei zudem austauschbar und für den Bestand des Gebäudes in seiner baulichen Struktur nicht notwendig. Der Ein-

bau eines BHKW stelle daher keine umfassende Bauleistung dar, wie sie ein Bauhandwerker üblicherweise mit den von ihm beschafften Baustoffen erbringe.

Eine fünfjährige Verjährungsfrist käme in Betracht, wenn es beim Kauf um Komponenten für eine erst noch zu errichtende Anlage gehe. Im Zusammenhang mit serienmäßig hergestellten TGA-Komponenten wäre an den Kauf z.B. einer Wärmepumpe zu denken, welcher im Rahmen der Neuerrichtung einer gesamten Heizungsanlage, einschließlich Fußbodenheizung etc. erfolgt.

Bewertung des Urteils des OLG Jena vom 18.01.2022 (BHKW) im Kontext der bisherigen Rechtsprechung:

Zur Abgrenzung, ob sich die Verjährungsfrist bei Lieferung und Montage vorgefertigter Komponenten nach Kauvertragsrecht oder Werkvertragsrecht richtet, stellt die Rechtsprechung, welche bislang überwiegend zu PV-Anlagen ergangen ist, insbesondere auf den Montageaufwand und die Erforderlichkeit der Anlage für die Benutzbarkeit des Gebäudes ab. Die Installation einer technischen Anlage zählt dann zu den Arbeiten bei Bauwerken, wenn die Anlage, die kein Bauwerk ist, nicht bloß in dem Gebäude untergebracht wird, sondern der Errichtung des Gebäudes dient, in welches sie eingefügt wird und für die Benutzbarkeit des Gebäudes eine wesentliche Funktion aufweist.

Im o.g. BHKW-Urteil wurde weder hinreichend berücksichtigt, dass das BHKW einen wesentlichen Zweck für das Bauwerk erfüllen sollte, nämlich Strom bzw. Heizwärme für das Bauwerk zur Verfügung zu stellen, noch dass neben den Installationsarbeiten auch erhebliche Planungsleistungen im Hinblick auf die Anlagenhydraulik, den Wärmebedarf etc. erforderlich waren und der Montageerfolg von TGA-Komponenten i.d.R. vor dem Hintergrund einer zweckentsprechenden und funktionstüchtigen Gesamtanlage zu beurteilen ist. Dies sollte auch für Heizkessel oder Wärmepumpen gelten, die als Wärmeerzeuger eine für die Funktion bzw. Benutzbarkeit von Bauwerken wesentliche Bedeutung haben. Ohne eine zentrale Energiequelle ist ein Bauwerk als unvollständig und nicht funktionstauglich anzusehen.

Der Anwendungsbereich des § 438 Abs. 1 Nr. 2b BGB ist weit gefasst. Eine Beschränkung auf Sachen, welche durch den Einbau wesentliche Bestandteile des Grundstücks oder einer Wohnung werden, ist nicht ersichtlich. Die Anwendbarkeit ist also grundsätzlich bei Baumaterialien aller Art gegeben, gleich ob sie der Herstellung des Rohbaus oder des Innenausbaus dienen.

Es ist darauf abzustellen, ob die Kaufsache bei ihrer gewöhnlichen Verwendung typischerweise geeignet ist, bei einem Bauwerk, zu dessen Errichtung oder Reparatur sie eingesetzt wird, einen Mangel zu verursachen, und ob dies tatsächlich geschehen ist (wobei es nicht darauf ankommt, ob die Beschaffenheit des Baumaterials der einzige Grund für den Mangel des Bauwerks war).

Unter Berücksichtigung der vorgenannten Erwägungen erscheint das Urteil des OLG Jena in rechtlicher Hinsicht zweifelhaft.

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

Vergütungsanspruch bei Kündigung nach § 650f Abs. 5 BGB

Kündigt der Auftragnehmer (Unternehmer) den Bauvertrag, nachdem er dem Auftraggeber (Besteller) erfolglos eine Frist zur Stellung einer Bauhandwerkersicherung gesetzt hat, steht ihm eine Vergütung für erbrachte Leistungen nur insoweit zu, als er die Leistung tatsächlich erfüllt, also mangelfrei erbracht hat.

Zum Kündigungszeitpunkt vorhandene Mängel beschränken (zunächst) den Umfang des dem Auftragnehmer (Unternehmer) für die erbrachten Leistungen zustehenden Vergütungsanspruchs. Er hat insoweit die Wahl, entweder die Mängel zu beseitigen und die volle Vergütung zu erlangen oder sich ohne Mängelbeseitigung auf eine gekürzte Vergütung zu beschränken.

[OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.11.2023 - 5 U 33/23](#)

Praxishinweis: Die o.g. Entscheidung ist kritisch zu betrachten. Zwar hat der Auftragnehmer im Hinblick auf die Mängel vertragswidrig gehandelt, jedoch hat der Auftraggeber die Pflicht zur Stellung der Sicherheit nach § 650f BGB verletzt und damit eine erhebliche Vertragsverletzung begangen. Durch die Nichtstellung der Sicherheit würde der Auftragnehmer veranlasst, bezüglich bestehender Mängel ungesichert in Vorleistung zu treten, um noch restlich vereinbarte Vergütung durch Abarbeitung von Mängeln zu "verdienen", was dem Sinn und Zweck von § 650f BGB zuwiderläuft.

Jüngst wurde daher entschieden, dass bei der Kündigungsvergütung gem. § 650f Abs. 5 Satz 2 BGB "nur" die Aufwendungen abzuziehen sind, die sich der Auftragnehmer infolge der durch die Kündigung entfallenen Mängelbeseitigung erspart hat:

Soweit eine Kündigung gem. § 650f Abs. 1 und Abs. 5 Satz 1 2. Alt. BGB wegen einer nicht geleisteten Sicherheit durchgreift, wird der Werklohnanspruch des Unternehmers jedenfalls dann ohne Abnahme fällig, wenn im Zeitpunkt der Kündigung alle Leistungen erbracht sind und Anlass der Kündigung allein der auch die Abnahme verhindernde Streit über deren Mangelhaftigkeit ist.

Die Kündigungsvergütung gem. § 650f Abs. 5 Satz 2 BGB bemisst sich an der vereinbarten Vergütung abzüglich infolge der Vertragsaufhebung ersparter Aufwendungen. Deswegen sind von der vereinbarten Vergütung die Aufwendungen abzuziehen, welche sich der Auftragnehmer infolge der durch die Kündigung entfallenen Mängelbeseitigung erspart hat.

[OLG Oldenburg mit Urteil vom 05.03.2024 – 2 U 115/23](#)

Rücktritt und Bautenstand

Ob der Rücktritt von einem Bauvertrag wegen Unerheblichkeit der Pflichtverletzung ausgeschlossen ist, ist anhand einer umfassenden Interessenabwägung im Einzelfall zu entscheiden. Erklärt der Auftraggeber den Rücktritt von einem Bauvertrag, so gilt: Je umfangreicher die Leistungen sind, die der Auftragnehmer bereits erbracht hat, desto mehr spricht im Rahmen der Interessenabwägung gegen die Wirksamkeit des Rücktritts.

[KG, Urteil vom 18.06.2024 - 21 U 20/23](#)

Zugangsbeweis durch Einwurfeinschreiben?

Beim VOB/B-Vertrag steht dem Auftraggeber ein Anspruch auf Mängelbeseitigungskostenvorschuss nur dann zu, wenn er den Zugang einer Fristsetzung mit Kündigungsandrohung darlegen und beweisen kann. Bei einem Einwurf-Einschreiben kann der Zugangsnachweis nicht durch Vorlage des Einlieferungsbelegs und des Sendungsstatus geführt werden, da sich diesen nicht entnehmen lässt, dass eine Zustellung beim Erklärungsempfänger erfolgt ist. Die Anwendung der Grundsätze des Anscheinsbeweises streiten nur dann zu Gunsten des Erklärenden, wenn der Briefkasteneinwurf des Einschreibens ordnungsgemäß dokumentiert wird. Dafür sind die Auslieferungsbelege entweder im Original oder als Reproduktion vorzulegen.

KG, Beschluss vom 30.03.2023 - 27 U 192/22, IBRRS 2024, 2295

BGH, Beschluss vom 14.02.2024 - VII ZR 89/23 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Baukostengarantie bei einvernehmlicher Planungsänderung gegenstandslos

Verspricht ein Projektbetreuer gegenüber dem Bauherrn, für die Einhaltung einer bestimmten Bausumme einzustehen, kann seine Erklärung einen unterschiedlichen Inhalt haben, der stets im Einzelfall durch Auslegung festzustellen ist. Für die Annahme einer selbstständigen Garantie, bei der der Auftragnehmer verschuldensunabhängig - auch bei unvorhersehbaren Geschehensabläufen - für sämtliche die Garantiesumme übersteigenden Kosten haftet, sind hohe Anforderungen zu stellen. Eine Baukostengarantie wird gegenstandslos, wenn die ursprüngliche Planung einvernehmlich geändert und in erweitertem Umfang ausgeführt wird. Ein individuelles Aushandeln kann anzunehmen sein, wenn die streitgegenständliche Klausel im Zuge der Vertragsverhandlungen auf einen entsprechenden Wunsch des Verwendungsgegners abgeändert wird.

Praxishinweis: Eine Regelung (z.B. Baukostengarantie) unterliegt nicht der AGB-Kontrolle, soweit sie zwischen den Parteien individuell ausgehandelt wurde. Der Ausnahmetatbestand des "Aushandelns" verlangt mehr als Verhandeln; der Verwender muss den in seinen AGB enthaltenen gesetzesfremden Kerngehalt inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellen und dem Vertragspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung seiner eigenen Interessen einräumen. Der Vertragspartner muss die reale Möglichkeit erhalten, den Inhalt der AGB zu beeinflussen. Für ein Aushandeln kommt es auf jede einzelne Klausel an. AGB sind nicht deshalb insge-

samt der Inhaltskontrolle entzogen, weil einzelne Klauseln ausgehandelt worden sind. Wird die nachteilige Wirkung einer Klausel nur abgeschwächt, ihr eigentlicher gesetzesfremder Kern aber nicht zur Disposition gestellt, so liegt insoweit kein Aushandeln vor.

OLG Bamberg, Beschluss vom 10.07.2023 - 12 U 24/23, IBRRS 2024, 2344

BGH, Beschluss vom 26.06.2024 - VII ZR 189/23 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgenommen);

OLG Bamberg, Beschluss vom 11.09.2023 - 12 U 24/23

Ausführungsverzicht ist keine Mengenminderung

Ordnet der Auftraggeber nachträglich den Wegfall einzelner Leistungen eines Einheitspreisvertrags an und kommen diese Leistungen dann letztlich einvernehmlich nicht zur Ausführung, liegt kein der Äquivalenzstörung durch Mengenminderung i.S. des § 2 VOB/B entsprechender Sachverhalt vor. Für die Abrechnung der nicht unter § 2 VOB/B fallenden Nullpositionen kommt dann nur eine Abrechnung nach § 8 VOB/B bzw. § 648 BGB (analog) in Betracht.

[OLG Hamm, Urteil vom 05.07.2024 - 12 U 95/22](#)

Ein Kalkulationsirrtum ist nicht anfechtbar

Ein nicht zur Irrtumsanfechtung berechtigender Kalkulationsirrtum liegt vor, wenn der Irrtum bereits bei der Kalkulation der Einheitspreise für ein Gebot in einem Vergabeverfahren entstanden ist. Ein solches Angebot kann nicht mit der Begründung ausgeschlossen werden, es enthalte nicht die geforderten Preise, weil es angefochten werden könne. Für sich allein betrachtet und ohne Hinzutreten weiterer Umstände stellen Kalkulationsfehler weder eine „fehlende Preisangabe“ noch einen sonstigen zwingenden Ausschlussgrund dar.

Praxishinweis: Kalkulationsirrtümer bei Bauverträgen sind sowohl in der Phase der Vertragsanbahnung als auch nach Vertragsschluss unanfechtbar. Eine sorgfältige Berechnung und Angebotserstellung sind geboten. Ist ein Einheitspreisvertrag bereits abgeschlossen, kann der Auftragnehmer den Bauvertrag nicht mit Verweis auf einen Kalkulationsirrtum anfechten oder ohne Weiteres mit höheren Einheitspreisen abrechnen.

[OLG Stuttgart, Urteil vom 16.05.2024 – 2 U 146/22](#)

Kein Kostenvorschuss bei Möglichkeit zum Einbehalt

Der Auftraggeber eines VOB/B-Vertrags kann nach Kündigung des Bauvertrags wegen Mängeln einen Vorschuss für die zu erwartenden Mangelbeseitigungskosten verlangen. Ein solcher Anspruch besteht nicht, soweit der Auftraggeber den Werklohn einbehalten kann.

OLG Oldenburg, Urteil vom 12.07.2022 - 2 U 247/21, IBRRS 2024, 2432

BGH, Beschluss vom 26.06.2024 - VII ZR 154/22 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Eine mangelhafte Leistung ist erbracht und somit zunächst auch voll zu vergüten

Die vereinbarte Vergütung wird infolge einer Mangelhaftigkeit nicht automatisch im Umfang der Wertminderung herabgesetzt. Auch eine mangelhafte Werkleistung ist erbracht und damit nach Fälligkeitseintritt zunächst voll vergütungspflichtig.

KG, Urteil vom 28.02.2023 - 27 U 128/21, IBRRS 2024, 2436

BGH, Beschluss vom 15.05.2024 - VII ZR 52/23 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Wie hoch ist die Sicherungshypothek bei vorhandenen Baumängeln?

Der Unternehmer eines Bauwerks kann für seine Forderungen aus dem Vertrag die Einräumung einer Sicherungshypothek am Baugrundstück des Bestellers verlangen und seinen Anspruch im Wege der einstweiligen Verfügung durch Eintragung einer Vormerkung rangwährend sichern lassen. Der Unternehmer hat schlüssig darzulegen, dass ihm aus einem mit dem Grundstückseigentümer geschlossenen Bauvertrag für die von ihm erbrachten Leistungen ein Werklohnanspruch zusteht. Für die Schlüssigkeit gelten im einstweiligen Verfahren dieselben Anforderungen wie im Hauptsacheverfahren. Weist die Werkleistung Mängel auf, besteht der Anspruch nur in der Höhe, in der der Wert des Grundstücks gesteigert wurde. Die voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten (ohne Druckzuschlag) sind von der zu sichernden Forderung abzuziehen.

OLG Brandenburg, Urteil vom 11.07.2024 - 10 U 30/24, IBRRS 2024, 2548

III. Vergaberecht

Ungenügende Referenz ist nicht gleich fehlende Referenz

Die Möglichkeit zur Nachforderung nach § 56 Abs. 2 VgV findet keine Anwendung, wenn ein Nachweis oder eine geforderte Erklärung nicht fehlt, sondern lediglich inhaltlich hinter geforderten Mindestanforderungen zurückbleibt.

VK Sachsen, Beschluss vom 25.04.2023 - 1/SVK/010-23, IBRRS 2024, 2282

Praxishinweis: Die im Rahmen der Angebotsabgabe vorgelegten Nachweise müssen die gestellten Anforderungen einhalten. Andernfalls ist es besser, keine Unterlagen vorzulegen, da fehlende Unterlagen i.d.R. nachgefordert werden, als unzureichende Unterlagen einzureichen, was zum Ausschluss des Angebots führt.

Bekannt zu machen sind auch Unterkriterien und deren Gewichtung

Der öffentliche Auftraggeber hat nicht nur die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen bekannt zu geben, sondern auch die zur Ausfüllung eines Zuschlagskriteriums aufgestellten Unterkriterien und deren konkrete Gewichtung. Dies gilt auch, wenn der Auftraggeber die Gewichtung von Unterkriterien erst im Nachhinein aufgestellt hat und nicht auszuschließen ist, dass sie die Vorbereitung hätten beeinflussen können. Es unterfällt dem Beurteilungsspielraum des öffentlichen Auf-

traggebers, wie er die Bewertung organisiert und strukturiert. Allerdings darf die Methode unter Beachtung des Transparenz- und Wettbewerbsgrundsatzes nicht zu einer Abweichung von den zuvor festgelegten Zuschlagskriterien und ihrer Gewichtung führen. Der Auftraggeber darf daher insbesondere keine untaugliche Methode anwenden, seine Bewertungsmethode nicht auf sachwidrige Erwägungen stützen oder unzulässige Kriterien verwenden.

VK Niedersachsen, Beschluss vom 13.03.2024 - VgK-2/2024, IBRRS 2024, 2391

"O.K."-Vermerk bei Fax-Versendung einer Rüge ist kein Zugangsbeweis

Die Rüge ist eine zwingend von den Vergabekammern von Amts wegen zu beachtende Sachentscheidungsvoraussetzung. Ohne vorherige Rüge ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig. Für eine den Anforderungen des § 160 GWB genügende Rüge ist erforderlich, dass aus ihr für den Auftraggeber unmissverständlich hervorgeht, welches Verhalten als Vergaberechtsverstoß angesehen wird und inwiefern der Bieter vom Auftraggeber Abhilfe verlangt. Für eine fristgemäße Rüge ist deren Zugang beim Auftraggeber relevant und nicht deren Absendung. Der "O.K."-Vermerk auf dem Sendebericht ist jedenfalls dann irrelevant, wenn der Empfänger den Zugang substantiiert bestreitet. Der Rügende trägt das Risiko, dass die Rüge nicht bzw. nicht vollständig zugeht. Er ist dafür darlegungs- und beweispflichtig.

VK Rheinland, Beschluss vom 23.07.2024 - VK 28/24, IBRRS 2024, 2362

Horizontale Bietergemeinschaft Indiz für Wettbewerbsverstoß

Bilden zwei Unternehmen, die beide hinreichend leistungsfähig sind und die mit Blick auf den Gegenstand der Ausschreibung in unmittelbarer Konkurrenz stehen, eine sog. horizontale Bietergemeinschaft, besteht die Vermutung einer unzulässigen wettbewerbsbeschränkenden Absprache, die von den beteiligten Unternehmen zu entkräften ist. Dient die Beteiligung an einer Bietergemeinschaft lediglich dem Zweck, die Chancen auf einen Zuschlag zu steigern oder mit Hilfe der Bietergemeinschaft Synergiepotenziale oder -effekte zu realisieren, ist eine unzulässige wettbewerbsbeschränkende Absprache zu bejahen.

[VGH Bayern, Beschluss vom 26.07.2024 - 12 CE 24.1067](#)

Vertraulichkeit des eigenen Angebots?

Der Schutz der Vertraulichkeit der Dokumentation über die Wertung von Teilnahmeanträgen und Angeboten gem. § 5 Abs. 2 Satz 2 VgV besteht nicht gegenüber dem Unternehmen, dass das betreffende Angebot abgegeben hat, soweit die Dokumentation keine Rückschlüsse auf die Inhalte der Angebote Dritter zulässt.

[VGH Bayern, Urteil vom 21.06.2024 - 5 BV 22.1295](#)

Vor der Wertung muss die Preisbewertungsmethode feststehen

Bei der Umrechnung von Preisen in Bewertungspunkte muss der Auftraggeber eine mathematisch nachvollziehbare Methode vor Kenntnis der Angebote festgelegt haben und diese auch anwenden. Eine Preisbewertungsmethode darf wegen der hohen Manipulationsgefahr nicht nachträglich in Kenntnis der Angebote festgelegt werden. Auch bei der Preisbewertung von Honorarangeboten von Architekten und Ingenieuren, die in Anlehnung an die Vorschriften der HOAI erstellt werden, dürfen nur solche Methoden eingesetzt werden, die zum einen rechnerisch nachvollziehbar sind und zum anderen die relativen Preisabstände zwischen den Angeboten widerspiegeln können.

VK Südbayern, Beschluss vom 18.07.2024 - 3194.Z3-3_01-24-27, IBRRS 2024, 2543

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.