

GTGA · Hinter Hoben 149 · 53129 Bonn

Verteiler:

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

Bonn, den 14. Oktober 2024

Rechtliche Entwicklungen September 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

Warnmeldung zu Firmenauskunft 24 PUR

Von einem Mitgliedsunternehmen wurden wir auf dubiose Werbeanrufe von „Firmenauskunft24.de“ aufmerksam gemacht.

Darin wird u.a. behauptet, man habe einen bestehenden Eintrag bei Google, Yahoo usw., der bisher kostenfrei lief und jetzt durch eine Gesetzesänderung kostenpflichtig würde.

Alternativ wird behauptet, man habe einen bereits seit Jahren bestehenden Vertrag nicht rechtzeitig gekündigt, sodass dieser nun kostenpflichtig würde.

Ziel dieser Anrufe ist, den Angerufenen so weit zu verwirren, dass er sich nicht sicher ist, ob tatsächlich ein solcher Vertrag besteht.

Im Telefonat werden zunächst die relevanten Firmendaten abgefragt, die sich der Anrufer dann bestätigen lässt.

Anschließend fragt der Anrufer, ob man eine Verlängerung der bisher kostenlosen Eintragung wünscht.

Recherchen im Internet ergeben, dass es sich hierbei um eine Abzock-Masche handelt, die derzeit sehr verbreitet und leider auch sehr erfolgreich ist.

Unmittelbar nach dem Telefonat schickt Firmenauskunft24 PUR eine hohe Rechnung, in besagtem Fall von mehr als EUR 4.000,00.

Wird keine Zahlung geleistet, erfolgt eine Mahnung und die Androhung der Einschaltung eines Inkassodienstleisters, der bei anhaltender Zahlungsverweigerung auch tatsächlich eingeschaltet wird.

Bitte lassen Sie bei derartigen Anrufen äußerste Vorsicht walten, da zu Beweis Zwecken Mitschnitte des Telefonats angefertigt werden!

Legen Sie bei solchen Anrufen sofort auf!

Geben Sie keine Firmendaten raus, vermeiden Sie jegliche Bestätigung!

Weitere Informationen finden Sie in untenstehenden Links:

<https://www.abofalle-anwalt.de/firmenaukunft-24-pur/>

<https://hofauer.com/firmenaukunft-pur-ag-leipzig-weist-klage-ab/>

Standardleistungsbuch für das Bauwesen aktualisiert

Das Bauministerium hat Anfang September per Erlass über die Aktualisierung des Standardleistungsbuchs für das Bauwesen informiert. Für die Version 2024-04 des STL-Bau wurden Änderungen und Ergänzungen in rund 725 bestehenden Teilleistungsgruppen vorgenommen. Neuerungen der Version 2024-04 umfassen unter anderem die Ersatzbaustoffverordnung (EBV), die neue ATV DIN 18451 Gerüstarbeiten, Texte für Brandschutzvorhänge sowie aktualisierte Texte für Photovoltaikmodule.

[STLB Erlass 2024-09-03 BII1-70419 4#21 STL-Bau-2024-04](#)

[STLB Übersicht STL-Bau Version 2024-04](#)

Das komplette Dokument „Was ist neu?“ kann [hier](#) eingesehen werden.

Wirtschafts-Identifikationsnummer: FAQ

Zur eindeutigen Identifizierung wird jedem wirtschaftlich Tätigen durch das Bundeszentralamt für Steuern (BZSt) die Wirtschafts-Identifikationsnummer (W-IdNr.) stufenweise ohne Antragstellung ab November 2024 zugeteilt. Die W-IdNr. bleibt für die Dauer der gesamten wirtschaftlichen Tätigkeit bestehen und ändert sich nicht. Dies gilt auch zum Beispiel bei Adress- oder Namensänderungen. Die Identifikationsnummer (IdNr.), Steuernummer und Umsatzsteuer-Identifikationsnummer (USt-IdNr.) bleiben neben der W-IdNr. bestehen.

[FAQ des BMF](#) zur Wirtschaftsidentifikationsnummer

Bürokratieentlastungsgesetz im Bundestag verabschiedet

Der Bundestag hat am 26. September 2024 in zweiter und dritter Lesung das Bürokratieentlastungsgesetz IV beschlossen, dem in der Folge der Bundesrat noch zustimmen muss.

Entlastungen sollen insbesondere durch nachfolgende Maßnahmen erreicht werden:

Im arbeitsrechtlichen Nachweisgesetz soll vielfach auf die bislang vorgeschriebene Schriftform verzichtet werden und stattdessen auf die einfachere Textform zurückgegriffen werden können.

Während bei der Schriftform gemäß § 126 BGB die Urkunde vom Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden muss, genügt für die Einhaltung der Textform nach § 126 b BGB eine lesbare, aber unterschriftslose Erklärung, die auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben wird. Die Gesetzesänderung sieht diesbezüglich vor, dass z.B. die Niederschrift nach § 2 NachwG in Textform abgefasst und elektronisch übermittelt werden kann, sofern das Dokument für den Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin zugänglich ist, gespeichert und ausgedruckt werden kann und der Arbeitgeber den Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin mit der Übermittlung zugleich auffordert, einen Empfangsnachweis zu erteilen. Ein Arbeitsvertragsschluss per E-Mail würde dieses Textformerfordernis erfüllen. Ausgenommen von den Nachweiserleichterungen sind jedoch die Wirtschaftsbereiche und Wirtschaftszweige, die in § 2a Absatz 1 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes genannt sind. Dort wird die Beibehaltung der Schriftform zum Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer weiterhin für erforderlich gehalten. Das betrifft unter anderem das Bau-, das Gaststätten- und Beherbergungsgewerbe sowie das Speditions-, Transport- und damit verbundene Logistikgewerbe sowie die Fleischwirtschaft.

Im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz soll für Überlassungsvereinbarungen zwischen Ver- und Entleihern die Textform ausreichend sein. Diese können künftig also ebenfalls per E-Mail abgeschlossen werden.

Zur Erleichterung der Befristung bei Arbeitsverhältnissen mit Rentnern soll in § 41 SGB VI ein neuer Absatz 2 angefügt werden, der eine Ausnahme vom Schriftformerfordernis des § 14 Absatz 4 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) regelt, wenn die Befristung eine Vereinbarung zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Erreichen der Regelaltersgrenze zum Gegenstand hat, sodass insoweit künftig die Textform gemäß § 126b BGB ausreichend sein soll. Für alle anderen Befristungen bleibt es beim Schriftformerfordernis.

Zeugnisse sollen künftig mit Einwilligung des Arbeitnehmers elektronisch ausgestellt werden können, § 630 Satz 3 BGB und § 109 Abs. 3 GewO sollen entsprechend angepasst werden.

Aushangpflichten sollen künftig wegfallen, künftig soll die Veröffentlichung der Vorschriften im betriebseigenen Intranet ausreichend sein.

Auch im Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) soll das Schriftformerfordernis in einzelnen Fällen wegfallen und wird durch die Textform ersetzt werden. So soll künftig z.B. die Geltendmachung der Elternzeit nach § 16 Abs. 1 BEEG in Textform möglich sein. Auch der bislang nur in Schriftform mögliche Antrag auf Teilzeit während der Elternzeit nach § 15 BEEG soll künftig, ebenso wie die Ablehnung des Antrags auf Teilzeit während der Elternzeit, durch den Arbeitgeber in Textform möglich sein.

Für die Beantragung von Pflegezeit nach dem Pflegezeitgesetz und von Familienpflegezeit nach dem Familienpflegezeitgesetz soll künftig ebenfalls die Textform ausreichend sein.

PM Bundestag vom 26.09.2024, Gesetzgebungsverfahren

I. Arbeits- Sozialversicherungs- und Tarifrecht

Präventionsverfahren für Schwerbehinderte auch in der Wartezeit

Innerhalb der ersten sechs Monate nach dem Beginn eines Arbeitsverhältnisses, der sogenannten Wartezeit, genießen auch schwerbehinderte Arbeitnehmer noch keinen Kündigungsschutz (§ 1 Abs. 1 KSchG, §§ 173 Abs. 1, 168 SGB IX). Nach bisheriger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist ein sogenanntes Präventionsverfahren während der sechsmonatigen Wartezeit noch nicht durchzuführen. (BAG, Urteil vom 21.04.2016 – 8 AZR 402/14).

Das LAG Köln erachtet dagegen die Durchführung eines Präventionsverfahrens auch innerhalb der ersten sechs Monate eines Arbeitsverhältnisses mit einem Schwerbehinderten vor einer Kündigung nach § 167 Abs. 1 SGB IX für erforderlich, da sich eine Sechs-Monats-Grenze weder aus dem Wortlaut der Vorschrift noch aus einer Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen ergebe. Aufgrund der Schwierigkeit der Durchführung eines Präventionsverfahrens vor Ablauf der ersten sechs Monate komme dem Arbeitgeber in dieser Sonderkonstellation eine Beweiserleichterung betreffend die Frage, ob die Probezeitkündigung auf die Schwerbehinderung zurückzuführen sei, zugute. Dadurch soll sichergestellt werden, dass die Wartezeitkündigung gegenüber einem schwerbehinderten Menschen nicht faktisch vollständig ausgeschlossen werde.

[Pressemitteilung, LAG Köln, Urteil vom 12.09.2024 – 6 SLa 76/24](#) (noch nicht rechtskräftig)

Verdacht auf Kokainkonsum rechtfertigt Kündigung

Der Konsum von Kokain während der Arbeitszeit und in den Räumlichkeiten des Arbeitgebers stellt einen schwerwiegenden Verstoß gegen die arbeitsvertraglichen Pflichten dar und damit ggf. einen wichtigen Grund i. S. d. § 626 Abs. 1 BGB. Für eine fristlose Kündigung in Form der Verdachtskündigung ist der dringende Tatverdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung ausreichend.

Ist unklar, ob tatsächlich Drogen konsumiert und somit Pflichten aus dem Arbeitsvertrag verletzt wurden, scheidet eine Tat Kündigung aus. Für eine fristlose Kündigung reicht jedoch der dringende Tatverdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung aus, die ein eigenständiger Kündigungsgrund ist. Hierfür muss es einen konkret begründeten Tatverdacht geben und der Arbeitgeber muss alles ihm Zumutbare zur Aufklärung des Sachverhalts tun, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme geben. Der Besitz von Kokain – der mit dem Konsum zwingend einhergeht – stellt einen Straftatbestand gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG dar. In der Begehung einer Straftat in den Räumlichkeiten des Arbeitgebers während der Arbeitszeit ist ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung „an sich“

zu sehen. Die Kündigung muss zudem verhältnismäßig sein und der Arbeitgeber muss alle Möglichkeiten der Sachverhaltsaufklärung, insbesondere das Angebot eines Drogentests, ausgeschöpft haben.

[LAG Niedersachsen, Urteil vom 6. Mai 2024 \(Az. 4 Sa 446/23\)](#)

Praxishinweis: Vor dem Hintergrund der Legalisierung von Cannabis seit dem 1. April 2024 sollte für Klarheit im Unternehmen zum Umgang mit Cannabis am Arbeitsplatz gesorgt werden, indem Regelungen in Arbeitsverträgen oder Betriebsvereinbarungen getroffen bzw. vorhandene Regelungen angepasst werden. Hierbei ist der Betriebsrat entsprechend zu beteiligen, da Drogen- und Suchtmittelverbote gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 7 BetrVG mitbestimmungspflichtig sind.

Offenlegungs- und Konkretisierungspflicht bei Arbeitnehmerüberlassung

Eine Arbeitnehmerüberlassung ist erst nach Abschluss eines formwirksamen Arbeitnehmerüberlassungsvertrags zulässig, denn die Erfüllung der Offenlegungspflicht nach § 1 Abs. 1 Satz 5 AÜG und der Konkretisierungspflicht nach § 1 Abs. 1 Satz 6 AÜG setzen das Bestehen eines formwirksamen Arbeitnehmerüberlassungsvertrags im Zeitpunkt des Überlassungsbeginns voraus.

Der Wortlaut von § 1 Abs. 1 Satz 5 und 6 AÜG sieht ausdrücklich vor, dass ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vor der Überlassung geschlossen werden muss. Damit kann nur ein dem Schriftformerfordernis des § 12 Abs. 1 Satz 1 AÜG genügender - wirksamer - Vertrag gemeint sein. Das Schriftformerfordernis stellt die gesetzgeberisch gewollte Transparenz sicher und soll einen rechtlichen "Schwebezustand" zwischen Überlassungsbeginn und wirksamer Vertragsunterzeichnung verhindern. Die Warn-, Beweissicherungs- und Dokumentationsfunktion der Schriftform soll sich von Anfang an entfalten, um einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung wirksam vorzubeugen.

Praxishinweis: Es ist dringend zu empfehlen, vor der tatsächlichen Überlassung eines Arbeitnehmers einen schriftlichen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zu schließen. Nachlässigkeiten können für alle Beteiligten erhebliche Konsequenzen haben - sowohl im Hinblick auf das Entstehen unerwünschter Arbeitsverhältnisse zwischen Leiharbeiter und Entleiher als auch auf die Verhängung von Bußgeldern.

[BAG Urteil vom 05.03.2024 – 9 AZR 204/23](#)

II. Bauvertragsrecht

Rückforderung einer Werklohnvorauszahlung nach Leistungserbringung durch den Unternehmer

Fordert der Besteller eine Werklohnvorauszahlung zurück, nachdem der Unternehmer Leistungen erbracht hat, muss der Besteller schlüssig die Voraussetzungen eines Saldoüberschusses aus einer Schlussabrechnung vortragen. Ausreichend ist eine Abrechnung, aus der sich ergibt, in welcher Höhe der Besteller Voraus- und Abschlagszahlungen geleistet hat

und dass diesen Zahlungen ein entsprechender endgültiger Vergütungsanspruch des Unternehmers nicht gegenübersteht. Der Besteller kann sich auf den Vortrag beschränken, der bei zumutbarer Ausschöpfung der ihm zur Verfügung stehenden Quellen seinem Kenntnisstand entspricht. Hat der Besteller nach diesen Grundsätzen ausreichend vorgetragen, muss der Unternehmer darlegen und beweisen, dass er berechtigt ist, die Voraus- und Abschlagszahlungen endgültig zu behalten.

Welcher Vortrag vom Besteller im Fall der Abrechnung eines gekündigten Pauschalpreisvertrags ohne Detailpreisverzeichnis unter zumutbarer Ausschöpfung der ihm zur Verfügung stehenden Quellen verlangt werden kann, um eine Werklohnvorauszahlung zurückzufordern, richtet sich nach den Gesamtumständen, insbesondere nach dem Inhalt des Vertrags und vorvertraglicher Absprachen. Kennt der Besteller die Kalkulation des Unternehmers nicht und kann er nicht aufgrund anderer Umstände das vertragliche Preisniveau darstellen, obliegt dem Unternehmer insoweit die Darlegungslast.

[BGH v. 11.7.2024 - VII ZR 127/23](#)

Wertung einer Bauzeitverschiebung aufgrund Annahmeverzugs als Anordnung iSv. § 2 Abs. 5 VOB/B

Ordnet der Besteller eines VOB-Vertrags gegenüber dem Unternehmer an, seine Leistung vollständig oder in Teilen nicht zur vertraglich vorgesehenen Zeit, sondern später zu erbringen, und ist dem Besteller erkennbar, dass dem Unternehmer dadurch Mehrkosten entstehen können, so liegt hierin eine "andere Anordnung" i.S.v. § 2 Abs. 5 VOB/B, die eine Mehrvergütung zu Gunsten des Unternehmers auslösen kann. Dies kann grundsätzlich auch dann gelten, wenn sich die Anordnung der Zeitverschiebung nicht auf den Zeitpunkt der Leistung selbst, sondern auf Vorbereitungshandlungen bezieht.

[KG, Urteil vom 27.08.2024 - 21 U 128/23](#)

Praxishinweis: Ob eine „Verzugsmittelteilung“ als „andere Anordnung“ angesehen werden kann, ist dogmatisch fragwürdig und wird vom BGH wohl anders gesehen. Zudem handelt es sich bei § 2 Abs. 5 VOB/B um eine Rechtsfolgenregelung zu § 1 Abs. 3 VOB/B. Kann der AN für einen bestimmten Zeitraum eine ihm obliegende, zur Leistungsausführung des AN erforderliche Mitwirkungshandlung nicht erbringen, handelt es sich um eine Störung des Vertrages und nicht um eine Anordnung zur Vertragsänderung. Liegt eine Behinderung des Bauablaufs vor, so entsteht dadurch kein Fall einer Änderungsanordnung, nur weil die Parteien über die Störung kommunizieren.

Auftragssumme oder Schlussrechnungssumme? Unwirksamkeit der Vertragsstrafe

Folgende Klausel in einem VOB/B-Einheitspreisvertrag „Geraten Sie mit der Fertigstellung Ihrer Leistungen in Verzug, so sind Sie verpflichtet, uns für jeden Werktag des Verzugs eine Vertragsstrafe i.H.V. 0,2 % der Nettoauftragssumme zu zahlen, höchstens jedoch 5 % der Nettoauftragssumme.“ benachteiligt den Auftragnehmer als Vertragspartner des Verwenders unangemessen iSv. § 307 Abs. 1 BGB und ist unwirksam.

Nach der Rechtsprechung des BGH hat die maßgebliche Bezugsgröße für die Grenze von 5 % des Vergütungsanspruchs die Abrechnungssumme in ihrer objektiv richtigen Höhe und nicht die Auftragssumme zu sein ([BGH Urteil vom 15.02.24 – VII ZR 42/22](#))

Ist unklar, wie der Begriff der Auftragssumme zu deuten ist - hierunter kann die nach der Abwicklung des Vertrags geschuldete Vergütung, also die Schlussrechnungssumme, verstanden werden, oder aber der Wert, der sich nach der von den Parteien vor der Ausführung vereinbarten Vergütung bemisst – so ist die verwendete Vertragsstrafenklausel unwirksam, weil die Unklarheit dazu führt, dass die Rechte und Pflichten der Beklagten in der Klausel nicht so klar und präzise wie nötig umschrieben sind. Die Unklarheit von AGB-Klauseln geht zu Lasten des Verwenders, der sie eindeutig hätte formulieren können.

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

Praxishinweis: Aus dem Vertragswerk muss unmissverständlich hervorgehen, dass mit „Auftragssumme“ die Schlussrechnungssumme gemeint ist, um eine Vertragsstrafenregelung wirksam zu vereinbaren.

Fehlende Funktionalität ist kein Mangel bei Einverständnis mit Einschränkung

Trotz des funktionalen Mangelbegriffs liegt kein Mangel des Werks vor, wenn dem Besteller die Funktionseinschränkung der vereinbarten Ausführung des Werks bekannt ist und er sich in Kenntnis der Funktionseinschränkung eigenverantwortlich dennoch für diese Ausführung entschieden hat. Eine solche konkludente Risikoübernahme setzt grundsätzlich voraus, dass der Unternehmer den Besteller über das bestehende Risiko aufgeklärt und der Besteller sich rechtsgeschäftlich mit der Risikoübernahme einverstanden erklärt hat. Sie kann entbehrlich sein, wenn der Besteller sich des übernommenen Risikos und seiner Tragweite ohnehin bewusst ist.

Sachverhalt: Der Auftraggeber (AG) beauftragt den Auftragnehmer (AN) mit der Installation einer Klimaanlage. Das Angebot des AN sieht den Einbau von fünf Klimageräten vor, wobei der AN ergänzend darauf hinweist, dass für eine Klimatisierung aller Bestandsräume zwei weitere Klimageräte benötigt würden. In einem Vor-Ort-Termin vereinbaren die Parteien, dass es bei fünf Klimageräten bleibt. Der AG wird dabei von einem Fachplaner beraten. Später reklamiert der AG, dass im Sommer Raumtemperaturen von bis zu 29 Grad erreicht würden. Der AN verweigert die Nachbesserung. AG klagt einen Kostenvorschuss für die Demontage und Entsorgung der vorhandenen Klimaanlage sowie für den Einbau einer ausreichend dimensionierten Klimaanlage ein.

Entscheidung: Ohne Erfolg! Die vom AN installierte Klimaanlage weist zwar verschiedene Installationsmängel auf. Die unzureichende Leistungsfähigkeit der Anlage stellt jedoch keinen Baumangel dar. Insoweit fehlt eine Abweichung der Ist- von der vertraglich vereinbarten Soll-Beschaffenheit. Darlegungs- und beweisbelastet für das Vertragsoll ist - bereits vor der Abnahme - der Besteller. Hier hat der AG nicht dargelegt und bewiesen, dass eine Kühlung aller Räume auf eine bestimmte Zieltemperatur vereinbart wurde. Auch der funktionale Mangelbegriff, wonach die Funktionstauglichkeit des Werks in der Regel stillschweigend als

Beschaffenheit vereinbart wird, kommt dem AG nicht zugute. Denn nach dem funktionalen Mangelbegriff liegt kein Werkmangel vor, wenn der Besteller eine Funktionseinschränkung kennt und sich in Kenntnis dieser Funktionseinschränkung eigenverantwortlich für die betreffende Ausführung entscheidet. So lag es hier. Der von einem Fachplaner beratene AG hatte sich im Ergebnis der gemeinsamen Ortsbegehung gegen eine Klimatisierung aller Räume entschieden.

[OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.07.2021 - 23 U 108/20;](#)

BGH, Beschluss vom 24.04.2024 - VII ZR 747/21 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Praxishinweis: Der Unternehmer kann selten brauchbar beurteilen oder beweisen, welcher Risiken sich der Besteller bei der Auftragserteilung bewusst war. Ratsam ist daher immer - auch beim BGB-Bauvertrag - ein Bedenkenhinweis i.S.v. § 4 Abs. 3 VOB/B.

Bei mangelhafter Vorunternehmerleistung kein Mitverschulden des Auftraggebers

Der Auftraggeber schuldet dem Unternehmer grundsätzlich keine Bauaufsicht und muss sich daher ein Überwachungsverschulden der von ihm eingesetzten Bauleitung nicht anspruchsmindernd als Mitverschulden zurechnen lassen. Auch mangelhafte Leistungen des Vorunternehmers sind dem Auftraggeber regelmäßig nicht im Wege des Mitverschuldens zuzurechnen, weil der Vorunternehmer nicht als Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers einzustufen ist.

OLG Hamm, Urteil vom 10.07.2024 - 12 U 80/22, IBRRS 2024, 2699

Keine Mängelbeseitigung ohne Bauhandwerkersicherheit

Ein Unternehmer kann grundsätzlich auch dann noch eine Bauhandwerkersicherung verlangen, wenn er nur noch Mängelbeseitigungsmaßnahmen vorzunehmen hat. Wird die Sicherheit nicht gestellt, ist der Unternehmer berechtigt, die Mängelbeseitigung zu verweigern. Nach Beendigung des Nacherfüllungsstadiums besteht der Vergütungsanspruch des Unternehmers jedoch nur, soweit die Leistung mangelfrei erbracht wurde. Ist die Leistung mangelhaft, hat der Unternehmer nur Anspruch auf die um den Minderwert aufgrund der Mängel gekürzte Vergütung.

[OLG Schleswig, Urteil vom 24.07.2024 - 12 U 75/23](#)

Ein wirksamer Werkvertrag braucht nur die wesentlichen Vertragsbestandteile

Ein wirksamer Werkvertrag setzt eine Einigung über die sog. essentialia negotii (wesentlichen Bestandteile des Rechtsgeschäfts) voraus, wofür es ausreicht, dass die beiderseits geschuldeten Leistungen bestimmt oder zumindest eindeutig bestimmbar sind. Auch wenn der konkrete Leistungsumfang nicht im Detail niedergelegt ist, ist die Leistung hinreichend bestimmt, wenn sich aus dem Vertrag die für einen Werkvertrag prägenden wechselseitigen Hauptleistungspflichten der Parteien ergeben. Eine (detaillierte) Leistungsbeschreibung

stellt dann lediglich eine weitergehende Konkretisierung der vereinbarten Leistungspflichten dar.

[OLG Celle, Urteil vom 04.04.2024 - 2 U 34/23](#)

Das Prognoserisiko bei Schadensbeseitigung trägt der Auftragnehmer

Als Schaden ersatzfähig sind alle notwendigen Aufwendungen, also alle Kosten, die der Auftraggeber als vernünftiger, wirtschaftlich denkender Bauherr im Zeitpunkt der Beauftragung des Dritten für angemessen halten durfte, wobei es sich um eine vertretbare Maßnahme der Schadensbeseitigung handeln muss. Hat der Geschädigte sich sachkundig beraten lassen, kann er regelmäßig die Fremdnachbesserungskosten verlangen, die ihm aufgrund dieser Beratung entstanden sind. Das mit der sachkundig begleiteten Beurteilung einhergehende Risiko einer Fehleinschätzung trägt der Auftragnehmer. Der Auftragnehmer hat die Kosten selbst dann zu erstatten, wenn sich die zur Mängelbeseitigung ergriffenen Maßnahmen im Nachhinein als nicht erforderlich erweisen. Der Erstattungsanspruch des Auftraggebers ist erst dann gemindert, wenn die Grenzen des von ihm für erforderlich haltbaren Aufwands überschritten sind und er bei der Auswahl des Drittunternehmers die erforderliche Sorgfalt nicht beachtet hat.

[OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.05.2023 – 5 U 155/22](#)

Praxishinweis: Die Rechtsprechung schützt den Auftraggeber, der regelmäßig nicht in der Lage ist, darüber zu entscheiden, welche Arbeiten zur Schadensbeseitigung notwendig sind und sich daher regelmäßig sachverständig unterstützen lassen muss. Hat er dies getan, darf er sich auf die Einschätzung des Gutachters grundsätzlich verlassen. Etwas anderes gilt nur im streng umgrenzten Ausnahmefall.

Kaufvertragsrecht bei nachträglichem Einbau eines Batteriespeichers

Ein auf den nachträglichen Einbau eines zu liefernden Batteriespeichers gerichteter Vertrag stellt im Regelfall einen Kaufvertrag mit Montageverpflichtung und keinen Werkvertrag dar.

Sachverhalt: Der Auftragnehmer (AN) lieferte im Jahr 2017 an den Auftraggeber (AG) einen Stromspeicher und montierte diesen an eine bereits vorhandene Photovoltaikanlage des AG. Der Stromspeicher bietet Platz für insgesamt vier Batterien, war vereinbarungsgemäß aber lediglich mit zwei Batterien ausgestattet. Der AN wies in seiner Auftragsbestätigung darauf hin, dass der Speicher hinsichtlich der Systemleistung nachträglich flexibel erweiterbar sei. Im Jahr 2020 unterbreitete der AN dem AG ein Angebot über die Erweiterung des Stromspeichers. Zu einer Beauftragung dieser Erweiterung kam es aber nie, da sich herausgestellt hatte, dass eine Aufstockung des Stromspeichers grundsätzlich nur für die Dauer von 12 Monaten ab dem Zeitpunkt der Erstinbetriebnahme möglich ist. Mit Schreiben vom 01.07.2021 erklärte der AG den Rücktritt vom Vertrag und forderte den AN zur Rückabwicklung des Vertrags auf. Zu Recht?

Entscheidung: Nein! Der AG kann nicht (mehr) die Rückabwicklung des Vertrages verlangen. Auf den zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag ist das Kaufrecht und nicht das

Werkvertragsrecht anwendbar, weshalb gem. §§ 218, 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB nach dem Ablauf der kurzen kaufrechtlichen Verjährungsfrist für Mängelansprüche von zwei Jahren ein Rücktritt nicht mehr möglich ist.

Verpflichtet sich ein Unternehmer, einen Gegenstand zu liefern und zu montieren, ist für die rechtliche Einordnung des Vertragsverhältnisses von Bedeutung, auf welcher der beiden Leistungen bei der gebotenen Gesamtbetrachtung der Schwerpunkt liegt. Dabei sind vor allem die Art des zu liefernden Gegenstands, das Wertverhältnis von Lieferung und Montage sowie die Besonderheiten des geschuldeten Ergebnisses zu berücksichtigen. Die vorzunehmende Abgrenzung richtet sich danach, ob die Pflicht zur Eigentumsübertragung oder eine individuelle Herstellungspflicht im Vordergrund steht.

Im zu entscheidenden Fall beschränkte sich die Lieferverpflichtung auf einen serienmäßig produzierten und typmäßig bezeichneten Energiespeicher, welchen der AN als Standardprodukt beim Hersteller bezogen hat. Der Stromspeicher ist kein angepasstes typisiertes Einzelteil, das nach der Montage nur noch schwer anderweitig absetzbar wäre. Dass der AN eine Kapazitätsberechnung vorgenommen, den Speicher im Objekt des AG aufgestellt und mit der Bestandsanlage verbunden hat, ist unbeachtlich, denn der AN hat über die Berechnung der Dimensionierung hinaus keine Beratung und Planung mit umfangreichen Wirtschaftlichkeitsberechnungen oder aufwändige handwerkliche Installations- und Anpassungsarbeiten erbracht. Der AN hat den Stromspeicher ohne individuelle Anpassung entsprechend der Installationsanleitung angeschlossen. Der Stromspeicher kann ohne Weiteres wieder demontiert und anderweitig verwendet werden.

[OLG Saarbrücken, Urteil vom 06.08.2024 - 2 U 75/23](#)

Praxishinweis: Die Entscheidung orientiert sich an der Rechtsprechung des BGH zu Photovoltaikanlagen. Für die Begründung der Anwendbarkeit des Kaufrechts wurde nicht auf das Wertverhältnis zwischen Lieferung und Montage abgestellt - was mangels Vortrags der Parteien nicht möglich war – sondern auf den Schwerpunkt der Leistung, der im Wege einer Gesamtbetrachtung zu ermitteln ist.

Für eine Entschädigung nach § 642 BGB bedarf es einer bauablaufbezogenen Darstellung

Macht der Auftraggeber wegen eines gestörten Bauablaufs eine Entschädigung gem. § 642 BGB geltend, hat er u. a. eine konkrete, bauablaufbezogene Darstellung unter Berücksichtigung von Ausgleichsmaßnahmen vorzulegen. Darzulegen ist vom Auftragnehmer dabei, wie er den Bauablauf tatsächlich geplant hatte, d. h. welche Teilleistungen er in welcher Zeit erstellen wollte und wie der Arbeitskräfteeinsatz erfolgen sollte. Dem ist der tatsächliche Bauablauf gegenüberzustellen. Darzulegen sind auch etwaige Möglichkeiten, andere Bauabschnitte vorzuziehen oder Arbeitskräfte anderweitig einzusetzen.

OLG Celle, Beschluss vom 24.06.2022 – 14 U 27/22; IBRRS 2024, 2514

BGH, Beschluss vom 15.05.2024 - VII ZR 147/22 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Praxishinweis: Die Aussage, wonach es für einen Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB generell einer bauablaufbezogenen Darstellung nach Maßgabe der o.g. Vorgaben bedarf, erscheint zweifelhaft, da dies die Anforderungen für die schlüssige Darlegung eines Entschädigungsanspruchs aus § 642 BGB nahezu unerfüllbar macht. Maßgeblich muss vielmehr der Einzelfall sein: Der AN hat einerseits zu jeder Störung/Behinderung aus dem Risikobereich des AG und bestehendem Annahmeverzug sowie andererseits zu dem während der Dauer des Annahmeverzugs vergeblich vorgehaltenen Personal (mit einer Excel-Liste, die Tage/Stunden/Namen der Arbeitskräfte ausweist, die nicht - anderweitig - gearbeitet haben) vorzutragen. Im Hinblick auf die Möglichkeit des anderweitigen Einsatzes dieser nicht arbeitenden Arbeitskräfte auf dieser Baustelle oder anderen Baustellen des AN bzw. die Möglichkeit einer Umstellung des gesamten Arbeitsablaufs müssen aber der Vortrag des AG und der Grad der Wahrscheinlichkeit des Zutreffens entscheidend sein. Steht z.B. eine Baustelle wegen eines Bombenfundes für eineinhalb Tage still, ist es unrealistisch, dass für diesen Zeitraum ein anderweitiger Einsatz der Arbeitskräfte bzw. eine Umstellung des Bauablaufs möglich gewesen wäre, weshalb nicht einzusehen ist, warum vom AN in einem solchen Fall eine bauablaufbezogene Darstellung der Gesamtbaumaßnahme verlangt werden sollte, um einen Anspruch aus § 642 BGB schlüssig darzulegen.

III. Vergaberecht

Die zutreffende Beantwortung rechtzeitig gestellter Bieterfragen ist geschuldet

Öffentliche Auftraggeber haben im Vergabeverfahren rechtzeitig gestellte, auftragsbezogene Fragen der Bieter zutreffend und unter Beachtung des Geheimnisschutzes zu beantworten.

[BayObLG, Beschluss vom 01.08.2024 - Verg 19/23](#)

Auftraggeber muss Nachweis der Schlechtleistung erbringen

Im Streitfall über die Voraussetzungen des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB muss die Vergabestelle den Nachweis der Tatbestandsvoraussetzungen des Ausschlussgrunds führen, nämlich, dass eine erhebliche oder fortdauernde Schlechtleistung zur Kündigung oder einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt hat. Es genügt nicht, dass der Auftraggeber gekündigt hat, es muss vielmehr mit hinreichender Sicherheit feststehen, dass dies auch zu Recht erfolgt ist.

VK Südbayern, Beschluss vom 04.04.2024 - 3194.Z3-3_01-23-68, IBRRS 2024, 2710

Welche Zuschlagskriterien müssen dokumentiert werden?

Die Zuschlagsentscheidung muss im Vergabenachprüfungsverfahren überprüfbar sein. Die Nachprüfungsinstanzen müssen anhand der Dokumentation der Wertungsentscheidung die Einhaltung der Bewertungsgrundsätze nachvollziehen und daraufhin kontrollieren können, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten sowie von einem zutreffenden und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen wurde, keine sachwidrigen Erwägungen in die

Entscheidung eingeflossen sind und allgemeingültige Bewertungsmaßstäbe beachtet wurden. Vor allem dann, wenn der Auftraggeber sich eines aus Preis und qualitativen Aspekten zusammengesetzten Kriterienkatalogs bedient, bei dem die Angebote hinsichtlich der Qualitätskriterien mittels eines Benotungssystems bewertet werden und die Bewertungsmethode des Preises nur enge Kompensationsmöglichkeiten für qualitative Abzüge erwarten lässt, muss der Auftraggeber seine für die Zuschlagserteilung maßgeblichen Erwägungen in allen Schritten so eingehend dokumentieren, dass nachvollziehbar ist, welche konkreten qualitativen Eigenschaften der Angebote mit welchem Gewicht in die Benotung eingegangen sind.

[OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.03.2023 - Verg 24/22](#)

Erfordernis der produktneutralen Ausschreibung

Sachgründe für eine konkrete Produktvorgabe müssen in der Vergabeakte nachvollziehbar dokumentiert werden. Aus der Dokumentation müssen sich das Vorhandensein sachlicher Gründe und die daran anknüpfende Entscheidung des Auftraggebers nachvollziehbar erschließen lassen.

Das Gebot der produktneutralen Ausschreibung ist eine der Grundsäulen des diskriminierungsfreien Wettbewerbs. Nach § 7 EU Abs. 2 Satz 1 VOB/A 2019 dürfen grundsätzlich keine bestimmten Erzeugnisse, Verfahren, Ursprungsorte, Typen usw. durch den öffentlichen Auftraggeber vorgegeben werden. Durch diesen Grundsatz wird das Bestimmungsrecht des Auftraggebers eingeschränkt, um eine grundlose Wettbewerbsverengung durch produkt- bzw. herstellerbezogene Leistungsbeschreibungen zu verhindern.

Eine Ausnahme vom Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung ist möglich, wenn dies durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, § 7 EU Abs. 2 Satz 1 VOB/A 2019. Das ist der Fall, wenn vom Auftraggeber nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben worden sind, die Bestimmung willkürfrei getroffen worden ist, solche Gründe tatsächlich vorhanden sind und die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert.

Die aus dem Auftragsgegenstand abgeleiteten Sachgründe für eine konkrete Produktvorgabe und der Willensbildungsprozess des Auftraggebers müssen in der Vergabeakte nachvollziehbar dokumentiert werden. Aus der Dokumentation müssen sich das Vorhandensein sachlicher Gründe und die daran anknüpfende Entscheidung des Auftraggebers für einen unbefangenen Dritten nachvollziehbar erschließen lassen.

VK Sachsen, Beschluss vom 25.08.2023 – 1/SVK/019-23, IBRRS 2024, 2261;

Praxishinweis: Anzuerkennende Gründe für die Ausnahme einer Produktvorgabe können im Einzelfall z. B. sein: Denkmalschutzvorgaben, Einfügen in ein optisches Erscheinungsbild, ein architektonisches Konzept, die Ausstattung eines Gebäudes mit einheitlichen Geräten oder notwendigen kompatiblen Anlagenteilen.

III. Gesetzgebungsvorhaben

Umsetzungsstand des Bundestariftreuegesetzes

Der Referentenentwurf des Bundestariftreuegesetzes befindet sich seit dem 09.09.2024 in der Ressortabstimmung zwischen Ministerien. Es folgt die Verbändeanhörung, in deren Rahmen auch der BTGA eine Stellungnahme abgeben wird. Das Gesetzgebungsverfahren wird nach der Befassung des Bundesrats und des Bundestags mit der finalen Lesung im Bundesrat abgeschlossen, dessen Zustimmung erforderlich ist (Zustimmungsgesetz). Wird diese verweigert, müsste der Vermittlungsausschuss angerufen werden.

Im Hinblick auf die noch verbleibende Zeit bis zu den Neuwahlen des Bundestags, die derzeit für den 21.09.25 angesetzt sind, ist die Umsetzung des Gesetzgebungsverfahrens zeitlich zwar sehr knapp, aber machbar. Die letzte Bundestagsitzung ist derzeit für den 11.07.25 terminiert, bis dahin müsste das Gesetz den Bundestag passiert haben.

Das Bundesministerium der Finanzen hat das Tariftreuegesetz bisher aufgehalten, da zunächst die Wirtschaft an anderer Stelle entlastet werden müsse. Auch die FDP hatte die Zustimmung zu Tariftreuegesetz und Vergaberichtlinie miteinander verknüpft. Nachdem die Novelle zur Vergaberechtstransformation zwischenzeitig in die Ressortabstimmung eingebracht wurde, die Vereinfachungen bei der staatlichen Auftragsvergabe vorsieht und den Grenzwert für die Ausschreibungspflicht von bisher € 1.000 auf nunmehr € 15.000 erhöht, ist diese Hürde genommen.

Nach den Regelungen im Referentenentwurf sollen bestimmte öffentliche Aufträge nur noch an Unternehmen vergeben werden, die ihren Beschäftigten für den Zeitraum und im Zusammenhang mit der Auftragsdurchführung Arbeitsbedingungen gewähren, die sich an einem (repräsentativen) Branchen-Tarifvertrag orientieren.

Kernpunkte des Referentenentwurfs sind:

- Festlegung der für die „Tariftreue“ maßgeblichen Arbeitsbedingungen durch das BMAS auf Antrag einer Tarifvertragspartei in einer Rechtsverordnung (RVO).
- Teilnahme an Ausschreibungen des Bundes nur mit Tariftreueverpflichtung, d.h. Auftragnehmer verpflichten sich, den zur Leistungserbringung eingesetzten Beschäftigten für die Dauer und in dem Umfang, in der sie in Ausführung des öffentlichen Auftrags oder der Konzession tätig sind, mindestens die Arbeitsbedingungen zu gewähren, die in der jeweils einschlägigen RVO festsetzt sind.
- Arbeitsbedingungen umfassen Entlohnung, bezahlten Mindestjahresurlaub, Höchstarbeitszeiten, Mindestruhezeiten, Ruhepausenzeiten und die Fälligkeit dieser Ansprüche.
- Gilt auch für Nachunternehmer und Verleiher von Leiharbeitskräften.
- Anwendbarkeit auf öffentliche Aufträge und Konzessionen die durch einen „Bundesauftraggeber“ vergeben werden ab einem geschätzten Auftrags- bzw. Vertragswert von 25 000 Euro.

- Tarifkonkurrenz: Antrag auf Festsetzung des repräsentativeren Tarifvertrages, Beteiligung der Sozialpartner über eine Clearingstelle.
- Informationspflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer binnen 15 Tagen (Vordruck des Bundesauftraggebers).
- Kontrollen und Nachweispflichten.
- Betriebszugangsrechte der Gewerkschaften zu „im Betrieb zur Kommunikation verwendeten Informations- und Telekommunikationstechnologien“.
- Regelungen der Nachbindung bei Betriebsausgliederungen in Konzernstrukturen verschärft.

Wir werden Sie über den Fortgang des Gesetzgebungsverfahrens unterrichtet halten.

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.