

Verteiler:

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

Bonn, den 2. Februar 2023

Rechtliche Entwicklungen Januar 2023

Sehr geehrte Damen und Herren,

wie gewohnt, möchten wir Ihnen mit diesem Rundschreiben in knapper Form einen Überblick über Corona-News sowie aktuelle rechtliche Entwicklungen aus den Bereichen Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Bauvertragsrecht und Vergaberecht, Steuerrecht sowie zu Gesetzgebungsvorhaben zur Verfügung stellen.

GTGA
Güte- und Überwachungs-
gemeinschaft Technische
Gebäudeausrüstung e.V.

Hinter Hoben 149
D-53129 Bonn

Tel.: +49(0)2 28 21 46 26
Fax: +49(0)2 28 26 50 82

www.gtga.de
e-mail: info@gtga.de

I. Corona-News

Vorzeitiges Aus für Corona-Arbeitsschutzverordnung

Zeitgleich mit der Aufhebung der Maskenpflicht im Personenfernverkehr wird die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung vorzeitig zum 02.02.2023 aufgehoben. An ihre Stelle treten [Empfehlungen des Bundesarbeitsministeriums](#), die Arbeitgeber bei Bedarf zum Schutz ihrer Beschäftigten auch vor anderen Infektionskrankheiten wie z.B. der Grippe, anwenden können. Mit der Aufhebung der Corona-Arbeitsschutzverordnung wird das Corona-Infektionsrisiko Infektionsgeschehen wie z.B. einer Grippeinfektion quasi gleichgestellt.

In Einrichtungen der medizinischen Versorgung und Pflege sind auch weiterhin corona-spezifische Regelungen des Infektionsschutzgesetzes (welches nach wie vor gilt) zu beachten. In allen anderen Bereichen können Unternehmen künftig eigenverantwortlich festlegen, ob und welche Maßnahmen erforderlich sind.

Das BMAS empfiehlt u.a. in den Betrieben und Verwaltungen auch nach dem Wegfall der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung weiterhin bewährte Schutzmaßnahmen umzusetzen, um Ansteckungen bei der Arbeit zu vermeiden und krankheitsbedingte Personalausfälle zu minimieren, insbesondere:

- AHA+L-Regel (Abstand, Hygiene, Atemschutzmasken, Lüften)
- Einschränkung betriebsbedingter Personenkontakte,
- Maßnahmen zum Schutz vulnerabler Personen,

- Organisation bzw. Wahrnehmung regelmäßiger Schutz- und Auffrischungsimpfungen
- Maskenpflicht, wo technische / organisatorische Maßnahmen nicht ausreichen.

Unabhängig von der Art der Erkrankung gilt: AN sollen nicht krank zur Arbeit gehen.

In vielen Bundesländern ist die Isolationspflicht entfallen

Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Schleswig-Holstein, Rheinland-Pfalz, Saarland. (Niedersachsen und Bremen ab 1. Februar, Thüringen ab 3. Februar und Mecklenburg-Vorpommern ab Anfang März). In diesen Bundesländern können AN theoretisch trotz positivem Test zur Arbeit gehen. Ausnahmen hiervon gelten für Beschäftigte in medizinisch-pflegerischen Einrichtungen, Massenunterkünften und Justizvollzugsanstalten, für die weiterhin ein Arbeitsverbot bei positivem Corona-Test gilt.

Übersicht: [Coronaregeln in den Ländern](#)

Arbeitgeber können einerseits von Beschäftigten verlangen, dass sie die vereinbarte Arbeitsleistung erbringen, soweit sie arbeitsfähig, also nicht erkrankt sind. Aus arbeitsrechtlicher Sicht dürfen Corona-infizierte Beschäftigte nicht ohne Krankschreibung der Arbeit fern und zu Hause bleiben. Arbeitgeber dürfen in diesen Fällen ein ärztliches Attest fordern.

Arbeitgeber sind jedoch andererseits verpflichtet, für die Unversehrtheit von Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers zu sorgen, mithin ihre Beschäftigten vor dem Risiko einer Infektion mit SARS-CoV-2 zu schützen. Der Arbeitgeber hat Räume, Vorrichtungen oder Gerätschaften, die er zur Verrichtung der Dienst zu beschaffen hat, so einzurichten und zu unterhalten, und Dienstleistungen, die unter seiner Anordnung oder seiner Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln, dass der Arbeitnehmer gegen Gefahr für Leben und Gesundheit insoweit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet.

Diese Fürsorgepflicht (§ 618 BGB) gilt sowohl für Corona-infizierte Beschäftigte als auch den restlichen Kollegen gegenüber. Der Arbeitgeber hat keine absolute Schutzpflicht, sondern hat lediglich zumutbare Schutzvorkehrungen zu treffen. Insoweit sind Gefährdungsbeurteilungen zu erstellen bzw. den neuen Gegebenheiten anzupassen.

Verstößt der Arbeitgeber gegen seine Arbeitsschutz- bzw. Fürsorgepflichten, kann dem Arbeitnehmer ein Leistungsverweigerungsrecht (Grenze-Verhältnismäßigkeit) oder ein Anspruch auf Schadensersatz zustehen (potenzielle Haftungsfälle sind in der Regel in der gesetzlichen Unfallversicherung als Arbeitsunfälle oder Berufskrankheiten versichert).

In der Praxis bedeutet das:

Beschäftigte, die positiv getestet und von einem Arzt wegen der Infektion krankgeschrieben sind, dürfen - unabhängig vom Wegfall der Isolationspflicht - nicht arbeiten. Der Arbeitgeber zahlt den Lohn nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz für die Zeit der Krankschreibung weiter.

Beschäftigte, die symptomlos positiv getestet sind, aber nicht von einem Arzt wegen der Infektion krankgeschrieben sind, dürfen - sofern die Isolationspflicht entfallen ist - theore-

tisch am Arbeitsplatz erscheinen (mit Ausnahme bestimmter Berufsgruppen, u.a. Beschäftigte in Krankenhäusern, Alten- und Pflegeheimen) und müssen verpflichtend fünf Tage lang eine Maske tragen und Vorsichtsmaßnahmen einhalten.

Arbeitgeber sollten an ihre Mitarbeitenden appellieren, sich bei Erkältungssymptomen krankschreiben zu lassen und zu Hause zu bleiben. Dabei besteht die Möglichkeit der telefonischen Krankschreibung noch bis zum 31. März 2023.

Arbeiten mit dem Corona-Virus infizierte Beschäftigte im Betrieb, müssen Arbeitgeber ihr Hygienekonzept an die neuen Bedingungen anpassen und notwendige Schutzmaßnahmen ergreifen. Gibt es wirksame Schutzmaßnahmen, können sich andere Beschäftigte in der Regel aus Angst vor Ansteckung nicht weigern, am Arbeitsplatz zu erscheinen.

Arbeitgeber können die Beschäftigten bitten, nicht in den Betrieb zu kommen und von zuhause zu arbeiten oder Urlaub zu nehmen. Das setzt (sofern es im Betrieb keine Homeoffice-Vereinbarung gibt) Einvernehmen zwischen Arbeitgebern und Beschäftigten voraus.

Wollen Arbeitgeber - nicht zuletzt wegen ihrer Fürsorgepflicht gegenüber nicht-infizierten Beschäftigten - verhindern, dass positiv auf Corona getestete AN in den Betrieb kommen, können sie ein zeitlich befristetes Betretungsverbot aussprechen. Arbeitgeber, die arbeitswillige Beschäftigte am Betreten ihres Arbeitsplatzes hindern (Beschäftigungsanspruch des AN) oder ihnen keine geeignete Arbeit zuweisen können (Betriebsrisiko des AG), müssen damit rechnen, den Lohn trotzdem zu zahlen. (Die Anwendung von § 56 IfSG dürfte bei Wegfall der Isolationspflicht ausscheiden).

Die Beschäftigungs- und Vergütungspflicht von Pendlern zwischen Bundesländern mit bzw. ohne Isolationspflicht ist derzeit noch unklar. Ist ein Mitarbeiter positiv auf das Corona-Virus getestet, wohnt in einem Bundesland, in dem es keine Isolationspflicht gibt und arbeitet in einem Bundesland, in dem es eine Isolationspflicht gibt, muss er wohl nicht zur Arbeit im Betrieb erscheinen. Arbeitet ein Mitarbeiter in einem Bundesland, in dem keine Isolationspflicht besteht, wohnt aber an einem Ort, an dem die Isolationspflicht gilt, müsste er aus arbeitsrechtlicher Sicht zwar in den Betrieb kommen, würde aber auf dem Weg zur Arbeit gegen die Regeln verstoßen, sodass der Arbeitgeber wohl auch in dem Fall nicht darauf bestehen kann, dass der Mitarbeiter zur Arbeit kommt.

Die Vergütung ist fortzuzahlen, wenn die Pendler im Homeoffice arbeiten können oder ein anderer Vergütungsanspruch, etwa nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz oder § 616 BGB, besteht. Eine Erstattung des fortbezahlten Gehalts dürfte allenfalls in Betracht kommen, wenn laut Arbeitsvertrag der § 616 BGB keine Anwendung findet, denn „Der zur Dienstleistung Verpflichtete wird des Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, dass er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird.“ Der Zeitraum von fünf Tagen Isolation dürfte zu kurz sein, damit das weitergezahlte Gehalt vom Staat erstattet wird.

[Bundesgesundheitsministerium: Pandemievorsorge für Herbst und Winter](#)

II. Arbeits- Sozialversicherungs- und Tarifrecht

Seit 01.01.2023 ist die elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (eAU) Pflicht

Der „gelbe Schein“ ist seit dem 01.01.2023 „Geschichte“. Er entfällt vollständig und muss von den Versicherten nicht mehr selbst an ihre Kasse oder den Arbeitgeber (AG) übermittelt werden. Dafür müssen Ärzte seit dem 01.01.2023 die notwendige technische Ausstattung sicherstellen. Die Krankenkassen stellen die entsprechenden Arbeitsunfähigkeitsdaten elektronisch zur Verfügung und die AG rufen diese Daten dann ab. (Wir berichteten bereits im Rundschreiben für November 2022.)

Schritt 1: Arzt meldet an die Krankenkasse

Stellt der Arzt oder die Ärztin die Arbeitsunfähigkeit (AU) eines AN fest, übermittelt er in einem ersten Schritt die notwendigen Daten (die sich bisher auf der AU in Papier befunden haben) elektronisch an die zuständige Krankenkasse.

Schritt 2: Arbeitnehmende informieren Arbeitgeber

AN müssen den AG über die festgestellte Arbeitsunfähigkeit unterrichten.

Schritt 3: Datenabruf des Arbeitgebers bei der Krankenkasse

Der AG ruft folgende Daten bei der zuständigen Krankenkasse ab:

- Name des/der Beschäftigten,
- Beginn und Ende der Arbeitsunfähigkeit,
- Datum der ärztlichen Feststellung der Arbeitsunfähigkeit,
- Kennzeichnung als Erst- oder Folgemeldung und
- Angabe, ob Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die AU auf einem Arbeitsunfall oder sonstigen Unfall oder auf den Folgen eines Arbeitsunfalls oder sonstigen Unfalls beruht.

AN haben weiterhin Anspruch darauf, dass der Arzt oder die Ärztin ihnen die AU in Papier aushändigt. Damit bleibt den AN die Papierbescheinigung als gesetzlich vorgesehenes Beweismittel, mit dem ihr von der Rechtsprechung zugebilligten hohen Beweiswert erhalten, um insbesondere in Störfällen - wie etwa einer fehlgeschlagenen Übermittlung im elektronischen Verfahren - das Vorliegen der AU als Voraussetzung der Entgeltfortzahlung außerprozessual und prozessual nachzuweisen. (Laut Gesetzgeber soll an der Papierbescheinigung festgehalten werden, bis ein für den Nachweis der AU gegenüber dem AG geeignetes elektronisches Äquivalent mit gleich hohem Beweiswert zur Verfügung steht.)

Der Abruf der Daten durch den Arbeitgeber bei der zuständigen Krankenkasse erfolgt auch für AN, die auf Minijob-Basis beschäftigt sind. (Minijobber müssen künftig Angaben zur Krankenkasse machen).

Das neue Verfahren gilt u.a. nicht für privat krankenversicherte AN, bei Minijobs in Privathaushalten und in Fällen, in denen die Feststellung der AU durch einen Arzt erfolgt, der nicht an der vertragsärztlichen Versorgung teilnimmt.

Die wichtigsten Arbeitgeberfragen zu eAU sind abrufbar unter
<https://www.aok.de/fk/sozialversicherung/entgeltfortzahlung-und-ausgleichsverfahren/elektronische-au-bescheinigung/elektronische-au-bescheinigung/>):
<https://arbeitgeber.de/elektronische-arbeitsunfaehigkeitsbescheinigung/>

Dienstliche Mitteilungen müssen in der Freizeit nicht gelesen werden

Ein Mitarbeiter ist nicht verpflichtet, sich in seiner Freizeit zu erkundigen, ob sein Dienstplan geändert worden ist oder eine Mitteilung des Arbeitgebers - etwa per Telefon - entgegenzunehmen oder eine SMS zu lesen. Auch wenn davon auszugehen ist, dass eine SMS auf dem Handy eingegangen ist, darf mit der Kenntnisnahme des Inhalts der SMS erst mit dem planmäßigen Dienstbeginn gerechnet werden. AN sind nicht verpflichtet, während der Freizeit dienstliche SMS anzurufen und damit zugleich die Freizeit zu unterbrechen. Beim Lesen einer SMS oder sonstigen Mitteilung des AG handelt es sich um Arbeitszeit, der AN erbringt mit dem Lesen eine Arbeitsleistung. In seiner Freizeit steht dem AN das Recht auf Unerreichbarkeit zu. Es gehört zu den vornehmsten Persönlichkeitsrechten, dass ein Mensch selbst entscheidet, für wen er/sie in dieser Zeit erreichbar sein will oder nicht.

[LAG Schleswig-Holstein v. 27.9.2022 - 1 Sa 39 öD/22](#)

Abgrenzung Arbeitnehmerüberlassung zur Ausführung eines Dienstvertrages

Eine unrechtmäßige Arbeitnehmerüberlassung (AÜ) hat den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Auftraggeber zur Folge (§ 1 Abs. 1 Satz 2, Satz 5, § 9 Abs. 1 Nr. 1a, § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG).

Zwar enthält § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG eine Legaldefinition der AÜ, gleichwohl bereitet die Abgrenzung zwischen AÜ und Dienst- und Werkverträgen Schwierigkeiten. Das BAG hat sich ausführlich mit den Abgrenzungskriterien befasst:

Eine Überlassung zur Arbeitsleistung iSd. § 1 Abs. 1 AÜG liegt vor, wenn einem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit nach Weisungen des Entleihers und in dessen Interesse ausführen.

Die AÜ ist durch eine spezifische Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher einerseits (dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag) und zwischen Verleiher und AN andererseits (dem Leiharbeitsvertrag) sowie durch das Fehlen einer arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen AN und Entleiher gekennzeichnet. Notwendiger Inhalt eines AÜ-Vertrags ist die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, diesem zur Förderung von dessen Betriebszwecken AN zur Verfügung zu stellen. Die Vertragspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher endet, wenn er den AN ausgewählt und ihn dem Entleiher zur Verfügung gestellt hat.

Von AÜ zu unterscheiden ist die Tätigkeit eines AN bei einem Dritten aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrags. In diesen Fällen wird der Unternehmer für einen anderen tätig. Er organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und bleibt für die Erfüllung der in dem Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werks gegenüber dem Drittunternehmen verantwortlich. Die zur Ausführung des Dienst- oder Werkvertrags eingesetzten AN unterliegen den Weisungen des Unternehmers und sind dessen Erfüllungsgehilfen. Solche Dienst- oder Werkverträge werden vom AÜG nicht erfasst.

Der Werkbesteller oder Auftraggeber kann dem Werkunternehmer selbst oder dessen Erfüllungsgehilfen Anweisungen für die Ausführung des Werks erteilen (§ 645 Abs. 1 Satz 1 BGB). Entsprechendes gilt für Dienstverträge.

Jedoch ist die arbeitsrechtliche Weisungsbefugnis von der projektbezogenen werkvertraglichen Anweisung iSd. § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB zu unterscheiden. Die werkvertragliche Anweisung ist sachbezogen und ergebnisorientiert. Sie ist gegenständlich auf die zu erbringende Werkleistung begrenzt. Das arbeitsrechtliche Weisungsrecht ist demgegenüber personenbezogen, ablauf- und verfahrensorientiert. Es beinhaltet Anleitungen zur Vorgehensweise und weiterhin die Motivation des Mitarbeiters, die nicht Inhalt des werkvertraglichen Anweisungsrechts sind.

Der Inhalt der Rechtsbeziehung zwischen dem Vertragsarbeitgeber und dem Dritten ist auf Grundlage der ausdrücklichen Vereinbarungen der Vertragsparteien unter Berücksichtigung der praktischen Durchführung des Vertrags zu bestimmen. Sprechen einige Kriterien für die Annahme, der AN sei als Erfüllungsgehilfe im Rahmen eines Dienstleistungsvertrags tätig geworden und andere für das Vorliegen einer AÜ, ist die tatsächliche Durchführung des Vertrags maßgeblich. Aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen lassen sich am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragsparteien ausgegangen sind, was sie also wirklich gewollt haben. Der so ermittelte Wille der Vertragsparteien bestimmt den Vertragstyp.

[BAG Urteil vom 05.07.2022 – 9 AZR 323/21](#)

Fünfte Verordnung über eine Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung

Am 1. Januar 2023 ist die [Fünfte Verordnung über eine Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung in Kraft getreten](#). Mit der Verordnung wird der gemeinsame Vorschlag der Tarifvertragsparteien der Zeitarbeit, die im Tarifvertrag zur Regelung von Mindeststundenentgelten in der Zeitarbeit vom 21. Juni 2022 als Lohnuntergrenze in einer Verordnung nach § 3a Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) verbindlich festzusetzen, umgesetzt. Die Verordnung ist bis zum 31. März 2024 befristet.

Die Verordnung soll für alle im Inland wie im Ausland ansässigen AG gelten, die als Verleiher Dritten (Entleiher) im Inland beschäftigte AN (Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen.

Das Mindeststundenentgelt beträgt:

vom 1. Januar 2023 bis zum 31. März 2023 - 12,43 Euro,

vom 1. April 2023 bis zum 31. Dezember 2023 – 13,00 Euro

vom 1. Januar 2024 bis zum 31. März 2024 - 13,50 Euro.

Beginn des Kündigungsverbots für schwangere Arbeitnehmerinnen

Das Kündigungsverbot im Mutterschaftsgesetz beginnt 280 Tage vor dem voraussichtlichen Entbindungstermin. Dieser Zeitraum stellt die äußerste zeitliche Grenze dar, innerhalb derer eine Schwangerschaft vorliegen kann. Soweit die Mitteilungsfrist unverschuldet versäumt worden sei, muss dies unverzüglich beim AG nachgeholt werden.

Nach BAG wird der Beginn des Kündigungsverbots aus § 17 Abs. 1 Satz 1 MuSchG bei natürlicher Empfängnis in entsprechender Anwendung von § 15 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 MuSchG in der Weise bestimmt, dass vom ärztlich festgestellten mutmaßlichen Tag der Entbindung um 280 Tage zurückgerechnet wird. Dieser Zeitraum umfasse die mittlere Schwangerschaftsdauer. Er markiere die äußerste zeitliche Grenze, innerhalb derer bei normalem Zyklus eine Schwangerschaft vorliegen könne. Diese Auslegung stehe im Einklang mit dem Unionsrecht. Das in Art. 10 Nr. 1 Mutterschutzrichtlinie vorgesehene Kündigungsverbot solle verhindern, dass sich die Gefahr, aus Gründen entlassen zu werden, die mit dem Zustand der schwangeren AN in Verbindung stehen, schädlich auf ihre physische und psychische Verfassung auswirken könne. Daher sei vom frühestmöglichen Zeitpunkt einer Schwangerschaft auszugehen, um den Schutz von schwangeren AN zu gewährleisten.

[BAG, Urteil vom 24.11.2022 – 2 AZR 11/22](#)

III. Bauvertragsrecht

Eine E-Mail genügt nicht zur Kündigung

Für ab 2018 geschlossene Bauverträge genügt ein vom Bauherrn unterschriebenes, eingescanntes und per Mail verschicktes Kündigungsschreiben nicht zur Erfüllung des Schriftformerfordernisses. Es gilt die Schriftform gem. § 650 h BGB. Das Kündigungsschreiben ist demnach vom Verfasser eigenhändig mit Namen zu unterzeichnen (§ 126 BGB) und dem Empfänger zu übergeben (Bauverträge, die vor dem 1. Januar 2018 abgeschlossen (Datum der Unterzeichnung) wurden, bleiben weiterhin mittels einfacher E-Mail kündbar.

[Oberlandesgericht München, Beschluss vom 3. Februar 2022, Az. 28 U 3344/21 Bau](#)

Anleitungen des Herstellers sind einzuhalten

Eine Rohrverbindung, die als Sicherheitsvorrichtung unverpresst undicht sein soll, hat einen Produktfehler, wenn sie unverpresst dicht ist. Der Hersteller einer Rohrverbindung haftet nicht wegen eines Produktfehlers für einen Wasserschaden, wenn der Sanitärinstallateur

bei der Druckprüfung nicht das vorgegebene Prüfprogramm einhält, es sei denn, auch die Einhaltung des Prüfprogramms hätte den Schaden nicht verhindert.

[OLG München, Urteil vom 23.02.2022 – 7U 4204/16](#)

Praxishinweis: Der Sanitärinstallateur muss beweisen, dass der Produktfehler den Schaden verursacht hat, hier also, dass der Produktfehler auch bei richtig durchgeführter Druckprüfung zu einem Schaden geführt hätte. Das entspricht § 1 Abs. 4 ProdHaftG, wonach der Geschädigte die Beweislast für Fehler, Schaden und Kausalität trägt.

Architekt und Bauunternehmer sind keine Gesamtschuldner

Schulden mehrere eine Leistung in der Weise, dass jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist (Gesamtschuldner), so kann der Gläubiger die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Teil fordern (§ 421 Satz 1 BGB). Die Erfüllung durch einen Gesamtschuldner wirkt auch für die übrigen Schuldner (§ 422 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Voraussetzung einer gesamtschuldnerischen Haftung ist, dass zwischen den Haftenden aufgrund der Gleichstufigkeit der Verpflichtungen eine Tilfungsgemeinschaft besteht. Sie fehlt, wenn der Leistungszweck der einen gegenüber der anderen Verpflichtung nachrangig ist.

Die vertragliche Verpflichtung des Bauunternehmers bezieht sich auf die mangelfreie Errichtung des Bauwerks. Die Verpflichtungen des Architekten aus der Leistungsphase 9 beginnen demgegenüber erst dann, wenn das Bauwerk errichtet ist und die Werkleistungen des Bauunternehmers abgenommen worden sind. Es fehlt zudem an einer rechtlichen Zweckgemeinschaft, denn der Architekt und der Bauunternehmer haben nicht, jeder auf seine Art, für die Beseitigung desselben Schadens einzustehen, sodass der Bauherr nicht nach Belieben den Architekten oder den Bauunternehmer in Anspruch nehmen kann.

[BGH Urteil vom 01.12.2022 - VII ZR 90/22](#)

Anmerkung: Bei der Beurteilung, ob ein Gesamtschuldverhältnis vorliegt, ist zwischen den jeweiligen Leistungen der Beteiligten zu differenzieren. Voraussetzung ist die Gleichstufigkeit der Verpflichtungen der Beteiligten. Wäre die Schadensersatzpflicht des Architekten auf eine Leistung zurückzuführen gewesen, die den Leistungen der Leistungsphasen 1-8 entspricht, könnte u.U. ein Gesamtschuldverhältnis mit dem ausführenden Unternehmen angenommen werden.

Im LV genanntes Produkt ist zu verbauen, wenn kein gleichwertiges Produkt angegeben wurde

Der Auftragnehmer ist verpflichtet, vom Auftraggeber im Leistungsverzeichnis vorgegebene Produkte zu verwenden. Das gilt auch, wenn LV-Positionen den Zusatz "oder gleichwertig" enthalten, der Auftraggeber den Einsatz gleichwertiger Produkte aber nur zulässt, wenn der Auftragnehmer im Angebot entsprechende Produktangaben (Hersteller- und Typenbezeichnung) einträgt, der Auftragnehmer solche Angaben aber unterlässt. Eine solche vom AG

vorformulierte Regelung ist weder überraschend noch intransparent und benachteiligt den AN auch nicht unangemessen. Verwendet der AN ein anderes als das vertraglich vereinbarte Produkt, ist seine Leistung mangelhaft und der AG ist zur Kündigung des VOB/B-Vertrags berechtigt.

[OLG Celle, Urteil vom 14.12.2022 - 14 U 44/22](#)

Befreiung von der Mängelhaftung nur durch ordnungsgemäße Bedenkenanmeldung

Ein Werk ist auch dann mangelhaft, wenn die Ursachen des Mangels in der Sphäre des Auftraggebers - etwa eine fehlerhafte Planung - begründet sind. Der Unternehmer ist aber von der Haftung für Mängel befreit, wenn er seine Bedenkenhinweispflicht erfüllt hat. Ein Bedenkenhinweis ist nicht deshalb entbehrlich, weil der Besteller ein professionelles Bauunternehmen ist oder es bei anderen Bauvorhaben in der Vergangenheit zu ähnlichen Mangelsymptomen gekommen ist. Ein zur Haftungsbefreiung führender Bedenkenhinweis - der bei BGB-Verträgen nicht zwingend in Schriftform zu erteilen ist - setzt voraus, dass der Besteller ausreichend gewarnt wird. Die nachteiligen Folgen und die sich daraus ergebenden Gefahren der unzureichenden Vorgaben müssen konkret dargelegt werden, damit dem Besteller die Tragweite der Nichtbefolgung klar wird. Allgemeine und vage Hinweise genügen nicht. Je schwerwiegender die mögliche Konsequenz der Nichtbefolgung, desto deutlicher muss der Hinweis ausfallen. Der Hinweis ist an den Auftraggeber zu richten. Ein Bedenkenhinweis an den Bauleiter/Architekten des Bauherrn reicht jedenfalls dann nicht aus, wenn dieser selbst für den Mangel verantwortlich ist oder sich den Bedenken verschließt.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 02.12.2022 - 22 U 113/22, IBRRS 2022, 3774

Praxishinweis: Auch wenn grundsätzlich ein mündlicher Bedenkenhinweis ausreicht, sollte er schon aus Beweisgründen immer schriftlich und zum frühestmöglichen Zeitpunkt erfolgen. Der Auftragnehmer hat es selbst in der Hand, sich durch eine rechtzeitige und ordnungsgemäße Bedenkenanmeldung aus der Mängelhaftung zu befreien. Der Auftraggeber hat dann die Mitwirkungsobliegenheit, auf die Bedenkenanmeldung zu reagieren. Bis dahin ist der Auftragnehmer in der Ausführung seiner Leistung behindert. Er sollte daher ggf. gleichzeitig mit der Bedenkenanmeldung auch Behinderung anzeigen. Sobald der Auftraggeber auf die Bedenkenanmeldung reagiert, hat der Auftragnehmer die Anweisung des Auftraggebers erneut zu prüfen. Ermöglicht auch die als Reaktion auf die Bedenkenanmeldung erfolgte Anweisung des Auftraggebers keine mangelfreie Ausführung, hat der Auftragnehmer ggf. erneut Bedenken anzumelden. Der Auftragnehmer ist jedoch zur Ausführung seiner Leistungen verpflichtet, wenn der Auftraggeber auf einer Durchführung der Arbeiten trotz der angemeldeten Bedenken besteht. Dies gilt nur dann ausnahmsweise nicht, wenn der Auftragnehmer mit der Ausführung seiner Leistungen gegen ein behördliches oder gesetzliches Verbot verstoßen würde oder eine Gefahr für Leib und Leben droht.

Mangel bei nur kurzer Haltbarkeit

Ein Werk ist mangelhaft, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit nicht hat. Unter der Beschaffenheit des Werks sind insbesondere alle dem Werk unmittelbar und jedenfalls für eine

gewisse Zeit anhaftenden physischen Merkmale zu verstehen. Auch die Haltbarkeit eines Werks kann zur vereinbarten Beschaffenheit gehören. Der Besteller einer Wärmepumpe kann erwarten, dass die Anlage dauerhaft läuft. Danach liegt ein Mangel vor, wenn eine Wärmepumpe binnen kurzer Frist nicht mehr funktioniert. Eine kurze Haltbarkeit muss der Besteller nicht hinnehmen. Ein Mangel liegt nicht vor, wenn der Defekt auf einer äußeren Einwirkung beruht oder beruhen könnte.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 31.10.2022 - 22 U 231/21, IBRRS 2023, 0040

"Eigen-Insolvenzantrag" kann als Kündigungsgrund nachgeschoben werden

Die Regelung des § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B, wonach der Auftraggeber den Vertrag u. a. kündigen kann, wenn vom Auftragnehmer das Insolvenzverfahren beantragt ist, verstößt weder gegen die Vorschriften der Insolvenzordnung noch benachteiligt sie den Auftragnehmer unangemessen. Das gilt auch für den Fall der Eigenverwaltung nach §§ 270 ff. InsO. Mangels Begründungszwangs der Kündigung ist ein Nachschieben von Gründen grundsätzlich jederzeit möglich, sofern der Grund bereits zum Zeitpunkt der Kündigungserklärung vorgelegen hat und hätte geltend gemacht werden können. Auch der Kündigungsgrund "Eigen-Insolvenzantrag" kann nachgeschoben werden.

[OLG Hamm, Beschluss vom 15.06.2021 - 24 U 74/20;](#)

BGH, Beschluss vom 10.08.2022 - VII ZR 779/21 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Bei unzuverlässigem Auftragnehmer ist der Kostenvorschuss auch ohne Fristsetzung möglich

Die Geltendmachung eines Kostenvorschussanspruchs durch den Auftraggeber wegen Mängeln setzt grundsätzlich eine ordnungsgemäße, fristbeinhaltende Mängelbeseitigungsaufforderung an den Auftragnehmer voraus. Eine Aufforderung zur Mängelbeseitigung nebst Fristsetzung ist jedoch entbehrlich, wenn das Verhalten des Auftragnehmers von vorneherein zweifelsfrei und endgültig erkennen lässt, dass er einer Aufforderung zur Nacherfüllung nicht nachkommen wird. Einer Aufforderung zur Mängelbeseitigung nebst Fristsetzung bedarf es auch dann nicht, wenn sich der Auftragnehmer bei der Bauausführung derart unzuverlässig und nachlässig verhalten hat, dass dem Auftraggeber die Vornahme der Mängelbeseitigung durch den Auftragnehmer nicht mehr zuzumuten ist. Allein das Vorhandensein einer mangelhaften Leistung begründet in der Regel nicht die Unzumutbarkeit einer Nachbesserung durch den Auftragnehmer. Etwas anderes gilt, wenn in ungewöhnlicher Häufigkeit gegen die anerkannten Regeln der Technik verstoßen wurde, die Verstöße zu gravierenden Mängeln geführt haben und der Auftraggeber deshalb das Vertrauen in die Leistungsfähigkeit des Auftragnehmers endgültig verloren hat.

KG, Urteil vom 25.02.2022 - 21 U 1099/20; IBRRS 2023, 0174

BGH, Beschluss vom 16.11.2022 - VII ZR 69/22 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Wurden die Abstandsflächen eingehalten, ist die Verschattung einer PV-Anlage hinzunehmen

Bei Einhaltung der bauordnungsrechtlichen Abstandsflächen gegenüber einem Grundstück mit einem mit einer Solar- bzw. Photovoltaikanlage ausgerüsteten Gebäude ist eine vorhabenbedingte teilweise Verschattung der Anlage grundsätzlich nicht als Verstoß gegen das Gebot der Rücksichtnahme zu werten. Es besteht regelmäßig kein schutzwürdiges Vertrauen darauf, dass ein bestehender Lagevorteil einer Photovoltaikanlage fortbestehen wird. Funktion und Schutzzweck der Abstandsflächen werden nicht zugunsten von Solaranlagen modifiziert. Eine nur ausnahmsweise zu bejahende Rücksichtslosigkeit erfordere eine substantiierte Angabe von konkreten Anhaltspunkten, denn die Einhaltung der Abstandsflächen indiziert die Einhaltung der erforderlichen Rücksichtnahme. (Der Einwand von Ertragseinbußen von bis zu 40 Prozent infolge einer Verschattung stelle keinen hinreichenden Ausnahmefall dar.)

[OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 02.11.2022 - 2 A 518/22](#)

Praxishinweis: Abstandsflächen schützen eine ausreichende Belüftung und Besonnung von Nachbargrundstücken, im Mittelpunkt steht das Schutzgut Mensch und nicht die erneuerbare Stromerzeugung. Genehmigungsfragen zu Solaranlagen beziehen zudem regelmäßig nicht potenzielle Entwicklungen in der Umgebung ein und können daher nicht Vertrauensschutz über die eigene Grundstücksgrenze entfalten. Andererseits sollten diejenigen, die frühzeitig ihre Beteiligung an der Energiewende geleistet haben, nicht durch - zulässige - Nachbarvorhaben unzumutbar benachteiligt werden. Dieser Konflikt ist auf kommunaler Ebene zu lösen.

Fristen bei zusammengefasster Rüge

Notwendigkeit und Angemessenheit einer Fristsetzung müssen bei einer zusammengefassten Rüge einer Vielzahl von Mängeln für jeden Mangel gesondert beurteilt werden.

OLG Koblenz, Urteil vom 15.12.2022 - 1 U 688/22, IBRRS 2023, 0138

IV. Vergaberecht

Kein automatischer Ausschluss von Angeboten verbundener Unternehmen

Der Umstand, dass zwischen Bieterunternehmen durch Eigentum oder die Anzahl der Stimmrechte, ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, berechtigt den öffentlichen Auftraggeber noch nicht dazu, diese Unternehmen automatisch vom Vergabeverfahren auszuschließen. Der öffentliche Auftraggeber, der von objektiven Anhaltspunkten Kenntnis erlangt, die Zweifel an der Eigenständigkeit und Unabhängigkeit eines Angebots aufkommen lassen, hat vielmehr alle relevanten Umstände zu prüfen, um Interessenkonflikte zu verhindern, aufzudecken und zu beheben, gegebenenfalls auch dadurch, dass die Parteien ersucht werden, bestimmte Informationen und Beweise vorzulegen. Stellt sich heraus, dass die Angebote nicht eigenständig und unabhängig erstellt worden sind, mithin sich personelle

Verbindungen und Einflussnahmemöglichkeiten auf die Erstellung der Angebote konkret ausgewirkt haben, steht dies einem Zuschlag an die Bieter, die ein solches Angebot abgegeben haben, entgegen.

[OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.03.2022 - Verg 28/21](#)

Bei ungewöhnlich niedrigem Preis ist die Einhaltung von Kalkulationsvorgaben zu überprüfen

Der öffentliche Auftraggeber verlangt vom Bieter Aufklärung, wenn der von ihm angebotene Preis im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig erscheint. Er hat für die Entscheidung der Frage, ob der Preis eines Angebots ungewöhnlich niedrig erscheint, einen Einschätzungs- bzw. Beurteilungsspielraum, der von ihm pflichtgemäß und fehlerfrei auszuüben ist. Der Spielraum des Auftraggebers wird aber dahingehend begrenzt, dass er jedenfalls all diejenigen Merkmale des konkreten Auftragsgegenstands in den Blick nehmen muss, die eine Einschätzung ermöglichen können, ob der angebotene Preis im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig erscheint. Allein eine Betrachtung der im Wettbewerb abgegebenen Angebote genügt hierfür in der Regel nicht. Um das Verhältnis zwischen dem angebotenen Preis und der zu erbringenden Leistung sachgemäß einschätzen zu können, ist die Berücksichtigung aller für die Angebotskalkulation relevanten Merkmale geboten, sofern der öffentliche Auftraggeber solche ausdrücklich in den Vergabeunterlagen vorgegeben hat.

[VK Bund, Beschluss vom 24.11.2022 - VK 2-94/22](#)

Nachträgliche Präzisierung von Zuschlagskriterien ist möglich

Zuschlagskriterien müssen so festgelegt und bestimmt sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. Die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung müssen in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen aufgeführt werden. Das gilt grundsätzlich sowohl für die Zuschlags(haupt)kriterien als auch für die Unterkriterien. Der öffentliche Auftraggeber ist aber nicht daran gehindert, nachträglich - auch erst nach dem Ablauf der Angebotsfrist - eine Präzisierung der bekannt gemachten Zuschlagskriterien vorzunehmen.

[VK Bund, Beschluss vom 07.12.2022 - VK 2-96/22](#)

V. Steuerrecht

Deutsche Bundesbank erhöht den Basiszins nach § 247 BGB auf 1,62 % zum 01.01.2023

Die Deutsche Bundesbank hat den Basiszins gemäß § 247 Abs. 1 BGB erstmals seit dem 01.07.2011 erhöht und zum ersten Mal seit dem 01.07.2016 überhaupt angepasst, und zwar

um 2,50 %-Punkte von -0,88 % auf nun 1,62 %. Er befindet sich nun auf einem Niveau wie letztmals zum 01.01.2009.

Die Steigerung des Basiszinssatzes wirkt sich unmittelbar auf die Verzugszinsen nach § 288 BGB aus:

- Der Verzugzinssatz bei Geschäften, bei denen ein Verbraucher beteiligt ist, beträgt gemäß § 288 Abs. 1 BGB fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz und steigt somit von 4,12 % (-0,88 % + 5,00 %) auf 6,62 % (1,62 % + 5,00 %).
- Außerdem steigt der Verzugzinssatz für Geschäfte zwischen Unternehmen, welcher gemäß § 288 Abs. 2 BGB neun Prozentpunkte über dem Basiszinssatz beträgt. Dieser erhöht sich von 8,12 % (-0,88 % + 9,00 %) auf 10,62 % (1,62 % + 9,00 %).

Lohnsteuerliche Abrechnung behördlicher Erstattungsbeträge

Arbeitnehmer, die sich – ohne krank zu sein – auf Anordnung des Gesundheitsamts als Krankheits- oder Ansteckungsverdächtige in Quarantäne begeben müssen oder einem Tätigkeitsverbot unterliegen, erhalten im Falle des Verdienstausfalls im Regelfall eine Entschädigung nach § 56 Abs. 1 IfSG. Die Verdienstausfallentschädigung ist für die Dauer des Arbeitsverhältnisses, längstens für sechs Wochen, zu zahlen. Die Zahlung leistet der Arbeitgeber für die Entschädigungsbehörde (Erstattung auf Antrag). Die Verdienstausfallentschädigung ist für den Arbeitnehmer steuerfrei und unterliegt dem Progressionsvorbehalt. Sie ist im Lohnkonto aufzuzeichnen und unter Nummer 15 der elektronischen Lohnsteuerbescheinigung bzw. der Besonderen Lohnsteuerbescheinigung zu bescheinigen.

[BMF-Schreiben vom 25.1.2023](#)

VI. Gesetze und Richtlinien

Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz: Umsetzungsvorgaben zu den Berichtspflichten

Die materiellen Berichtspflichten für die Unternehmen gem. § 10 Abs. 2 LkSG bleiben bestehen, d. h. alle Unternehmen, die unter den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen, sind verpflichtet, regelmäßig jährlich einen Bericht über die Erfüllung der im Gesetz verankerten Sorgfaltspflichten im vergangenen Geschäftsjahr zu veröffentlichen. Die Berichte müssen auf der Internetseite des Unternehmens spätestens vier Monate nach dem Schluss des Geschäftsjahres für einen Zeitraum von sieben Jahren kostenfrei öffentlich zugänglich gemacht werden. Die Erfüllung der Sorgfaltspflichten ist fortlaufend unternehmensintern zu dokumentieren. Die Dokumentation ist ab ihrer Erstellung mindestens sieben Jahre lang aufzubewahren. Sie wird nicht öffentlich zugänglich gemacht.

Der Bericht generiert sich aus den Antworten eines strukturierten Fragebogens. Durch die vollständige und wahrheitsgemäße Beantwortung des Fragebogens sowie die Veröffentli-

chung des dann generierten Berichts auf der Internetseite des Unternehmens kommen die Unternehmen ihrer Berichtspflicht nach § 10 Abs. 2 LkSG nach.

[Merkblatt – Fragenkatalog zur Berichterstattung gemäß § 10 Abs. 2 LkSG.](#)

Das BAFA prüft die eingereichten Berichte und kann Nachbesserungen nach § 13 Absatz 2 LkSG verlangen sowie Bußgelder nach § 24 Absatz 1 Nummer 10 bis Nummer 12 LkSG verhängen.

Das BAFA wird erst zum Stichtag 1. Juni 2024 das Vorliegen der Berichte sowie deren Veröffentlichungen nachprüfen. Unternehmen, die vor dem 1. Juni 2024 berichten, kann das BAFA bei Bedarf Hinweise geben, wie den Anforderungen des LkSG in Folgeberichten Rechnung getragen werden sollte. Die Erfüllung der übrigen Sorgfaltspflichten und deren Kontrolle durch das BAFA werden hiervon nicht berührt. [BAFA: Informationen zur Berichtspflicht](#)

Das BAFA hat eine Seite eingerichtet, über die weltweit über ein Online-Formular in den Sprachen Deutsch, Englisch, Französisch und Spanisch Beschwerden gegen Unternehmen eingereicht werden können. [BAFA: Beschwerden im Sinne des LkSG](#)

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.