

GTGA · Hinter Hoben 149 · 53129 Bonn

**Verteiler:**

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

Bonn, den 12. Oktober 2023

**Rechtliche Entwicklungen September 2023**

Sehr geehrte Damen und Herren,

wie gewohnt, möchten wir Ihnen mit diesem Rundschreiben in knapper Form einen Überblick über aktuelle rechtliche Entwicklungen aus den Bereichen Arbeits- Sozialversicherungs- und Tarifrecht, Bauvertrags- und Vergaberecht 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. Arbeits- Sozialversicherungs- und Tarifrecht**

**Arbeitnehmer muss Leasingraten für Dienstrad im Krankengeldbezug selbst zahlen**

Bleibt ein im Wege der Entgeltumwandlung finanziertes Dienstrad auch während einer längeren Arbeitsunfähigkeit im Besitz des Arbeitnehmers, sodass er es weiter nutzen kann, muss er die Leasingraten für das Rad in der Zeit des Krankengeldbezugs selbst tragen.

Eine Arbeitgeberin hatte einem Arbeitnehmer im Rahmen des "JobRad-Modells" zwei geleaste Fahrräder zur Nutzung überlassen und ihm die Leasingraten durch Entgeltumwandlung vom monatlichen Bruttoarbeitsentgelt abgezogen. Der Arbeitnehmer erkrankte für längere Zeit und fiel in den Krankengeldbezug. Daher konnte kein Leasingratenabzug erfolgen. Die Arbeitgeberin hielt die ausgefallenen Raten im Wege der Aufrechnung vom Folgelohn ein. Der Arbeitnehmer stellte die Klauseln des Fahrradüberlassungsvertrags grundsätzlich in Frage.

Das Arbeitsgericht hielt das Vorgehen der Arbeitgeberin für berechtigt. Die Zahlungspflicht des Arbeitnehmers bestehe auch bei entgeltfreien Beschäftigungszeiten, wie dem Bezug von Krankengeld, fort. Es handele sich um eine individuelle Vertragsgestaltung, die auf der Initiative des Arbeitnehmers beruhe und nicht der AGB-Kontrolle unterliege. Dem Arbeitnehmer, der sich verpflichtet habe, die Nutzung des Fahrrads faktisch aus seinem Einkommen selbst zu finanzieren, bleibe auch im Krankheitsfall die Nutzungsmöglichkeit.

Urteil des ArbG Aachen vom 02.09.2023 – 8 Ca 2199/22, [Pressemitteilung](#)

### **Arbeitnehmerüberlassung oder Tätigkeit aufgrund von Dienst-/Werkvertrag?**

Zwischen Entleiher und Leiharbeiter kommt ein Arbeitsverhältnis zustande, wenn der Arbeitsvertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeiter unwirksam ist. Das ist regelmäßig der Fall, wenn die Arbeitnehmerüberlassung nicht ausdrücklich als solche bezeichnet und die Person des Leiharbeiters nicht konkretisiert worden ist. Eine Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn der Arbeitnehmer in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert ist und dessen Weisungen unterliegt.

Von der Arbeitnehmerüberlassung zu unterscheiden ist die Tätigkeit eines Arbeitnehmers bei einem Dritten aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrags. Den Arbeitnehmer trifft die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Tatsachen, aus denen sich ergeben soll, dass ein Arbeitsverhältnis als mit dem Entleiher zu Stande gekommen gilt. Die Grundsätze der sekundären Darlegungslast können jedoch eine Abstufung der Darlegungs- und Beweislast verlangen.

[BAG, Urteil vom 25.07.2023 - 9 AZR 278/22](#)

### **Krankengeld trotz verspätetem Attest**

Wenn ein Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden erst kurz nach Ablauf einer Krankenschreibung eine Verlängerung erhält, hat er weiter Anspruch auf Krankengeld von seiner Krankenkasse.

Grundsätzlich haben Versicherte "im Sinne einer Obliegenheit" dafür zu sorgen, dass der Arzt die Arbeitsunfähigkeit rechtzeitig feststellt. Doch bestehen (enge) Ausnahmen, bei denen Betroffene so zu behandeln seien, als hätten sie von dem aufgesuchten Arzt rechtzeitig ein Attest erhalten.

"Einem 'rechtzeitig' erfolgten persönlichen Arzt-Patienten-Kontakt zur Feststellung der Arbeitsunfähigkeit stehe es danach gleich, wenn der Versicherte alles in seiner Macht Stehende und ihm Zumutbare getan habe und rechtzeitig innerhalb der anspruchsbegründenden beziehungsweise -erhaltenden zeitlichen Grenzen versucht hat, eine ärztliche Feststellung der Arbeitsunfähigkeit (...) zu erhalten".

Nach diesen Maßstäben werde der Anspruch auf weiteres Krankengeld auch dann gewährt, wenn der Versicherte "ohne zuvor vereinbarten Termin am ersten Tag nach einer zuvor festgestellten Arbeitsunfähigkeit die Praxis des behandelnden Arztes zu üblicher Öffnungszeit persönlich aufsucht". Ohne Vorliegen besonderer Umstände dürfe dieser grundsätzlich darauf vertrauen, eine Folgefeststellung seines behandelnden Vertragsarztes wegen derselben Krankheit auch dann zu bekommen, wenn er dessen Praxis ohne zuvor vereinbarten Termin "am letzten noch anspruchserhaltenden Tag zu üblicher Öffnungszeit persönlich aufsucht".

Eine Lücke in den ärztlichen Feststellungen ist demnach unschädlich, wenn sie dem Vertragsarzt und der Krankenkasse zuzurechnen ist.

BSG Urteil vom 21.09.2023 – B 3 KR 11/22 R (Volltext liegt noch nicht vor)

## II. Bauvertragsrecht

### **Gewährleistungsfrist gegenüber privatem Bauherrn nicht auf vier Jahre verkürzt!**

Die Verkürzung der Verjährungsfrist wegen Sachmängeln von fünf auf vier Jahre in einem Verbraucherbaupvertrag verstößt gegen § 309 Nr. 8 b) ff) BGB und ist unwirksam, selbst wenn die VOB/B insgesamt und damit § 13 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B in den Bauvertrag einbezogen worden sind.

Die Verjährung von Ansprüchen gegen den Verwender wegen eines Mangels darf im Fall des § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB nicht erleichtert werden. Das Gleiche gilt für § 13 Abs. 4 VOB/B, wenn der AN der Verwender der AGB und der AG ein Verbraucher ist. Die VOB/B unterliegen in einem Vertrag zwischen Unternehmer und Verbraucher stets der AGB-Kontrolle, unabhängig von der Vereinbarung als Ganzes

LG Ravensburg, Urteil vom 24.05.2023 – 5 O 110/21, IBR 2023, 395

Praxishinweis: Eine AGB-rechtliche Privilegierung der VOB/B findet nur im Unternehmensverkehr (§ 310 Abs. 1 Satz 1 BGB) und dort auch nur dann statt, wenn die VOB/B "als Ganzes" vereinbart wird (§ 310 Abs. 1 Satz 3 BGB). Wird die VOB/B gegenüber einem Verbraucher gestellt, unterliegen die einzelnen VOB/B-Klauseln immer der Inhaltskontrolle, also selbst dann, wenn die VOB/B "als Ganzes" vereinbart wird (BGH, 24.07.2008, VII ZR 55/07).

Umstritten ist, ob die VOB/B noch "als Ganzes" vereinbart ist, wenn der Verwender von einer sog. Öffnungsklausel Gebrauch macht, also eine Änderung dort vornimmt, wo die VOB/B z.B. durch die Formulierung "wenn nichts anderes vereinbart ist" eine abweichende Regelung ausdrücklich zulässt. Man wird im Ergebnis davon ausgehen müssen, dass die VOB/B ein im Wesentlichen ausgewogenes, den Interessen beider Vertragsparteien gerecht werdendes Vertragswerk ist, und in dieses Ausgewogenheitsverhältnis auch durch zugelassene Abweichungen zum Nachteil des Vertragspartners des Verwenders eingegriffen wird.

### **Vorsicht bei Eigenleistungen des Auftraggebers**

Soll das vom Unternehmer geschuldete Werk auf Wunsch des Bauherrn nicht den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechen (hier: nicht dichte Dampfbremse) und die Herstellung der Dampfbremse zu den Eigenleistungen des Bestellers gehören, so haftet der Unternehmer für die von ihm nicht dicht hergestellte Dampfbremse nach §§ 633 ff. BGB, § 13 VOB/B nur dann nicht, wenn der Unternehmer den Auftraggeber - möglichst schriftlich in Form eines Bedenkenhinweises - auf die Bedeutung der allgemein anerkannten Regeln der Technik und die mit der Nichteinhaltung verbundenen Konsequenzen und Risiken hinweist. Andernfalls ist die Baufirma für das Ergebnis trotz ausdrücklichen Wunsches des Bauherrn in der Mängelhaftung, sofern das fertige Werk nicht den Regeln der Technik ent-

spricht. Unklarheiten in der Abgrenzung von Leistungen des Unternehmers bei der Errichtung eines Ausbauhauses zu Eigenleistungen des Bestellers gehen zu Lasten des Unternehmers.

LG Ravensburg, Urteil vom 24.05.2023 – 5 O 110/21, IBR 2023, 395

Praxishinweis: Die Leistung des AN ist mangelhaft, wenn sie nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweist. Dabei ist die Beachtung der a.R.d.T. vom AN als Mindeststandard geschuldet, wenn nichts anderes vereinbart ist (BGH, 10.07.2014, VII ZR 55/13). Sollen die a.R.d.T. unterschrieben werden, setzt dies eine ausdrückliche Regelung zwischen den Vertragspartnern voraus (z. B. OLG München, 26.02.2013, 9 U 1553/12).

### **Kriterien für die Höhe einer Bauhandwerkersicherung**

Die gemäß § 650f BGB geschuldete Sicherheitsleistung ist nach einer Kündigung grundsätzlich auf der Grundlage des schlüssigen Klägervortrags zur Höhe der zu sichernden Vergütung zu bemessen. Vom Bauherrn geltend gemachte Abzüge sind nur dann zu berücksichtigen, wenn hierüber ohne Verzögerung des Rechtsstreits nach Maßgabe von § 286 ZPO entschieden werden kann. Sofern diese Voraussetzung nicht vorliegt, dürfen keine Abzüge vorgenommen werden. Für eine Schätzung gemäß § 287 ZPO ist kein Raum.

[BGH, Urteil vom 17. August 2023 – VII ZR 228/22](#)

Praxistipp: Nach einer Kündigung gemäß § 648 BGB sind ersparte Aufwendungen auch dann anzurechnen, wenn sie nicht Bestandteil der Preiskalkulation waren (BGH, Urteil vom 1. August 2023 – X ZR 118/22). Dies dürfte auch für die insoweit wortgleiche Regelung in § 650f Abs. 5 BGB gelten.

### **Verzögerung des Baubeginns auch ohne Verschulden**

Mit Beginn der Ausführung ist die Aufnahme der Tätigkeit des Auftragnehmers auf der Baustelle gemeint. Ausreichend ist grundsätzlich der Beginn mit irgendeiner Tätigkeit auf der Baustelle. Im Regelfall ist dies Baustelleneinrichtung.

Eigenständige Planungsleistungen des Auftragnehmers unterfallen nicht dem Begriff des Ausführungsbeginns, sondern müssen zum vorgesehenen eigentlichen Beginn fertiggestellt sein.

Verzögert der Auftragnehmer eines VOB/B-Vertrags den Beginn der Ausführung, kann ihm der Auftraggeber eine angemessene Frist zur Vertragserfüllung setzen und die Kündigung androhen. Ein Schuldnerverzug, der Verschulden voraussetzt, ist nicht erforderlich. Ausreichend ist eine auf dem Verhalten des Auftragnehmers beruhende objektive Verzögerung.

Verzögerungen, die ihre Ursache (überwiegend) im Risikobereich des Auftraggebers haben und zu einer Behinderung des Auftragnehmers führen, rechtfertigen keine Kündigung wegen einer Verzögerung des Ausführungsbeginns.

Der Auftraggeber hat dem Auftragnehmer die für die Ausführung nötigen Unterlagen unentgeltlich und rechtzeitig zu übergeben. Hierzu gehört die vollständige und fehlerfreie Ausführungsplanung, die eine sachgemäße, pünktliche und mangelfreie Errichtung des Bauwerks unter Berücksichtigung der anerkannten Regeln der Technik ermöglicht. Die bautechnische Mangelfreiheit der Planung ist nicht gegeben, wenn ihre strikte Umsetzung zwangsläufig zu einem Mangel führt.

Die Einrichtung der Baustelle ist auch ohne mangelfreie und freigegebene Ausführungspläne möglich.

OLG Köln, Urteil vom 31.01.2022 - 19 U 131/21; IBRRS 2023, 2504

BGH, Beschluss vom 06.06.2023 - VII ZR 39/22 (Nichtzulassungsbeschw. zurückgewiesen)

### **Kein Rücktritt bei (nur) unerheblicher Verzögerung**

Nur unerhebliche Verzögerungen berechtigen den Auftraggeber nicht dazu, von einem Bavertrag zurückzutreten.

OLG Schleswig, Beschluss vom 20.10.2022 - 12 U 132/21; IBRRS 2023, 2486

BGH, Beschl. vom 21.06.2023 - VII ZB 206/22 (Nichtzulassungsbeschw. zurückgewiesen)

### **Rechtsprechungsänderung: Beweisverfahren hemmt die Verjährung für alle Ansprüche**

Ein selbständiges Beweisverfahren ist grundsätzlich mit der sachlichen Erledigung der beantragten Beweissicherung anderweitig beendet i.S.v. § 204 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 BGB. Entscheidend für die Beurteilung der sachlichen Erledigung ist dabei grundsätzlich das Ende der gesamten Beweisaufnahme. Das gilt unabhängig davon, ob in einem selbständigen Beweisverfahren die Sicherung des Beweises hinsichtlich nur eines Mangels oder mehrerer - auch voneinander unabhängiger - Mängel stattfindet und auch ohne Rücksicht darauf, ob diese durch einen oder mehrere Sachverständige erfolgt. (Aufgabe von BGH, Urteil vom 3. Dezember 1992 – VII ZR 86/92).

[BGH, Urteil vom 22.06.2023 – VII ZR 881/21](#)

Praxishinweis: Der BGH stellt den formalen Gesichtspunkt der Einheitlichkeit des Beweisverfahrens in den Vordergrund, denn gerade die Hemmung der Verjährung muss an klare und leicht festzustellende Umstände anknüpfen. Die Hemmung der Verjährung durch gerichtliche Geltendmachung knüpft nicht an den einzelnen Anspruch an, sondern an das eingeleitete Verfahren. Das entspricht auch der Prozessökonomie. Es wäre für die Parteien unnötig umständlich und zeitaufwändig, müsste der Besteller Ansprüche wegen einzelner Mängel, deren Begutachtung abgeschlossen ist, gesondert geltend machen.

### **Das SchwarzArbG ist nicht disponibel**

Vereinbaren die Parteien eines Werkvertrags, dass der Besteller den Werklohn "schwarz" zahlt, ist der Vertrag nichtig. Das gilt auch dann, wenn die Schwarzgeldabrede erst nach Vertragsschluss erfolgt. Sprechen schwerwiegende Indizien für eine Schwarzgeldabrede, gibt dies Anlass dazu, einen Verstoß gegen das Schwarzarbeitsverbot auch dann anzunehmen, wenn keine Partei sich auf eine solche Abrede beruft bzw. wenn beide Parteien die Vereinbarung von Schwarzarbeit lediglich leugnen.

LG Potsdam, Urteil vom 16.05.2023 – 6 O 341/21, IBRRS 2023, 1889

### **III. Vergaberecht**

#### **Die Leistungsfähigkeit ist bei Eignungsleihe nicht erst nach Auftragsvergabe nachzuweisen**

Das EU-Recht\* steht einer nationalen Rechtsvorschrift entgegen, nach der ein Wirtschaftsteilnehmer, der für die Ausführung eines öffentlichen Auftrags die Kapazitäten eines anderen Unternehmens in Anspruch nehmen möchte, die Unterlagen über die Befähigung dieses Unternehmens und dessen verpflichtende Zusage erst nach der Auftragsvergabe einreichen muss.

(\*Art. 63 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG in Verbindung mit Art. 59 und dem 84. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24/EU)

[EuGH, Beschluss vom 10.01.2023 - Rs. C-469/22](#)

#### **Keine überzogenen Anforderungen an die Eignung**

Im Rahmen des § 122 Abs. 4 Satz 1 GWB können besonders hohe Anforderungen unangemessen sein, wenn sie wettbewerbsbeschränkende Wirkung entfalten und diese nicht mehr durch gewichtige Gründe gerechtfertigt ist.

[BayObLG, Beschluss vom 06.09.2023 - Verg 5/22](#)

#### **Ein Vergabenachprüfungsantrag muss auf Auftragserhalt gerichtet sein**

Ein Vergabenachprüfungsantrag ist mangels Antragsbefugnis unzulässig, wenn das eigentliche Interesse des antragstellenden Bieters nicht auf den Erhalt des streitgegenständlichen Auftrags gerichtet ist, sondern auf die Verhinderung einer zu späten Vergabe des Hauptauftrags.

[VK Bund, Beschluss vom 11.08.2023 - VK 2-64/23](#), IBRRS 2023

## **Gesetze und Richtlinien**

### **LkSG - Zusammenarbeit zwischen verpflichteten Unternehmen und Zulieferern**

Das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) hat eine Handreichung „Zusammenarbeit in der Lieferkette zwischen verpflichteten Unternehmen und ihren Zulieferern“ veröffentlicht.

Das LkSG gilt seit dem 01.01.2023 für Unternehmen, die ihre Hauptverwaltung, Hauptniederlassung, Verwaltungssitz, satzungsmäßigen Sitz oder Zweigniederlassung im Sinne von § 13d HGB in Deutschland haben und mindestens 3000 Arbeitnehmer im Inland beschäftigen.

Ab dem 01.01.2024 wird der Schwellenwert auf 1.000 Arbeitnehmer in Deutschland abgesenkt.

Das BAFA veröffentlicht sog. „Handreichungen“, die Informationen, Hilfestellungen und Empfehlungen zur Einhaltung des Gesetzes beinhalten. Die zuletzt veröffentlichte Handreichung zur Zusammenarbeit in der Lieferkette zeigt, wie sich das LkSG auf nicht-verpflichtete Unternehmen auswirkt, die als Zulieferer in der Lieferkette fungieren und nun mit Vereinbarungen zur Einhaltung von Sorgfaltspflichten in der Lieferkette konfrontiert werden, obwohl das LkSG auf sie formal nicht anwendbar ist.

Die Handreichung enthält Hinweise zu der bei den Zulieferern und - unter bestimmten Voraussetzungen - bei mittelbaren Zulieferern erfolgenden, sog. „anlassbezogenen“ Risikobewertung, zu Präventionsmaßnahmen und zu Abhilfemaßnahmen. Zudem werden die Grenzen der Inanspruchnahme von Zulieferern durch verpflichtete Unternehmen aufgezeigt. So sind die Prinzipien der Angemessenheit und Wirksamkeit bei der vertraglichen Ausgestaltung der Zusammenarbeit zu beachten.

Unzulässig ist es daher, wenn verpflichtete Unternehmen ihre Pflichten auf KMU als Zulieferer versuchen abzuwälzen. Zulieferern wird empfohlen, einem verpflichteten Unternehmen nicht vertraglich pauschal zuzusichern oder zu gewährleisten, dass alle Pflichten aus dem LkSG erfüllt werden, etwa mit Formulierungen wie „in der Lieferkette alle Menschenrechte einzuhalten“.

Verpflichtete Unternehmen können eine angemessene Risikoanalyse nicht pauschal durch den Verweis auf vertragliche Zusicherungen oder entsprechende Bescheinigungen risikofreier Lieferketten von Zulieferern ersetzen, sondern müssen zunächst in einer abstrakten Risikobetrachtung das Risikoprofil der unmittelbaren Zulieferer ermitteln, da nicht in jedem KMU menschenrechtliche und umweltbezogene Risiken eine Rolle spielen.

Das LkSG verpflichtet KMU nicht, bezogen auf ihre Lieferkette eine eigene Risikoanalyse durchzuführen; selbst zu prüfen, welche Präventions- und Abhilfemaßnahmen sie bezogen

auf ihre Lieferkette durchführen sollten; ein eigenes Beschwerdeverfahren einzurichten;  
sowie Berichte an das BAFA zu übermitteln oder daran mitzuwirken.

„Zusammenarbeit in der Lieferkette zwischen verpflichteten Unternehmen und ihren Zulieferern“

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.**

**Dieses Rundschreiben wurde für die Mitglieder der BTGA-Organisation erstellt. Wir bitten von der Vervielfältigung sowie jeder Weitergabe des Rundschreibens oder Teilen davon abzusehen.**