

GTGA · Hinter Hoben 149 · 53129 Bonn

Verteiler:

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

Bonn, den 8. Januar 2024

Rechtliche Entwicklungen Dezember 2023

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir wünschen Ihnen und Ihren Mitarbeitern ein frohes und gesundes neues Jahr und möchten Ihnen wie gewohnt mit diesem Rundschreiben in knapper Form einen Überblick über aktuelle rechtliche Entwicklungen aus den Bereichen Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Bauvertrags- und Vergaberecht, Zivilrecht 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

Krankschreibung per Telefon ab sofort möglich

Mit dem bereits wirksamen Beschluss des Gemeinsamen Bundesausschuss wird eine in der Corona-Pandemie geschaffene Sonderregelung fortgeführt, die Praxen und Patienten entlasten soll.

Künftig sollen die behandelnden Ärztinnen und Ärzte entscheiden, ob eine Erkrankung leicht ist und die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit telefonisch erfolgen kann oder eine Untersuchung per Video oder unmittelbar persönlich nötig ist. Eine telefonische Krankschreibung ist nur möglich, wenn die Patientin beziehungsweise der Patient in der Praxis bekannt ist. Die erstmalige Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung kann telefonisch höchstens für bis zu fünf Kalendertage ausgestellt werden. Besteht die telefonisch festgestellte Erkrankung fort, muss die Patientin oder der Patient für die Folgebescheinigung der Arbeitsunfähigkeit die Arztpraxis aufsuchen. Im Fall, dass die erstmalige Bescheinigung anlässlich eines Praxisbesuchs ausgestellt wurde, sind Feststellungen einer fortbestehenden Arbeitsunfähigkeit auch per Telefon möglich. Ein Anspruch der Versicherten auf eine Anamnese und Feststellung der Arbeitsunfähigkeit per Telefon besteht nicht.

[Gemeinsamer Bundesausschuss, Pressemitteilung vom 07.12.2023](#)

Kein Arbeitszeugnis ohne Briefkopf

Ist der Arbeitgeber verpflichtet ein qualifiziertes Arbeitszeugnis zu erteilen, muss er es auf seinem Firmenbogen erstellen und darf nicht den Eindruck erwecken, nur den Entwurf eines Dritten zu übernehmen. Ansonsten genügt das Zeugnis nicht den formellen Anforderungen nach § 109 GewO. Ein qualifiziertes Zeugnis nach § 109 GewO muss in formeller Hinsicht den im Geschäftsleben üblichen Anforderungen genügen. Dazu gehört ein Briefkopf, aus dem der Name und die Anschrift des Ausstellers erkennbar sind. Werden im Berufszweig üblicherweise Firmenbögen verwendet ist das Zeugnis nicht ordnungsgemäß ausgestellt, wenn der Briefkopf fehlt. Zudem reicht es nicht aus, wenn bei einem Dritten der Eindruck erweckt werden könnte, der Arbeitgeber habe nur einen Entwurf unterzeichnet, ohne sich den Inhalt zurechnen zu lassen.

[LAG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 28.11.2023 – 26 Ta 1198/23](#)

Verdächtige Krankschreibung nach Entlassung

Seit der "Gelbe Schein" weitgehend ausgedient hat, muss der krankgeschriebene Mitarbeiter zwar dem Arbeitgeber schleunigst seine Verhinderung mitteilen, doch wird diesem das Attest nun i.d.R. auf Abruf elektronisch von der Krankenkasse übermittelt. Zum Beweiswert hat das BAG jüngst entschieden:

Sachverhalt: Der Arbeitnehmer hatte nach dem ersten Attest, das eine Woche lang galt, noch zwei weitere vorgelegt, die sich auf die restlichen drei Wochen des Monats erstreckten. Direkt am Tag darauf – einem Dienstag – erschien der bei seinem neuen Arbeitgeber.

Entscheidung: Ein Arbeitnehmer könne zwar eine von ihm behauptete Arbeitsunfähigkeit mit ordnungsgemäß ausgestellten Bescheinigungen eines Arztes nachweisen. Diese seien schließlich das gesetzlich vorgesehene Beweismittel. Deren Beweiswert könne der Arbeitgeber aber erschüttern, wenn er tatsächliche Umstände beweisen kann, die "nach einer Gesamtbetrachtung Anlass zu ernsthaften Zweifeln" geben. Dabei komme es bei Krankschreibungen, die während einer laufenden Kündigungsfrist ausgestellt werden, für die Glaubwürdigkeit nicht darauf an, ob die Beendigung vom Beschäftigten oder vom Unternehmen ausgeht; ebenso wenig darauf, ob ein oder mehrere Atteste vorgelegt werden. Bestehe aber zwischen der in den Folgebescheinigungen festgestellten "passgenauen Verlängerung der Arbeitsunfähigkeit" und der Kündigungsfrist ein zeitlicher Zusammenhang und habe der Arbeitnehmer unmittelbar nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine neue Beschäftigung aufgenommen, treffe ihn für diesen Zeitraum die "volle Darlegungs- und Beweislast für das Bestehen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit" als Voraussetzung für den Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 3 Abs. 1 EFZG.

[Pressemitteilung 45/23 des BAG, Urteil vom 13.12.2023 - 5 AZR 137/23](#)

Wer muss „Büroschlaf im Homeoffice“ beweisen?

Der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers entfällt ganz oder teilweise, wenn der Arbeitnehmer seiner Verpflichtung zur Arbeitsleistung nicht oder nicht in vollem Umfang nach-

kommt, es sei denn, die Vergütung ist aus anderen Rechtsgründen fortzuzahlen, z. B. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Grundsätzlich trägt der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast, dass und in welchem Umfang der Arbeitnehmer seine Arbeitspflicht nicht erfüllt hat. Auf den entsprechenden Prozessvortrag des Arbeitgebers hat der Arbeitnehmer sodann substantiiert zu erwidern. Das gilt auch bei Arbeitsleistungen im Home-Office.

[LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 28.09.2023 - 5 Sa 15/23](#)

II. Bauvertragsrecht

Neue EU-Schwellenwerte ab 2024 für öffentliche Aufträge

Im Zwei-Jahres-Rhythmus passt die EU-Kommission die Schwellenwerte für die Geltung des EU-Vergaberechts an. Die Europäische Kommission hat die Schwellenwerte mit Delegierten Verordnungen vom 15.11.2023 bekanntgemacht und gegenüber den bisherigen Werten etwas erhöht. Da die deutsche Vergabeverordnung eine dynamische Verweisung auf die jeweiligen Änderungen enthält, gelten die angehobenen Schwellenwerte auch direkt in Deutschland.

Ab 1. Januar 2024 sind daher im Bundeshochbau alle Aufträge, die folgende Schwellenwerte erreichen oder überschreiten, verbindlich EU-weit auszuschreiben:

- Bauaufträge (alle Bereiche): EUR 5.538.000 statt bisher EUR 5.382.000.
- Liefer- und Dienstleistungsaufträge außerhalb des Sektorenbereichs: EUR 221.000 statt bisher EUR 215.000.
- Liefer- und Dienstleistungsaufträge der obersten und oberen Bundesbehörden: EUR 143.000 statt bisher EUR 140.000.
- Konzessionen (alle Bereiche): EUR 5.538.000 statt bisher EUR 5.382.000.
- Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Sektorenbereich und im Bereich Verteidigung und Sicherheit: EUR 443.000 statt bisher EUR 431.000.
- Bei den sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen bleibt es bei der Wertgrenze von EUR 750.000 für öffentliche Auftraggeber und EUR 1.000.000 für Sektorenauftraggeber.

Bei allen Schwellenwertbeträgen handelt es sich um Nettowerte ohne Umsatzsteuer.

Sie gelten für alle Vergabeverfahren, die ab dem 01.01.2024 bekannt gemacht werden bzw. bei Verfahren ohne Bekanntmachungspflicht, bei denen ab dem 01.01.2024 die Aufforderung zur Angebotsabgabe erfolgt.

Der Erlass BWI7-70409/3#1 vom 16. Dezember 2021 wird zum 31. Dezember 2023 aufgehoben.

[BMWK Erlass zu den EU Schwellenwerten ab 2024](#)

Aktualisierte Versionen STLB-Bau und STLB-BauZ veröffentlicht

Die Textsysteme STLB-Bau und STLB-BauZ mit ihren Leistungsbereichen (LB) wurden überarbeitet und aktualisiert. In allen LB wurden die Preise der wirtschaftlichen Entwicklung angepasst.

→ [STLB-Bau-Version 2023-10](#)

→ [STLB-BauZ-Version 2023-07](#)

→ [Übersicht STLB-Bau-Version 2023-10](#)

Kostenvorschuss in der Leistungskette

In der werkvertraglichen Leistungskette kann der Hauptunternehmer gegenüber dem Nachunternehmer den Schaden ersetzt verlangen, der ihm dadurch entsteht, dass er wegen der mangelhaften Werkleistung des Nachunternehmers seinerseits Mängelansprüchen seines Bestellers ausgesetzt ist. Hat der Hauptunternehmer in diesem Fall einen vom Besteller geltend gemachten Anspruch auf Kostenvorschuss durch Zahlung erfüllt, kann er im Wege des Schadensersatzes vom Nachunternehmer Zahlung in Höhe des geleisteten Kostenvorschusses verlangen. Der Umstand, dass der vom Hauptunternehmer ersetzt verlangte Schaden darin liegt, dass er mit dem Kostenvorschuss noch keine endgültige, sondern eine zweckgebundene Zahlung an seinen Besteller geleistet hat, über deren Verwendung nach Mängelbeseitigung abzurechnen ist, ist allerdings im Wege der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen und kann zu einer Begrenzung des Umfangs seines Schadensersatzanspruchs gegen den Nachunternehmer führen.

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

Keine Erfüllungsverweigerung bei Verlassen der Baustelle

Ein Anspruch des Auftraggebers auf Ersatz von Fertigstellungsmehrkosten wegen Mängeln der Leistung vor der Abnahme setzt im VOB/B-Vertrag voraus, dass er dem Auftragnehmer erfolglos eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels gesetzt und die Kündigung angedroht hat und nach fruchtlosem Ablauf der Frist der Vertrag gekündigt wurde. Einer Fristsetzung mit Kündigungsandrohung bedarf es nicht, wenn der Auftragnehmer die Erfüllung des Vertrags ernsthaft und endgültig verweigert. Das Verlassen der Baustelle allein ist (noch) keine endgültige Erfüllungsverweigerung. Das Kooperationsgebot erfordert, dass sich der Auftraggeber mit dem Auftragnehmer wegen ausstehender Restleistungen in Verbindung setzt, anstatt die Arbeiten - ohne Rücksprache zu halten - selbst fertig zu stellen.

OLG München, Urteil vom 26.07.2022 - 9 U 7532/21 Bau; IBRRS 2023, 3403

BGH, Beschluss vom 16.08.2023 - VII ZR 160/22 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Praxishinweis: Auch wenn der Auftragnehmer die Arbeiten (grundlos) einstellt, sollte der Auftraggeber stets eine Frist zur Fertigstellung setzen und diese mit einer Kündigungsandrohung verbinden. Dabei hat er darauf zu achten, dass die Nachfrist angemessen ist. Grundsätzlich müssen die Bauvertragsparteien aufgrund des bauvertraglichen Kooperati-

onsgebots bei allen auftretenden Komplikationen und zwischen ihnen bestehenden Streitigkeiten zunächst miteinander ins Gespräch kommen, um eine angemessene Lösung zu finden. Bei einem Verstoß gegen dieses Gebot kann den Bauvertragsparteien ein Rechtsverlust drohen.

Sukzessive Beauftragung mehrerer Einzelgewerke ist kein Verbraucherbaupvertrag

Bei der Beurteilung, ob es sich um einen Verbraucherbaupvertrag i.S.v. § 650i Abs. 1 Fall 1 BGB handelt, kommt es nicht auf die Gesamtheit aller dem Unternehmer sukzessive im Verlauf der Bauarbeiten erteilten selbstständigen Aufträge an.

Sachverhalt: Auftraggeber und Auftragnehmer schließen 2017 einen Vertrag über Rohbauarbeiten zur Errichtung eines Bürogebäudes. Der Auftraggeber bezahlt die Schlussrechnung des Auftragnehmers vom Mai 2018 vollständig. 2018 beauftragt der Auftraggeber den Auftragnehmer außerdem für dasselbe Gebäude zu verschiedenen Zeitpunkten mit Estrich-, Trockenbau-, Zimmerer- und Stundenlohnarbeiten. Ab Dezember 2018 erstellt der Auftragnehmer dazu verschiedene Schlussrechnungen. Wegen des noch offenen Werklohnanspruchs zuzüglich eines Aufschlags von 10 % verlangt der Auftragnehmer eine Sicherheit – überwiegend mit Erfolg (inklusive des Aufschlags von 10 %).

Entscheidung: Der aus § 650 f Abs. 1 Satz 1 BGB folgende Anspruch des Auftragnehmers auf Stellung einer Sicherheit ist nicht durch § 650 f Abs. 6 Nr. 2 Fall 1 BGB ausgeschlossen. Bei den geschlossenen Verträgen handelt es sich nicht - wie in § 650 f Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 Fall 1 BGB vorausgesetzt - um einen Verbraucherbaupvertrag gem. § 650iBGB. Insbesondere ist der Tatbestand von § 650i Abs. 1 Fall 1 BGB nicht durch die sukzessive Beauftragung erfüllt. Das folgt bereits aus allgemeinen Grundsätzen, wonach jeder selbstständige Vertrag nach seinem Inhalt und den für diesen Vertrag geltenden Maßstäben zu beurteilen ist.

"Wollte man in derartigen Fällen alle beauftragten Gewerke insgesamt in den Blick nehmen, lägen die Voraussetzungen eines Verbraucherbaupvertrags erst in dem Moment vor, in dem ein Vertrag geschlossen wird, der zusammen mit den zuvor geschlossenen Verträgen Verpflichtungen begründet, die als Bau eines neuen Gebäudes zu qualifizieren wären. Dieser Umstand kann zu diesem Zeitpunkt weder rechtfertigen, dass der zuletzt geschlossene Vertrag nunmehr - abweichend von seinem Inhalt - als Verbraucherbaupvertrag zu qualifizieren ist, noch, dass dieser und rückwirkend alle Verträge zu Verbraucherbaupverträgen werden."

Einer derartigen Rückwirkung auf alle bereits geschlossenen Verträge stehen die Gebote der Rechtssicherheit und -klarheit sowie des Vertrauensschutzes entgegen. Andernfalls käme es zu unauflösbaren Widersprüchen, was die auf die einzelnen Verträge jeweils anwendbaren Vorschriften angeht.“

[BGH, Urteil vom 26.10.2023 - VII ZR 25/23](#)

Keine fehlende Prüfbarkeit bei objektiver Prüffähigkeit

Eine Klage auf offene Werklohnansprüche darf nicht allein mit Verweis auf das Fehlen einer Schlussrechnung abgewiesen werden, wenn sich aus den dem Prozess zugrunde zulegenden Tatsachen unmittelbar ergibt, dass und in welcher Höhe ein weiterer Werklohnanspruch besteht. Der Auftraggeber kann sich auf die objektiv fehlende Prüfbarkeit einer Rechnung nicht berufen, wenn er zur Beurteilung der geltend gemachten Forderung keiner weiteren Informationen mehr bedarf. Entscheidend ist, ob dem Kontroll- und Informationsinteresse eines Auftraggebers durch den vorgetragenen Sachverhalt einschließlich der Rechnung ausreichend Genüge getan ist.

OLG Nürnberg, Beschluss vom 06.05.2022 - 13 U 3646/21;

BGH, Beschluss vom 30.08.2023 - VII ZR 125/22 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Zur Prüfbarkeit einer (Schluss-)Rechnung

Prüfbar ist eine (Schluss-)Rechnung, wenn sie - gegebenenfalls unter Beifügung von Aufmaßen und anderen Unterlagen - nachvollziehbar angibt, welche Massen der Auftragnehmer für welche Positionen berechnet, welche Leistungen mit diesen Positionen gemeint sind und welcher Einheitspreis für sie angesetzt wird. Der Auftraggeber muss die Berechtigung der Forderung gemessen an den vertraglichen Vereinbarungen überprüfen können.

KG, Urteil vom 24.09.2021 - 7 U 35/15;

BGH, Beschluss vom 19.10.2022 - VII ZR 852/21 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Mängelvorbekalt schließt Abnahme nicht aus

Auch die unter einem (Mängel-)Vorbekalt erklärte Abnahme stellt eine wirksame Abnahme dar, die auch nicht erst wirksam wird, wenn der Vorbekalt wegfällt.

[OVG Schleswig-Holstein, Urteil vom 13.11.2023 - 2 LA 85/19](#)

a. A. OLG Koblenz, Urteil vom 10.02.2015 - 3 U 317/13

Begründung eines Abrechnungsverhältnisses

Liegt zwischen den Vertragsparteien ein Abrechnungsverhältnis vor, ist die Abnahme der Leistung keine Voraussetzung für die Fälligkeit der Vergütungsforderung des Auftragnehmers, zudem scheidet ein Zurückbehaltungsrecht wegen eventueller Mängel aus.

Ein Abrechnungsverhältnis wird begründet, wenn der Auftragnehmer einen Vergütungsanspruch hat und dem Auftraggeber allein auf Geldzahlung gerichtete Ansprüche wegen der unvollständigen oder mangelhaften Fertigstellung der Leistung zustehen.

Liegt ein Abrechnungsverhältnis vor, kann der Auftragnehmer den Anteil seines Werklohns verlangen, der seinen tatsächlich erbrachten Leistungen entspricht. Ein Vergütungsanspruch scheidet nur aus, wenn die Leistung so schwerwiegende Mängel aufweist, dass sie

nicht nachbesserungsfähig und deshalb für den Auftraggeber wertlos ist. Der Vergütungsanspruch des Auftragnehmers wird nicht (automatisch) mit einem Anspruch des Auftraggebers wegen teilweiser Nichterfüllung des Vertrags verrechnet. Vielmehr sind der Vergütungsanspruch und die Ansprüche des Auftraggebers jeweils selbstständige Forderungen, die sich (nur) aufrechenbar gegenüberstehen.

[OLG Stuttgart, Beschluss vom 27.01.2023 - 13 U 214/21](#)

Hinweispflicht auf Schallschutzprobleme eines Kompaktheizgeräts

Wird der Auftragnehmer mit dem Einbau eines Kompaktheizgeräts beauftragt, ist seine Leistung mangelhaft, wenn von der Anlage eine unzulässige Lärmbelästigung durch Luft- und Körperschall ausgeht. Ein Fachunternehmer muss die Besonderheiten des Zusammenspiels zwischen Kompaktheizgerät, Aufstellort und Nähe zum Wohnbereich erkennen und auf etwaige Schallschutzbedenken hinweisen. Wird der objektplanende Architekt nicht als Fachplaner, sondern nur als "normaler" Objektplaner tätig, muss sich der Auftraggeber einen etwaigen Planungsmangel im Zusammenhang mit Schallschutzproblemen nicht zu rechnen lassen.

[OLG Celle, Urteil vom 04.04.2022 - 6 U 55/21](#)

Keine Ersatzvornahme durch Billigunternehmen:

Inhalt des Aufwendungsersatzanspruchs ist der Ersatz der tatsächlichen Aufwendungen, die ein wirtschaftlich denkender Bauherr nach sachkundiger Beratung für eine vertretbare (geeignete und erfolgversprechende) Maßnahme zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands erbringen konnte und musste. Ob die von einem Drittunternehmer verlangten Preise als erforderliche Aufwendungen erstattungsfähig sind, hängt vom Einzelfall ab. Die Kosten sind überhöht, wenn eine preiswertere Sanierung, die den vertraglich geschuldeten Erfolg herbeiführt, erkennbar möglich und zumutbar war. Bei der Würdigung, welche Maßnahme zu welchen Preisen möglich und zumutbar sind, ist zu berücksichtigen, dass der Auftraggeber nicht gehalten ist, im Interesse des säumigen und nachbesserungsunwilligen Auftragnehmers besondere Anstrengungen zu unternehmen, um den preisgünstigsten Drittunternehmer zu finden. Er darf grundsätzlich darauf vertrauen, dass der Preis des von ihm beauftragten Drittunternehmers angemessen ist. Hält der Auftragnehmer die abgerechneten Kosten für unangemessen, ist eine Beweisaufnahme bei pauschalem Bestreiten nicht erforderlich, da es nicht darauf ankommt, ob die Preise des Drittunternehmers angemessen und üblich sind, sondern nur darauf, ob die Arbeiten des Drittunternehmers der Mangelbeseitigung dienen und der Auftraggeber den Aufwand für erforderlich halten durfte.

OLG Bamberg, Urteil vom 02.03.2023 - 12 U 29/22; IBRRS 2023, 2983

BGH, Beschluss vom 16.08.2023 - VII ZR 48/23 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgenommen)

Bei Kündigung wegen Insolvenz keine Aufrechnung gegen Forderung aus anderem Vertrag

Führt eine vom Besteller ausgesprochene Kündigung eines Bauvertrags aus wichtigem Grund dazu, dass sich die Forderung des Schuldners auf Werklohn und eine Gegenforderung auf Schadensersatz wegen Fertigstellungsmehrkosten aus einem anderen Vertragsverhältnis aufrechenbar gegenüberstehen, ist die Herstellung der Aufrechnungslage gläubigerbenachteiligend. Die Wirksamkeit der Kündigung steht der Anfechtbarkeit der Herstellung der Aufrechnungslage nicht entgegen.

Sachverhalt: Auftraggeber und Auftragnehmer schließen im August 2017 einen Bauvertrag (V1) und einen weiteren Vertrag (V2). Der Auftragnehmer stellt am 06.02.2018 Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Der Auftraggeber kündigt mit Schreiben vom 09.03.2018 V1 und V2 nach § 8 Abs. 2 VOB/B und nimmt die erbrachten Arbeiten jeweils am 21.03.2018 ab. Am 01.05.2018 wird ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des Auftragnehmers eröffnet und ein Insolvenzverwalter eingesetzt. Dieser verlangt vom Auftraggeber aus V2 offenen Restwerklohn. Hiergegen rechnet der Auftraggeber mit (streitigen) Schadensersatzansprüchen gem. § 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B aus V1 auf.

Entscheidung: Der Auftraggeber muss den vollen Werklohn zu V2 bezahlen. Die von ihm mit angeblichen Schadensersatzansprüchen aus V1 begründete Aufrechnung ist aus insolvenzrechtlichen Gründen unzulässig. Gegenstand der Anfechtung gem. § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO ist das Herstellen der Aufrechnungslage. Als anfechtbare Rechtshandlung kommt jede Handlung in Betracht, die zum Entstehen der Aufrechnungslage führt, insbesondere die Kündigung eines Vertrags. Durch die in Kenntnis des vom Auftragnehmer gestellten Insolvenzantrags erklärte Kündigung stellte der Auftraggeber eine Aufrechnungslage mit etwaigen Gegenforderungen aus § 8 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 VOB/B her. Damit liegen die Voraussetzungen von § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO vor. Die insolvenzrechtliche und AGB-rechtliche Wirksamkeit der insolvenzabhängigen Lösungsklausel des § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 VOB/B und der Klausel des § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B ist von der Frage der Anfechtbarkeit der Herstellung der Aufrechnungslage zu trennen. Die insolvenzrechtliche Unwirksamkeit ergreift nur die gläubigerbenachteiligende Wirkung der Herstellung der Aufrechnungslage, nicht jedoch das Grundgeschäft (hier: Kündigung). Führt eine vom Besteller ausgesprochene Kündigung eines Bauvertrags aus wichtigem Grund dazu, dass sich die Forderung des Schuldners auf Werklohn und eine Gegenforderung auf Schadensersatz wegen Fertigstellungsmehrkosten aus einem anderen Vertragsverhältnis aufrechenbar gegenüberstehen, ist die Herstellung der Aufrechnungslage gläubigerbenachteiligend. Die für eine erfolgreiche Insolvenzanfechtung erforderliche Gläubigerbenachteiligung liegt beim Herstellen der Aufrechnungslage regelmäßig darin, dass die Forderung der Insolvenzmasse im Umfang der Aufrechnung zur Befriedigung einer einzelnen Insolvenzforderung verbraucht wird und insoweit nicht mehr für die Verteilung an die Insolvenzgläubiger zur Verfügung steht. Der Eintritt der Gläubigerbenachteiligung ist isoliert in Bezug auf die konkret bewirkte Minderung des Aktivvermögens oder die Vermehrung der Passiva des Schuldners zu beurteilen.

[BGH, Urteil vom 19.10.2023 – IX ZR 249/22](#)

Praxishinweis: Der Besteller bzw. Auftraggeber kann damit im Ergebnis den Bauvertrag aus wichtigem Grund nach § 8 Abs. 2 VOB/B kündigen, die daraus resultierende Schadensersatzforderung steht aber nicht als "Aufrechnungspotenzial" gegen die Forderung des insolventen Auftragnehmers bzw. des Insolvenzverwalters aus einem anderen Vertrag zur Verfügung. Ausdrücklich offen gelassen hat der BGH in seinem Urteil vom 19.10.2023 die Frage, ob die Möglichkeit der Aufrechnung innerhalb ein- und desselben Vertrags möglich ist, was der VII. Zivilsenat im Urteil vom 23.06.2005 – VII ZR 197/03 noch bejaht hatte. (*"Ob an dieser Rechtsprechung festzuhalten ist, kann dahinstehen."*)

III. Vergaberecht

Transparenz der Eignungskriterien:

Die Eignung der Bieter beurteilt sich anhand von bekannt gegebenen Eignungskriterien, damit fachkundige und leistungsfähige Unternehmen gebunden werden können. Maßgeblich für die Eignungsprüfung sind die bekannt gemachten Eignungskriterien. Bei der Eignungsprüfung ist festzustellen, ob diese Eignungskriterien auch erfüllt werden. Diese müssen transparent sein. Dabei darf die Vergabestelle die Referenzen eines Bieters aufgrund einer intransparenten Bestimmung in den Ausschreibungskriterien nicht als ausreichenden Eignungsnachweis akzeptieren.

[OLG Frankfurt, Beschluss vom 28.09.2023 – 11 Varg 2/23.](#)

Aufgliederung der Nachunternehmerpreise geschuldet

In der Ausschreibung kann die Vergabestelle sich die Anforderung des Formblatts 223 nach Angebotsabgabe vorbehalten. Danach ist eine Aufgliederung der Einheitspreise auch in Bezug auf Teilleistungen vorzunehmen, für deren Ausführung der Bieter Nachunternehmer einsetzen will. Eine entsprechende Anforderung ist nicht unverhältnismäßig und damit zulässig. Die geforderten Angaben bzw. Erklärungen fehlen, wenn ein nachgefordertes Formblatt in weiten Teilen nicht ausgefüllt wird. Wenn die Eintragungen nicht vollständig sind, entspricht dies einem Fehlen der Angaben. Die Vergabestelle darf nur solche Unterlagen nachfordern, die mit dem Angebot einzureichen waren

[VK Bund, Beschluss vom 19.10.2023 – VK2 – 78/23.](#)

Unzumutbarkeit einer kaufmännisch vernünftigen Angebotskalkulation

Eine kaufmännisch vernünftige Angebotskalkulation ist unzumutbar, wenn Preis- und Kalkulationsrisiken über das Maß hinausgehen, das Bieter typischerweise obliegt, wobei eine die Umstände des jeweiligen Einzelfalls berücksichtigende Abwägung der Interessen der Bieter und des öffentlichen Auftraggebers erforderlich ist. Vertragsbestimmungen, die jeweils für sich genommen eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation nicht unzumutbar machen, können diese Wirkung aber in ihrer Kombination haben.

[BayObLG, Beschluss vom 06.12.2023 - Verg 7/23](#)

IV. Zivilrecht

Unterschrift mit "i.A."

Durch die (Unter-)Zeichnung "i.A.", also "im Auftrag", wird im Geschäftsverkehr regelmäßig ein Handeln in fremdem Namen zum Ausdruck gebracht. Hierbei ist durch Auslegung zu ermitteln, ob der Handelnde wie ein Vertreter die Verantwortung für den Inhalt der von ihm abgegebenen Erklärung übernehmen will oder nicht. Auf eine Vertretungsmacht nach den Grundsätzen über die Duldungs- oder Anscheinsvollmacht kann sich der Vertragspartner nur berufen, wenn durch das Verhalten des Vertretenen ein objektiver Vertrauenstatbestand begründet wurde, der auf eine Bevollmächtigung des angeblichen Vertreters schließen lässt. Bei vorhandenen Zweifeln besteht regelmäßig eine Erkundigungspflicht beim Vertretenen.

OLG Bamberg, Urteil vom 02.02.2023 - 12 U 45/22, IBRRS 2023, 2986

Praxishinweis: Die Grundsätze über die Anscheinsvollmacht greifen in der Regel nur ein, wenn das Verhalten des Vertretenen, aus dem der Vertragspartner auf die Bevollmächtigung des Dritten schließt, von einer gewissen Häufigkeit und Dauer ist (BGH, Urteil vom 09.06.1986 – II ZR 193/85).

Geldbuße nur bei schuldhaftem DS-GVO-Verstoß

Der EuGH hat die Voraussetzungen präzisiert, unter denen nationale Aufsichtsbehörden eine Geldbuße wegen Verstoßes gegen die DS-GVO verhängen können. Das Gericht hat dabei klargestellt, dass nur schuldhafte Verstöße geahndet werden können. Dazu müsse der Verantwortliche die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens erkannt haben, wobei von einem weiten Verständnis zurechenbaren Handelns auszugehen ist. Juristische Person hafteten dabei nicht nur für Verstöße ihrer Vertreter, Leitungspersonen oder Geschäftsführer, sondern auch für Verstöße, die von jeder sonstigen Person begangen werden, die im Rahmen ihrer unternehmerischen Tätigkeit in ihrem Namen handelt. Darüber hinaus seien auch Verstöße eines Auftragsverarbeiters zurechenbar. Eine gemeinsame Verantwortlichkeit von zwei oder mehr Einrichtungen sei anzunehmen, wenn die Einrichtungen an der Entscheidung über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung mitgewirkt haben. Die Einstufung als "gemeinsam Verantwortliche" setze keine förmliche Vereinbarung zwischen den betreffenden Einrichtungen voraus. Gehöre der Adressat der Geldbuße zu einem Konzern, sei bei der Berechnung der Geldbuße auf den Umsatz des Konzerns abzustellen.

[EuGH, Urteil vom 05.12.2023, Az. C-683/21](#) und [C-807/21](#)

EuGH stärkt Verbraucherrechte nach Hackerangriff auf bulgarische Behörde

Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 14.12.2023 erweitert die Rechte von Verbrauchern in der EU erheblich, indem es neue Kriterien für einen immateriellen Schaden nach Hackerangriffen festlegt.

Sachverhalt: Nach einem Hackerangriff (2019), bei dem eine bulgarische Behörde Millionen von persönlichen Daten im Internet preisgab, haben etliche Betroffene die Behörde nach Artikel 82 Absatz 1 der DSGVO auf Schadensersatz für den immateriellen Schaden verklagt, den sie durch die Angst vor einem möglichen Missbrauch ihrer Daten erlitten haben. Das bulgarische Gericht hat dem EuGH die Frage vorgelegt, wann eine Person, deren personenbezogene Daten nach einem Cyberangriff im Internet veröffentlicht wurden, einen Anspruch auf Schadensersatz für den immateriellen Schaden hat.

Entscheidung: Grundsätzlich steht laut europäischer Datenschutz-Grundverordnung Betroffenen bei materiellen oder immateriellen Schäden nach einem Datenschutzverstoß ein Ersatzanspruch gegen den Verantwortlichen zu. Der EuGH hat jetzt klargestellt: Allein die Sorge vor künftigen Datenmissbräuchen nach einem Hackerangriff kann einen solchen immateriellen Schaden darstellen.

Diesen Anspruch auf Schadensersatz können die Datenverantwortlichen nur abwenden, wenn sie selbst beweisen, dass sie geeignete Schutzmaßnahmen gegen Cyberkriminalität getroffen haben. Die Unternehmen müssen nicht nur die Angemessenheit ihrer Schutzmaßnahmen beweisen, sondern auch nachweisen, dass sie "in keiner Weise für den Schaden haftbar" sind. (Wie dies praktisch aussieht, ist unklar, denn auch bei technisch umfassenden und aktuellen Schutzmaßnahmen können Hackerangriffe nicht ausgeschlossen werden, da es auch immer zu menschlichem Versagen kommt.) Allein der Umstand, dass es zu einem Datenleck gekommen ist, soll jedenfalls nicht zwangsläufig bedeuten, dass die Maßnahmen ungeeignet waren.

[EuGH, Urteil vom 14.12.2023 - C-340/21](#)

Persönlich haftender Gesellschafter muss bei GbR-Pleite die Insolvenzkosten tragen

Trotz überwiegender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur, wonach die persönliche Haftung der Gesellschafter für die mit der Insolvenz verbundenen Kosten ausscheidet, sieht der BGH im Regelfall keine Begründung hierfür und geht von dem allgemeinen Grundsatz im bürgerlichen Recht aus, wonach persönlich haftende Gesellschafter für alle aus ihrem Geschäft entstehenden Verpflichtungen haften, solange sich nichts anderes aus dem Gesetz ergibt. Es bedürfe einer besonderen Rechtfertigung, um die Verfahrenskosten nicht mit in die Haftung einzubeziehen, welche nicht ersichtlich sei. Jedoch werde die persönliche Haftung nach § 128 HGB beschränkt, weil die Verfügungsgewalt über das Vermögen mit Eröffnung der Insolvenz auf den Insolvenzverwalter übertragen werde und dieser nicht im Interesse der Gesellschafter, sondern im Interesse der Gläubiger handle. Der Gesellschafter haften deshalb – vergleichbar mit einem ausgeschiedenen Gesellschafter für Verbindlichkeiten bis zu seinem Austritt – bis zur Eröffnung der Insolvenz. Diese Grundsätze seien übertragbar auf die GbR. Die Kosten des Insolvenzverfahrens seien unmittelbar mit der Geschäftstätigkeit der Gesellschafter selbst verknüpft und grundsätzlich Ausfluss des Unternehmerrisikos.

[BGH, Urteil vom 21.11.2023 – II ZR 69/22](#)

V. Gesetzgebungsvorhaben

Wachstumschancengesetz verschiebt sich in das Jahr 2024

Der angerufene Vermittlungsausschuss kam nicht mehr im Jahr 2023 zusammen, denn die Unsicherheiten hinsichtlich des Haushalts 2024, dessen Festlegung Voraussetzung für eine Beratung zu Anpassungen des Wachstumschancengesetzes ist, sind zu groß, sodass das Wachstumschancengesetz nicht mehr im Jahr 2023 verabschiedet wurde. Einige Regelungen aus dem Wachstumschancengesetz haben jedoch Eingang in das Kreditzweitmarktförderungsgesetz gefunden, welches zwischenzeitig verabschiedet wurde:

EU Data Act – harmonisierte Datenzugangs/-nutzungs-Vorschriften

Der EU Data Act („Verordnung über harmonisierte Vorschriften für einen fairen Datenzugang und eine faire Datennutzung“) wurde vom Europäischen Parlament am 9. November 2023 und vom Rat der EU am 27. November 2023 angenommen. 20 Tage nach der Veröffentlichung im EU-Amtsblatt (22.12.23) tritt der Data Act in Kraft. Er enthält folgende Kerninhalte:

Der Data Act regelt im Wesentlichen den branchenunabhängigen Umgang mit nicht-personenbezogenen Daten und besagt insbesondere, dass vernetzte Produkte künftig so zu gestalten sind, dass die vom Produkt bei dessen Nutzung (oder bei Nutzung eines verbundenen Dienstes) generierten Daten dem Nutzer zugänglich gemacht werden können. Der Nutzer kann diese Daten auch an Dritte weitergeben. Die Daten müssten in der Form bereitgestellt werden, in der sie generiert wurden, zusammen mit den minimalen Anpassungen, die erforderlich sind, um sie für Dritte nutzbar zu machen. Aus den Daten abgeleitete Informationen sind dagegen nicht vom Datenbereitstellungsanspruch erfasst. (D.h. alle Daten, die sich der Hersteller selbst zur Verfügung stellt, müssen auch den Nutzern bereitgestellt werden können.)

Das „EU-Datengesetz“ soll einen einheitlichen Rechtsrahmen für den Austausch und den Zugang zu Daten schaffen. Es enthält Regelungen, die sich auf alle datenverarbeitenden Unternehmen auswirken und gesetzliche, wirtschaftliche und technische Hemmnisse für die Data Economy möglichst beseitigen sollen, um den freien Fluss von Daten innerhalb der Gemeinschaft zu erleichtern und Innovation, Wachstum und Wettbewerbsfähigkeit in der EU zu unterstützen. Die Verordnung kann somit für nicht-personenbezogene Daten eine ähnliche Wirkung entfalten wie die DSGVO für personenbezogene Daten.

Der Data Act tritt 20 Tage nach Verkündung im EU-Amtsblatt in Kraft, d.h. am 12.01.2024. Aufgrund des Ordnungscharakters mit unmittelbarer rechtlicher Wirkung in den Mitgliedsstaaten schon ab 09.2025:

Die Europäische Kommission wird Mustervertragsklauseln erstellen (bis September 2025) und erweiterte FAQs sowie Leitlinien (auch für einzelne Branchen) zur Verfügung stellen.

Finale [deutsche](#) Textfassung des EU-Data Acts

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.