



## Editorial

### „Warum DORA in aller Munde ist ...“

... erläutert unsere Kollegin Hasselbach in ihrem Beitrag über die EU-Verordnung 2022/2554 zur „digitalen operativen Resilienz“, welche nicht nur Finanzinstitute in die Pflicht nimmt, sondern hohe Anforderungen an die Vertragsgestaltung mit Dienstleistern stellt, welche sicherheitsrelevante IKT-Leistungen für Unternehmen der Finanzbranche erbringen (z. B. Wartung sicherheitstechnischer Systeme).

Zuvor jedoch kommentieren wir wieder wichtige Gerichtsentscheidungen aus der letzten Zeit, die sich vor allem mit bauvertragsrechtlichen Fragestellungen befassen. So hat der BGH mit einem Urteil aus dem September 2024 die Geltendmachung von behinderungsbedingtem Mehraufwand weiter eingeschränkt; so soll selbst die Übergabe neuer Bauablaufpläne durch den AG nicht mehr ausreichen, eine bauzeitliche Anordnung zu begründen. Auch bei der Abrechnung von Teilleistungen wird es für den AN künftig schwieriger; nach einer Entscheidung des OLG Karlsruhe ist eine anteilige Abrechnung ausgeschlossen, wenn es einen Zahlungsplan mit festen Raten gibt und die dort definierten Teilleistungen noch nicht vollständig erbracht wurden. Dasselbe Gericht hat in einer anderen Entscheidung festgestellt, dass sich eine Kündigung „aus wichtigem Grund“ nicht ohne Weiteres in eine freie Kündigung des AG umdeuten lässt.

Neben der Kommentierung weiterer Entscheidungen finden Sie einen Beitrag unseres Kollegen Bach, der sich kritisch mit den Empfehlungen des Deutschen Anwaltsvereins (DAV) auseinandersetzt, ob und inwieweit die §§ 650b und 650c BGB des neuen Bauvertragsrechts neu gefasst werden müssen. Und wir kommentieren eine jüngste Entscheidung der Vergabekammer Südbayern, die den Ausschluss eines Bieters wegen angeblicher Schlechtleistung in einem vorangegangenen Auftrag zurückgewiesen hat, weil dieser Tatbestand vom AG nicht zur Überzeugung der Kammer dargelegt werden konnte.

Schließlich legen wir Ihnen das Schulungsangebot unserer Kanzlei ans Herz, von dem gerade in der Winterzeit reger Gebrauch gemacht werden sollte.

Wir bedanken uns für Ihr Interesse und dürfen Ihnen besinnliche Festtage und einen guten Rutsch ins neue Jahr 2025 wünschen!

Wir wünschen nutzbringende Lektüre,

Dr. Ulrich Dieckert  
Rechtsanwalt



# Aktuelles

## Nachricht: DAV für Änderung des Bauvertragsrechts

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) plädiert dafür, die Vorschriften der §§ 650b und 650c BGB im Rahmen der Evaluation des zum 1. Januar 2018 in Kraft getretenen neuen Bauvertragsrechts neu zu fassen, da diese Vorschriften die gesetzgeberischen Zielstellungen angeblich verfehlen, erhebliches Interpretations- und Streitpotential bieten würden und sich in der Praxis nicht bewährt hätten.

Die Vorschläge gehen im Wesentlichen dahin, die 30-Tage-Wartezeit zwischen dem Änderungswunsch des Auftraggebers und dem Recht, eine Leistungsänderung anzuordnen, abzuändern und durch „angemessene Fristen“ zu ersetzen. Außerdem soll das gesetzliche Leitbild einer Vergütung von Leistungsänderungen nach tatsächlich erforderlichen Kosten plus angemessenen Zuschlägen für AGK und Wagnis und Gewinn nur noch gelten, „soweit die Parteien keine andere Vereinbarung getroffen haben“, wodurch im Ergebnis die Vereinbarung einer sogenannten kalkulatorischen Preisfortschreibung keine Abweichung vom Gesetz mehr wäre und demzufolge auch nicht mehr gerichtlich überprüfbar wäre, ob hierdurch eine unangemessene Benachteiligung einer Vertragspartei eintritt.

### Unser Kommentar

Die Behauptung, die neuen Vorschriften hätten sich in der Praxis nicht bewährt, sondern zu zahlreichen Rechtsunsicherheiten geführt, ist nicht evidenzbasiert.

Nach unserer Beobachtung ist lediglich die 30-Tage-Regel misslungen. Nach VOB/B gibt es seit Jahrzehnten ein sofortiges Anordnungsrecht und das hat bisher noch niemanden gestört. Es bestand demzufolge kein Anlass, hier eine abweichende Regelung vorzusehen. Dass dies tatsächlich nicht erforderlich ist, wird auch daran deutlich, dass nur ein verschwindend kleiner Teil von Auftragnehmern sich hierauf in der Praxis beruft. Die Regel sollte daher ersatzlos abgeschafft und ein nicht an besondere Voraussetzungen gebundenes sofortiges Anordnungsrecht vorgesehen werden.

Dies gilt auch deshalb, weil der vom Gesetzgeber imaginierte Regelablauf (Änderungswunsch des Auftraggebers, anschließend Nachtragsangebot, anschließend Anordnung) in der Praxis so nicht funktioniert. In einer Vielzahl von Fällen ist es so, dass das Änderungsbegehren vom Auftragnehmer ausgeht, der dem Auftraggeber mitteilt, dass die Leistung so wie beauftragt nicht ausgeführt werden kann, weil notwendige Leistungen im verpreisten Leistungsumfang fehlen oder die Ausführung beauftragter Leistungen zu Mängeln führen würde. Häufig wird daraufhin eine Leistungsänderung vom Auftraggeber angeordnet. Wenn der Auftraggeber selbst die Kosten abschätzen kann, kann er auch sofort eine Anordnung treffen. Andernfalls bittet er den Auftragnehmer vorher um ein Nachtragsangebot.

Ebenfalls abzulehnen ist der Vorschlag, vom gesetzlichen Leitbild einer Vergütung nach tatsächlich erforderlichen Kosten plus angemessenen Zuschlägen abzurücken. Die Umsetzung dieses Vorschlages wäre ein grober Fehler. Kalkulatorische Preisfortschreibung hat in der Praxis noch nie so funktioniert wie erhofft, und wird auch nie so funktionieren. Es ist wirtschaftlich nicht ernsthaft zu erwarten, dass jemand, der für besonders günstige Preise angeboten hat, nun auch jegliche Leistungsänderungen zu besonders günstigen Preisen ausführen müsse oder auch nur könne. Solche unrealistischen Vorstellungen hegen eigentlich nur öffentliche Auftraggeber, die dann auf

spekulationsfreudige Auftragnehmer treffen. Für die weitaus überwiegende Anzahl der Baubeteiligten einschließlich der privaten Bauherren ist das aktuell geltende gesetzliche Leitbild sinnvoll und richtig.

Hendrik Bach  
Rechtsanwalt

## Wichtige Entscheidungen

### **Mitteilung von Behinderung ist keine bauzeitliche Anordnung gem. § 2 Abs. 5 VOB/B!**

**Die bloße Information des Auftraggebers über bestehende Behinderungen begründet für den Auftragnehmer noch keine Annahme einer bauzeitlichen Anordnung gem. § 2 Abs. 5 VOB/B. Dies ist selbst dann nicht anzunehmen, wenn der Auftraggeber neue Bauablaufpläne übergibt, wenn mit ihnen lediglich auf behinderungsbedingte Störungen des Vertrags reagiert wird.**

#### **(BGH, Urteil vom 19.09.2024 – VII ZR 10/24)**

Der AN verklagt den AG auf Zahlung in Höhe von 56.729,59 Euro wegen einer Bauzeitverlängerung. Die insoweit geltend gemachten Behinderungskosten für Personal und Baucontainer wegen Verlängerung der Bauzeit und wegen gestiegener Tariflöhne ab dem Jahr 2019 wurden vom AG nicht bezahlt. Die Geltung der VOB/B ist vereinbart. Als Vertragsfrist war der Ausführungsbeginn am 19.06.2018 und eine abnahmereife Fertigstellung am 10.01.2019 vorgesehen.

Der AN zeigte Anfang Juli 2018 Behinderung wegen fehlender Ausführungsplanung an. Infolge der verspäteten Übergabe der Ausführungsplanung könne erst verzögert – ab Juli 2018 – mit den Arbeiten begonnen werden. Der AG übergab daraufhin einen Bauablaufplan, der den künftigen Bauablauf abbildete und Grundlage für die weitere Bauausführung der beteiligten Gewerke sein sollte. Der Bauablaufplan sah vor, dass die Leistungen der Klägerin nur in Teilbereichen begonnen und sodann nacheinander in den verschiedenen Leistungsbereichen ausgeführt werden sollten. Wesentliche Leistungen waren danach erst im Jahr 2019 zu erbringen. Ende Januar 2019 übermittelte der AG dem AN erneut einen korrigierten Bauablaufplan für die weitere Bauausführung; dieser sah nunmehr eine Verschiebung der Fertigstellung zur Abnahme der Arbeiten des AN auf den 29.10.2019 vor. Daraufhin zeigte der AN noch weitere Behinderungen wegen unvollständiger Ausführungspläne und fehlender Vorunternehmerleistungen an.

#### Die Entscheidung des Gerichts

Die bereits in den Vorinstanzen (LG Dresden und Berufung beim OLG Dresden) erfolglose Klage wurde letztlich auch in der beim Bundesgerichtshof eingelegten Revision auf Kosten des AN zurückgewiesen. Der BGH folgte u. a. der Begründung nicht, wonach die geltend gemachten Mehrkosten wegen Verlängerung der Bauzeit infolge einer Anordnung gem. § 2 Abs. 5 VOB/B („Bauzeitennachtrag“) beansprucht werden könnten. Voraussetzung für einen Mehrvergütungsanspruch gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B ist eine Anordnung des Auftraggebers. Dies erfordere jedenfalls eine rechtsgeschäftliche Erklärung, mit der einseitig eine Änderung der Vertragspflichten des Auftragnehmers herbeigeführt werden soll.

Von einer derartigen Anordnung sind nach der Systematik der VOB/B solche Störungen des Vertrags abzugrenzen, die aufgrund von Behinderungen schon rein faktisch den Bauablauf verzögern und zu Schadensersatz- und Entschädigungsansprüchen nach § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B bezie-

hingweise § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B i. V. m. § 642 BGB führen, wenn und soweit der AG vertragliche Verpflichtungen oder ihm obliegende Mitwirkungshandlungen nicht erfüllt. Liegt eine solche Störung aufgrund einer Behinderung vor und teilt der AG dem AN den Behinderungstatbestand und die hieraus resultierende Konsequenz mit, dass die Leistungen derzeit nicht erbracht werden können, liege nach diesem Maßstab keine „Anordnung“ des AG vor, die als einseitige Änderung des Leistungsinhalts gem. § 2 Abs. 5 VOB/B zu verstehen sei. Denn der Auftraggeber bestätigt damit letztlich nur das, was durch die Behinderung ohnehin gegeben ist.

In dieser Konsequenz stelle sich deshalb auch Übermittlung von Bauablaufplänen nicht als Anordnung des Auftraggebers im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B dar, wenn mit ihnen lediglich auf behinderungsbedingte Störungen des Vertrags reagiert wird. Der Auftraggeber komme damit vielmehr nur seiner Koordinierungsaufgabe gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B nach, bei einem Bauvorhaben mit aufeinander aufbauenden Leistungen das Zusammenwirken der verschiedenen Auftragnehmer zu regeln und an die behinderungsbedingten Störungen anzupassen. Ursächlich für die Verlängerung der Bauzeit waren hier aber – auch nach Begründung des AN – Behinderungen aus dem Risikobereich des Beklagten, nämlich die verspätete Vorlage von Ausführungsplänen und die verspätete Erstellung von erforderlichen Vorleistungen anderer Auftragnehmer. Die Bauablaufpläne bildeten vorliegend aber erkennbar nur die behinderungsbedingten Störungen ab und konkretisierten die jeweilige Verschiebung der Ausführung in zeitlicher Hinsicht. Dass mit dem Bauablaufplan hingegen die vereinbarten Bauabläufe einseitig geändert werden sollten, war für den BGH nicht ersichtlich.

Bei Behinderungen sei der AN folglich auf die Ansprüche aus § 6 Abs. 6 VOB/B bzw. § 642 BGB beschränkt, die hier aber nach Ansicht des BGH (aus anderen rechtlichen Gründen) ebenfalls nicht bestanden.

### **Praxishinweis**

Mit der Entscheidung kehrt der BGH sogar ausdrücklich von seiner früheren Rechtsprechung als auch von einer jüngeren Entscheidung des Kammergerichts (Urteil vom 29.01.2019, 21 U 122/18) ab, wonach „Vorgaben des Auftraggebers zur Bauzeit“ als Folge von Behinderungen aus seinem Risikobereich regelmäßig Mehrvergütungsansprüche gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B rechtfertigten. Bereits in vorherigen Entscheidungen hatte der BGH für bauzeitliche Mehrkosten die Anwendungsbereiche für den Schadenersatzanspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B (keine Haftung des AG für bloße Verzögerungen des Vorunternehmers) sowie die Entschädigung nach § 642 BGB (Ausgleich nur für behinderungsbedingt vergeblich vorgehaltene Produktionsmittel) erheblich eingeschränkt.

Mit der jetzigen Entscheidung entzieht er nun auch einer Argumentation des AN den Boden, dass die Reaktion des AG auf bestehende Bauablaufstörungen in Gestalt der Information über geänderte Bauabläufe bauzeitliche Ansprüche nach § 2 Abs. 5 VOB/B begründe, selbst wenn er dies mit der Übergabe neuer Bauablaufpläne mit geänderten bzw. verschobenen Terminen verbindet.

Daraus folgt einerseits, dass es für den AN umso bedeutsamer ist, schon während der Ausführung der Leistungen bauzeitlich nachteilige Folgen im Wege von Verhandlungen zu lösen und solche Verhandlungen auch mit Nachdruck einzufordern, anderenfalls u. U. erwogen werden sollte, von bestehenden Kündigungsrechten wegen fehlender Mitwirkung (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B/§ 643 BGB) Gebrauch zu machen. Andererseits wird man auch nicht ohne Weiteres von „Beschleunigungsanordnungen“ des Auftraggebers ausgehen dürfen, wenn dieser – trotz objektiver Bauzeitverlängerung gem. § 6 Abs. 2 VOB/B – lediglich die Einhaltung der alten oder zu kurzen Fristen einfordert oder diese in Bauablaufplänen vorsieht. Die Durchsetzung bauzeitlicher Ansprüche wird in der Praxis durch die Entscheidung des BGH jedenfalls weiter erschwert, weshalb Auftragnehmern zu empfehlen ist, solche Ansprüche so früh wie möglich mit der erforderlichen baubetrieblichen und rechtlichen Substanz geltend zu machen und zielgerichtet zu verhandeln.

## Keine Abschlagsrechnungen bei teilweiser Fertigstellung von Teilleistungen

**Ist im Bauvertrag ein Zahlungsplan vereinbart, der feste Raten nach Fertigstellung bestimmter Teilleistungen vorsieht, ist der Auftragnehmer nicht berechtigt, bei nur teilweiser Fertigstellung der Teilleistungen die hierfür vorgesehene Vergütung anteilig abzurechnen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn noch unwesentliche Restleistungen fehlen.**

**(OLG Karlsruhe, Urteil vom 05.04.2023 – 15 U 101/22)**

Ein Unternehmer ist mit der schlüsselfertigen Errichtung zweier Gebäude zu einem Pauschalpreis i. H. v. 26.000.000 € beauftragt. Der Auftraggeber zahlte die 11. Abschlagsrechnung nicht. Daraufhin stellt der Generalunternehmer die Arbeiten ein und räumt teilweise die Baustelle. Nach Fristsetzung mit Kündigungsandrohung kündigt der Auftraggeber den Bauvertrag. In dem Rechtsstreit geht es (auch) um die Frage, ob der Auftragnehmer berechtigt war, wegen Nichtbezahlung der Abschlagsrechnung die Arbeiten einzustellen.

Mit der 11. Abschlagsrechnung über 777.376,49 Euro netto rechtete der GU die 12. Rate „Fertigstellung Glaserarbeiten“ zu 85 % und die 13. Rate Fertigstellung „Rohinstallation“ zu 20 % ab. Nach dem Zahlungsplan waren die 12. und 13. Rate jeweils mit 5 % der Angebotssumme bewertet und nach Fertigstellung der Glaserarbeiten bzw. Rohinstallation fällig. In beiden Fällen waren die Arbeiten nicht fertiggestellt, wie sich schon aus der Rechnung selbst ergab. Eine anteilige Geldtendmachung sah der Zahlungsplan nicht vor.

### Die Entscheidung des Gerichts

Das Gericht entscheidet, dass der Generalunternehmer aufgrund des von ihm selbst aufgestellten Zahlungsplans, der nach § 2 Nr. 2a) des GU-Vertrages Vertragsbestandteil war, nicht berechtigt war, die vereinbarten Raten anteilig abzurechnen. Ob es mit Blick auf Notwendigkeiten im Baufortschritt allgemein üblich sei, z. B. Glasarbeiten trotz ihrer nicht vollständigen Fertigstellung abzurechnen, könne dahinstehen. Denn hierbei handele es sich gewöhnlich um untergeordnete Arbeiten (etwa das Belassen der Bautüren bis zur endgültigen Fertigstellung). Die vom GU in den Rechnungen zugrunde gelegten Fertigstellungsgrade würden einer Fertigstellung nicht gleichstehen, was insbesondere bei dem Fertigstellungsgrad der Rohinstallation deutlich werde, der nur 20 % betrug.

### Praxishinweis

Bei der Aufstellung und Vereinbarung von Zahlungsplänen muss der Auftragnehmer darauf achten, dass die vorgesehenen Raten auch anteilig abgerechnet werden können, etwa Bauteilweise oder Etagenweise oder nach Schätzung des anteiligen Leistungsstandes. Andernfalls läuft der Auftragnehmer das Risiko, dass erst nach (nahezu) vollständiger Fertigstellung des betreffenden Leistungsteils eine Abrechnung erfolgen kann, was erhebliche Liquiditätsnachteile mit sich bringt.

Auch Auftraggebern können wir solche Zahlungspläne nicht empfehlen, weil das erfahrungsgemäß zu Streit mit dem Auftragnehmer führt, der weitaus stärker in die Vorleistung gehen muss, als das bei einer normalen Abrechnung nach Baufortschritt der Fall wäre. Soweit der Zahlungsplan vom Auftraggeber vorgegeben wird, kommt auch infrage, dass der Zahlungsplan als Allgemeine Geschäftsbedingung wegen unangemessener Benachteiligung des Auftragnehmers unwirksam ist (BGH, Urteil vom 10.10.1991 – VII ZR 289/90 für den Fall eines vom Auftragnehmer vorgegebenen Zahlungsplanes, der höhere Zahlungen als nach Baufortschritt vorsah). Hierüber musste das OLG Karlsruhe im beschriebenen Fall nicht entscheiden, weil der Zahlungsplan vom Generalunternehmer

mer selbst aufgestellt worden war.

Hendrik Bach  
Rechtsanwalt

## **Eine Kündigung "ausschließlich aus wichtigem Grund" ist keine freie Kündigung**

**Wird die Kündigung „ausschließlich aus wichtigem Grund“ erklärt, gibt der Auftraggeber unmissverständlich zu verstehen, dass die Kündigung nur für den Fall gilt, dass ein wichtiger Grund für die fristlose Kündigung besteht.**

**(OLG Karlsruhe, Urteil vom 05.04.2023 – 15 U 101/22)**

Ein Unternehmer ist mit der schlüsselfertigen Errichtung zweier Gebäude zu einem Pauschalpreis i. H. v. 26.000.000 € beauftragt. Es kam zu Streit über die Berechtigung von Nachtragsforderungen. Außerdem zahlt der Auftraggeber die 11. Abschlagsrechnung nicht. Daraufhin stellt der Generalunternehmer die Arbeiten ein und räumt teilweise die Baustelle.

Der Auftraggeber fordert zur Wiederaufnahme der Arbeiten auf, und nachdem dies nicht geschieht, erklärt sein Rechtsanwalt die Kündigung des Vertrags ausschließlich aus wichtigem Grund.

In dem anschließenden Rechtsstreit geht es um die Frage, ob eine Kündigung aus wichtigem Grund vorliegt und falls das nicht der Fall sein sollte, ob der Auftraggeber eine freie Kündigung des Vertrages ausgesprochen hat. Der Auftraggeber hatte auf Zahlung einer Vertragsstrafe und Rückzahlung einer behaupteten Überzahlung geklagt; der Auftragnehmer hatte im Wege der Widerklage Zahlung aus einer Schlussrechnung verlangt, und zusätzlich beantragt, dass das Gericht vorab durch Teilurteil feststellen sollte, dass keine Kündigung aus wichtigem Grund, sondern eine freie Kündigung vorlag. Über diesen Teil des Rechtsstreits hat das Landgericht dann ein Teilurteil erlassen und dem Generalunternehmer Recht gegeben. Hiergegen legte der Auftraggeber Berufung ein.

Die Entscheidung des Gerichts

Das OLG Karlsruhe erklärt zunächst, dass das Landgericht nicht unabhängig von der Beantwortung der Frage, ob die Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt war, nicht hätte entscheiden dürfen, dass eine freie Kündigung vorlag.

Es handelt sich hier um eine wichtige rechtliche Frage, nämlich danach, ob eine unberechtigte Kündigung aus wichtigem Grund in eine sogenannte „freie Kündigung“ umgedeutet werden kann bzw. muss.

Für die Frage, ob eine außerordentliche Kündigung eines Bauvertrages auch als freie Kündigung nach § 8 Abs.1 VOB/B bzw. § 648 BGB verstanden werden kann, komme es maßgeblich darauf an, ob sich aus der Kündigungserklärung ergibt, dass der Bauvertrag unabhängig davon beendet sein soll, ob der geltend gemachte Kündigungsgrund vorliegt.

Das wird in aller Regel so sein, wenn aus den Umständen des Einzelfalls nichts anderes folgt. Die Kündigung eines Bauvertrages ist eine Entscheidung, die in aller Regel nicht nur rechtliche, sondern auch tatsächliche Wirkungen hat. Mit ihr wird nicht nur zum Ausdruck gebracht, dass das Vertragsverhältnis beendet ist, sondern mit ihr werden auch die Voraussetzungen für den Einsatz eines Drittunternehmers oder für den vollständigen Abbruch des Bauvorhabens geschaffen. Das

ist meist nur möglich, wenn die außerordentliche Kündigung auch für den Fall wirksam sein soll, dass der Kündigungsgrund nicht besteht. Will der Auftraggeber seine Kündigung nicht so verstanden wissen, muss sich das aus der Erklärung oder den Umständen ergeben (vgl. BGH, Urteil vom 24.08.2003 – VII ZR 218/02).

Mit dem Kündigungsschreiben kündigte der Auftraggeber den Generalunternehmervertrag „ausschließlich aus wichtigem Grund“. Damit habe er unmissverständlich zu verstehen gegeben, dass die Kündigung nur für den Fall ausgesprochen wurde, dass ein Grund für die fristlose Kündigung besteht. Am Ende kam es hierauf allerdings nicht an, weil das OLG einen wichtigen Grund für die Kündigung des Auftraggebers bejaht hat.

### **Praxishinweis**

Die Kündigung eines Bauvertrages oder auch eines Planervertrages ist für den Auftraggeber immer eine schwierige Entscheidung; denn aufgrund der weitreichenden Folgen soll keine freie Kündigung ausgesprochen werden. Wenn dieses Risiko minimiert werden soll, kann so vorgegangen werden, wie dies im oben geschilderten Fall der Auftraggeber getan hat. Man muss aber realistisch sehen, dass damit keine Rechtsklarheit geschaffen wird. Wenn beispielsweise ein gekündigter Architekt die Kündigung zurückweist und der Auftraggeber sich nicht sicher ist, ob ein wichtiger Grund für die ausgesprochene Kündigung vorlag, müsste der Auftraggeber den Architekten auffordern, weiterzuarbeiten, wenn dieser dazu bereit ist. Der Auftraggeber müsste etwa Folgendes schreiben:

„Wir sind weiterhin der Ansicht, dass die ausgesprochene Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt war. Da Sie diese Ansicht nicht teilen, geben wir Ihnen hiermit Gelegenheit, die ausstehenden Planungsleistungen (bis xx.xx.xx) fertigzustellen. Sollte sich in einem späteren Rechtsstreit herausstellen, dass der Vertrag durch unsere Kündigung nicht beendet wurde, werden wie diese Leistungen vergütet. Sollte sich herausstellen, dass die Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt war, erhalten Sie von uns hierfür keine Vergütung.“

Der Architekt müsste dann entscheiden, ob er trotz der Möglichkeit, dass ein vertragsloser Zustand vorliegt, die Arbeiten weiterführen will.

Im beschriebenen Beispielsfall des Architekten ist das noch möglich, bei einem gekündigten Bauunternehmer aber nicht, weil ja nicht zwei Rohbauer parallel auf der Baustelle arbeiten können und in der Regel die Arbeiten alsbald weitergeführt werden müssen.

Das Vorgehen kann eigentlich nur funktionieren, wenn der gekündigte Unternehmer trotz eines solchen Schreibens die Arbeiten nicht weiterführt. In diesem Fall würde auch bei Fehlen eines wichtigen Grundes zur Kündigung nur ein Vergütungsanspruch für die tatsächlich erbrachten Leistungen bestehen. Im Ergebnis ist das Ganze eine eher theoretische Möglichkeit für den Auftraggeber, die in der Praxis wohl in dem meisten Fällen nicht funktionieren würde. Dennoch ist die Möglichkeit aber erwägenswert.

Hendrik Bach  
Rechtsanwalt

## **Zur gesamtschuldnerischen Haftung bei Planungsfehlern**

**Hat der Auftraggeber dem Auftragnehmer für die Ausführung der Leistung Pläne zur Verfügung gestellt, müssen diese auch richtig sein. Ein Verschulden des Architekten muss der Auftraggeber sich zurechnen lassen.**

**Ein Gefälle von 0,9 % unterschreitet die maßgebenden Vorschriften für genutzte Terrassen**

**und begründet daher einen Mangel wegen Abweichung von den allgemein anerkannten Regeln der Technik.**

**Liegt ein Planungsfehler vor und hat der Bauunternehmer gegen die fehlerhafte Planung keine Bedenken geltend gemacht, sind beide für die Entstehung des Mangels verantwortlich. Der Anteil der Kostentragungspflicht hängt von einer Abwägung der Umstände des Falls ab, wobei insbesondere auf das Maß der beiderseitigen Verursachung abzustellen ist und erst in zweiter Linie auf das Maß des beiderseitigen Verschuldens. Es kommt für die Haftungsverteilung wesentlich darauf an, ob das Verhalten des Auftraggebers oder das des Auftragnehmers den Eintritt des Schadens in erheblich höherem Maße wahrscheinlich gemacht hat.**

**(OLG Brandenburg, Urteil vom 10.10.2024 – 10 U 80/23)**

Ein Auftraggeber verklagt seinen Architekten und den Rohbauunternehmer auf Schadenersatz bzw. Kostenvorschuss zur Mangelbeseitigung, weil auf seiner Terrasse das Wasser nicht richtig abläuft. Grund hierfür ist ein nicht ausreichendes Gefälle des Belages auf dem Gefälleestrich nach einer fehlerhaften Gefälleplanung des Architekten.

Laut Landgericht hätte der Architekt erkennen müssen, dass der vom Auftraggeber gewünschte Terrassenaufbau bei der vorhandenen Baukonstruktion (Bestandsgebäude, Aufbauhöhen) nicht funktionieren wird und eine andere Lösung planen müssen.

Der Bauunternehmer argumentiert, dass er auf das sehr geringe Gefälle hingewiesen habe und daraufhin noch eine Entwässerungsrinne vor der Fensteranlage als Nachtrag beauftragt worden sei. Daher hafte er nicht.

Das Landgericht entscheidet, dass der Architekt in voller Höhe für die Kosten der Mangelbeseitigung haftet, der Bauunternehmer aber nur zu 50 %, weil sich der Auftraggeber das Verschulden des Architekten haftungsmindernd entgehalten lassen müsste.

Der Bauunternehmer legt Berufung ein.

### **Die Entscheidung des Gerichts**

Teilweise mit Erfolg! Das OLG reduziert den Anteil, den der Auftragnehmer von den Kosten der Mangelbeseitigung zahlen muss, von 1/2 auf 1/3 der Kosten.

Das Gericht schließt sich zunächst der Bewertung des Landgerichts an, ein Gefälle von 0,9 % sei ein Baumangel. Der Gutachter gehe davon aus, dass zwar ein geringeres Gefälle als Ausnahme möglich wäre, im konkreten Fall aber dazu führen würde, dass der Zementestrich auf der Abdichtungsschicht die ganze Zeit dem Wasser ausgesetzt sei, was schließlich zu den gerügten Ausblühungen geführt habe. Mit einem Spezialestrich hätte ein ausreichendes Gefälle von 3 % hergestellt werden können.

Den Hinweis des Auftragnehmers auf das geringe Gefälle hält das Gericht nicht für ausreichend. Das Gericht erklärte hierzu, dass der Bauunternehmer den Auftraggeber umfassend über die Risiken eines nicht normgerechten Gefälles aufklären müsse. Das sei nicht geschehen; es sei lediglich über die Möglichkeit eines Wassereintritts im Bereich der Schwelle gesprochen worden, nicht aber über sonstige mit dem zu geringen Gefälle verbundene Risiken.

Grundsätzlich haftet daher der Auftragnehmer für den Mangel, wenn auch nur zu einem Drittel.

Zur Begründung der Haftungsquote sagt das Gericht, dass man in einer ersten „Stufe“ der Prüfung in solchen Fällen feststellen müsse, wer die Primärursache für den Schaden gesetzt habe. Das sei hier der Architekt gewesen. Erst im zweiten Schritt sei zu prüfen, wie schwer das Verschulden hinsichtlich der jeweiligen Pflichtverletzungen wiege.

### **Praxishinweis**

Das Gericht folgt der ständigen Rechtsprechung, nach der jede Abweichung von den anerkannten Regeln der Technik als Mangel zu betrachten ist, außer, es wäre ausdrücklich eine Abweichung vereinbart worden. Das könne aber nur angenommen werden, wenn der Auftraggeber, selbst wenn er sachkundig sein sollte, umfassend über die Risiken und denkbaren Folgen der Bauausführung aufgeklärt worden ist (vgl. BGH, Urteil vom 17. Mai 1984 – VII ZR 169/82, NJW 1984, 2457; BGH, Urteil vom 12. Mai 2005 – VII ZR 45/04, NZBau 2005, 456).

Es reicht demzufolge nicht aus, wenn der Auftragnehmer den Auftraggeber lediglich auf den Fakt hinweist, dass Anweisungen des Auftraggebers oder seines Architekten dazu führen werden, dass Vorgaben aus Regelwerken nicht eingehalten werden. Vielmehr muss der Auftragnehmer explizit auf die Risiken hinweisen, die sich aus der Abweichung ergeben können. Tut er das nicht, reicht der Bedenkenhinweis nicht aus, um den Auftragnehmer vollständig von der Haftung zu befreien.

Was die Haftungsquote angeht, entspricht die Prüfung der Schwere des Verschuldens ständiger Rechtsprechung. Ist z. B. ein Planungsfehler für den Bauunternehmer nur sehr schwer zu erkennen, wird der Mitverschuldensanteil des Architekten und damit des Auftraggebers in der Regel höher ausfallen als bei eindeutigen Fehlern, die jeder Bauunternehmer sehen muss. Typische Haftungskonstellationen, in denen vom ausführenden Unternehmen keine Bedenken gegen eine mangelhafte Ausführungsplanung erhoben werden, sind in der obergerichtlichen Rechtsprechung häufig mit einer 50:50-Quote bewertet worden (z. B. OLG Braunschweig, Urteil vom 17.01.2013 – 8 U 203/10OLG). Es kommt aber auch vor, dass der Mitverschuldensanteil des Auftraggebers niedriger angesetzt wird, etwa bei fehlender Planung von Bewegungsfugen im Estrich, was der Estrichleger auf jeden Fall hätte wissen müssen (OLG München, Urteil vom 16.11.2016 – 27 U 2266/16 Bau).

Die Quotierung scheint (womöglich den Gerichten nicht bewusst) auch davon abzuhängen, ob Architekt und Bauunternehmer zusammen verklagt werden oder der Bauunternehmer alleine dem Auftraggeber gegenübersteht. Rechtlich dürfte das eigentlich keine Rolle spielen, psychologisch scheinbar aber doch.

Die zusätzliche Überlegung des OLG Brandenburg, dass es auch darauf ankommen würde, wer die primäre Ursache für den Baumangel gesetzt habe, wird so von anderen Gerichten nicht geteilt und wird sich vermutlich auch nicht durchsetzen.

Hendrik Bach  
Rechtsanwalt

## **Unterlassungsanspruch bei Abwerbung von Mitarbeitern?**

**Gegen eine konkurrierende Firma besteht kein wettbewerbsrechtlicher Anspruch auf Unterlassung der Abwerbung von Mitarbeitern.**

**(Landgericht Koblenz, Beschluss vom 17.09.2024 – Aktenzeichen 11 O 12/24 (rechtskräftig))**

In Wartungsverträgen für Windkraftanlagen ist vom Anbieter neben dem Grundpreis und anderen Zwei Unternehmen vertreiben u. a. stationäre Brandschutzsysteme und konkurrieren auf diesem Markt sowohl um Kunden als auch um Mitarbeiter. Die eine Firma beantragt gegen die andere Firma den Erlass einer einstweiligen Verfügung. Grund hierfür ist, dass etwa 25 Mitarbeiter, die derzeit oder bis vor Kurzem noch bei der Antragsgegnerin beschäftigt sind bzw. waren, sich ursprünglich entschlossen hatten, zu der Antragstellerin zu wechseln. Es waren bereits Anstellungsverträge geschlossen worden.

In der Folgezeit erklärten jedoch mehrere dieser zunächst wechselwilligen Mitarbeiter jeweils eine gleichlautende Kündigung dieser Anstellungsverträge und nahmen ihre Arbeit bei der Antragstellerin nicht auf. Hintergrund war, dass die Antragsgegnerin den wechselwilligen Mitarbeitern eine Prämienzahlung in Höhe von 2.000 bis 3.000 € versprochen hatte, wenn sie von dem Wechsel Abstand nehmen würden.

Die Antragstellerin beantragte sinngemäß den Erlass einer einstweiligen Verfügung, mit der es der Antragsgegnerin untersagt werden sollte, ihre aktuellen oder ehemaligen Mitarbeiter, die ihr neues Anstellungsverhältnis bei der Antragstellerin gekündigt oder nicht angetreten hatten, einstweilig für die Dauer von sechs Monaten wieder einzustellen oder weiter zu beschäftigen.

Zudem sollte der Antragsgegnerin sinngemäß untersagt werden, ihre ehemaligen oder aktuellen Mitarbeiter dazu zu veranlassen, ihr Anstellungsverhältnis bei der Antragstellerin zu kündigen oder nicht anzutreten, eine Prämie für den Fall auszuloben, dass ihre aktuellen oder ehemaligen Mitarbeiter nicht zu der Antragstellerin wechseln.

### **Die Entscheidung des Gerichts**

Das Landgericht hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen, weil weder ein Verfügungsanspruch noch ein Verfügungsgrund vorliege.

Es liege keine unzulässige geschäftliche Handlung vor, weil die Antragsgegnerin mangels gezielter Behinderung der Antragstellerin nicht unlauter gemäß § 4 Nr. 4 UWG gehandelt habe.

Das Abwerben und auch das Rückabwerben von Mitarbeitern eines Unternehmers, gleichgültig, ob er auf dem Absatzmarkt Mitbewerber ist oder nicht, sei grundsätzlich erlaubt. Es müssten daher zur Begründung der Unlauterkeit besondere Umstände vorliegen. Solche besonderen Umstände seien gegeben, wenn der konkurrierende Unternehmer mit der Abwerbung einen verwerflichen Zweck verfolge oder bei der Abwerbung selbst verwerfliche Mittel oder Methoden anwende.

Ein verwerflicher Zweck werde beispielsweise verfolgt, wenn der Abwerber nicht sein eigenes unternehmerisches Fortkommen bezwecke, sondern primär die wirtschaftliche Entfaltung des Konkurrenten behindert werden soll. Es sei auch unlauter, einen Mitarbeiter abzuwerben, indem man ihn zum Vertragsbruch verleite. Es sei hingegen zulässig, dem Arbeitnehmer bei einer rechtmäßigen Kündigung helfend zur Seite zu stehen. Ebenso dürfe für eine rechtmäßige Kündigung eine Prämie ausgelobt werden.

Vorliegend sei eine Behinderungsabsicht der Antragsgegnerin nicht ersichtlich. Die wechselwilligen Mitarbeiter wären zuvor bei ihr tätig gewesen, sodass sie ein erhebliches Eigeninteresse an der Weiterbeschäftigung dieser Mitarbeiter habe und diese benötige.

Außerdem liege auch kein Verfügungsgrund (Eilbedürftigkeit einer vorläufigen Regelung) vor. Die Vermutung der Dringlichkeit sei widerlegt, weil die Antragstellerin zu lange mit dem Antrag gewartet habe (zwischen der ersten Kündigung eines ursprünglich wechselwilligen Mitarbeiters und der Antragstellung lagen drei Monate).

## **Praxishinweis**

Vielen Unternehmern ist überhaupt nicht klar, dass es Regeln gegen unlauteren Wettbewerb gibt, die im Gesetz nur sehr allgemein niedergelegt sind und von den Gerichten dann auf den jeweiligen Einzelfall angewendet werden. Wettbewerbsrechtlich unzulässig ist beispielsweise die Aufforderung zum „Vertragsbruch“, also der Nichteinhaltung abgeschlossener Verträge, etwa von Lieferverträgen. Beim Arbeitsvertrag besteht aber die Besonderheit, dass dieser auch regulär gekündigt werden kann. Das Ausloben einer Prämie für die reguläre Kündigung eines Anstellungsverhältnisses (Abwerbung) stellt keine wettbewerbswidrige Handlung dar, wenn nicht noch andere Umstände hinzukommen, etwa eine Behinderungsabsicht.

Hendrik Bach  
Rechtsanwalt

## **Ausschluss vom Vergabeverfahren wegen angeblicher Schlechtleistung bei einem vorangegangenen Auftrag: in dubio pro reo!**

- 1. Im Streitfall über die Voraussetzungen des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB muss die Vergabestelle den Nachweis der Tatbestandsvoraussetzungen des Ausschlussgrundes 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 feststellen, dass dies auch zu Recht erfolgt ist.**
- 2. Im Nachprüfungsverfahren gilt der insbesondere in § 167 GWB verankerte Beschleunigungsgrundsatz. Die Vergabekammer bzw. der -senat ist daher nicht gehalten, die Rechtmäßigkeit der streitigen Kündigung selbst im Wege einer vollumfänglichen Inzidentprüfung mit unter Umständen langwieriger Beweisaufnahme wie in einem Bauprozess zu klären. Vielmehr hat die Vergabekammer anhand des Vorbringens der Beteiligten und der eingereichten Unterlagen zu prüfen, ob der öffentliche Auftraggeber den Nachweis der Tatbestandsvoraussetzungen des Ausschlussgrunds auch mit hinreichender Sicherheit führen kann.**
- 3. Einem Unternehmen kann sein Verhalten bei Erfüllung eines öffentlichen Auftrages als Mitglied einer Bietergemeinschaft, an die ein Auftrag vergeben wurde, im Rahmen des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB zugerechnet werden, wenn ihm ein individueller Beitrag zu den während der Vertragsausführung auftretenden Mengen zugerechnet werden kann und dieses individuelle Verhalten fehlerhaft oder fahrlässig war.**
- 4. Hat ein Auftragnehmer mit rechtlichen Schritten gedroht oder solche unternommen, die er zu diesem Zeitpunkt aufgrund einer noch ungeklärten Rechtslage für zulässig halten konnte, so ist bei der Prognoseentscheidung im Rahmen einer Ausschlussentscheidung vom öffentlichen Auftraggeber zugunsten des Auftragnehmers zu prüfen und zu berücksichtigen, ob dieser einer vertretbaren Rechtsauffassung folgte.**

**(VK Südbayern, Beschluss vom 04.04.2024 – Az. 3194.Z3-3\_01-23-68)**

Ein öffentlicher Auftraggeber schreibt Restarbeiten (einen Tunnel) eines zuvor gekündigten Auftrages in einem nicht offenen Verfahren mit Teilnahmewettbewerb aus. An diesem Teilnahmewettbewerb beteiligt sich eine Bietergemeinschaft. Mitglied dieser Bietergemeinschaft ist ein Unternehmen, welches an einer Arbeitsgemeinschaft beteiligt war, welche sich in dem vorangegan-

genen Auftrag mit dem Auftraggeber gestritten hatte und daraufhin gekündigt wurde. Es ging um Nachtragsforderungen, welche vom Auftraggeber zurückgewiesen wurden, woraufhin die Arbeitsgemeinschaft die Arbeiten auf der Baustelle einstellte. Es folgten wechselseitige Kündigungen des Vertrages sowie streitige Auseinandersetzungen vor Gericht. Aus diesem Grunde mussten die Restarbeiten für den Tunnel neu ausgeschrieben werden.

Die Bietergemeinschaft, die sich für die Restarbeiten bewirbt, wird vom Auftraggeber mit der Begründung ausgeschlossen, ihr vertretungsberechtigtes Mitglied, welches zuvor der gekündigten ARGE angehört hat, sei unzuverlässig. Die Bietergemeinschaft stellt daraufhin Nachprüfungsantrag vor der VK Südbayern, nachdem ihrer Rüge gegen den Ausschluss nicht abgeholt wurde.

### **Die Entscheidung des Gerichts**

Die Vergabekammer Südbayern gibt dem Nachprüfungsantrag statt, da der Ausschluss des Teilnahmeantrages der Bietergemeinschaft rechtswidrig war. Denn der Auftraggeber habe nicht mit der erforderlichen, jedenfalls überwiegenden Wahrscheinlichkeit darlegen können, dass die Voraussetzungen des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB hinsichtlich der vorangegangenen Kündigung der Arbeitsgemeinschaft vorliegen. Auch habe der Auftraggeber bei seiner im Vergabevermerk dokumentierten Ermessensausübung wesentliche Aspekte nicht berücksichtigt. Aus diesem Grunde müsse der Teilnahmeantrag wieder in die Wertung genommen werden.

Die Vergabekammer stellt in ihrer Entscheidung fest, dass die Vergabestelle im Streitfall den Nachweis der Tatbestandsvoraussetzung des Ausschlussgrundes führen muss, 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 feststehen, dass dies auch zu Recht erfolgt ist. Nach Auffassung der Vergabekammer konnte die Vergabestelle vorliegend nicht mit der erforderlichen, jedenfalls überwiegenden Wahrscheinlichkeit darlegen und beweisen, dass die Voraussetzungen des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB hinsichtlich seiner Kündigung wegen der Einstellung der Arbeiten vorliegen. Denn es lägen keine hinreichenden tatsächlichen Anhaltspunkte dafür vor, dass die ARGE gemäß § 16 Abs. 5 Nr. 4 VOB/B mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht berechtigt gewesen wäre, die Arbeiten wegen Zahlungsverzug einzustellen. Für einen Ausschluss des Teilnahmeantrages aufgrund der Arbeitseinstellung fehlt es damit an der Nachweislichkeit der Schlechtleistung, da im Falle der berechtigten Ausübung von Leistungsverweigerungsrechten keine Schlechtleistung vorliegen würde. Die fehlende überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass die Arbeitseinstellung durch die ARGE nicht gerechtfertigt war, geht zulasten des öffentlichen Auftraggebers.

Gerade wenn es um die Frage geht, ob die für § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB erforderliche qualifizierte Rechtsfolge – hier die Kündigung des Auftrags durch den Auftraggeber – zu Recht erfolgt ist, kann dies nicht zur Folge haben, dass nun die Vergabekammer auf eine rechtskräftige Entscheidung der Zivilgerichte warten bzw. die Rechtmäßigkeit der streitigen Kündigung selbst im Wege einer vollumfänglichen Inzidentprüfung mit unter Umständen langwieriger Beweisaufnahme wie in einem Bauprozess klären muss. Dem Beschleunigungsgrundsatz würde es eklatant zuwiderlaufen, einen monate- oder gar jahrelangen Bauprozess abzuwarten bzw. ihn selbst inzident durchzuführen. Im Vergabenachprüfungsverfahren kann daher regelmäßig nur darüber entschieden werden, ob der öffentliche Auftraggeber die Anforderungen an den im Streitfall zu erbringendem Nachweis der Tatbestandsvoraussetzungen des Ausschlussgrundes, hier also der zu Unrecht erfolgten Arbeitseinstellung als Kündigungsgrund, führen kann oder nicht.

Auch wenn es im vorliegenden Verfahren nicht mehr darauf ankommt, weist die Vergabekammer darauf hin, dass der Auffassung des Antragsgegners, die Antragstellerin als Bergbauergemeinschaft müsse eine etwaige Schlechtleistung des ehemaligen Mitglieds der ARGE hinsichtlich des Vorauftrages gegen sich gelten lassen, keine vergaberechtlichen Bedenken begegnen. Dieses Unternehmen müsste für ihr eigenes Verhalten als Mitglied der ehemaligen ARGE einstehen so-

wie sich dieses Verhalten auch in einer neuen Bewerber- oder Bietergemeinschaft mit anderen Unternehmen entgegenhalten lassen.

Die Vergabekammer weist abschließend der Vollständigkeit halber darauf hin, dass die dokumentierte Ermessensausübung des Antragsgegners (Vergabestelle) ermessensfehlerhaft ist, da sie sich bereits auf eine unzureichende Tatsachenermittlung stützt und bei ihrer Prognoseentscheidung außer Acht lässt, dass zum Zeitpunkt der Leistungseinstellung und der ausgesprochenen Kündigung die Rechtsauffassung der gekündigten ARGE mangels entgegenstehender Rechtsprechung vertretbar war. Bei der Prognoseentscheidung hätte sich der Antragsgegner zumindest mit der zum Zeitpunkt der Prognoseentscheidung noch unklaren Rechtslage befassen müssen und in seiner Abwägung zugunsten der Antragstellerin einfließen lassen müssen, dass diese einer zum Zeitpunkt der Arbeitseinstellung und Kündigung durchaus vertretbaren Rechtsauffassung folgte.

### **Hinweis für die Praxis**

Die VK Südbayern hat hier in erfreulicher Klarheit festgestellt, dass die bloße Tatsache der Kündigung eines vorangegangenen Auftrages nicht ausreicht, einen Ausschluss wegen angeblicher Schlechtleistung/Unzuverlässigkeit zu rechtfertigen. Vielmehr muss der AG zur Überzeugung der Nachprüfungsinstanz vortragen und beweisen, dass die von ihm ausgesprochene Kündigung auch berechtigt war und dass er bei der Ausübung seines Ermessens auch Aspekte hat einfließen lassen, die für den Bieter sprechen. Gibt es hieran Zweifel, dann ist es nicht Sache der Nachprüfungsinstanz, eine eigene profunde Rechtsprüfung anzustellen. Vielmehr gilt in diesem Fall der alte Rechtsgrundsatz: „in dubio pro reo“, und zwar zugunsten des Bieters!

Dr. Ulrich Dieckert  
Rechtsanwalt

## **Die Anwendbarkeit des DORA-Pakets der EU (Verordnung 2022/2554) auf Verträge IT-Dienstleistern im Finanzbereich**

Die EU-Verordnung 2022/2554 zur digitalen operativen Resilienz (DORA) hat weitreichende Auswirkungen auf den Finanzsektor und auf Unternehmen, die IKT-Dienstleistungen für Finanzinstitute erbringen. Es wird ein neuer Aufsichtsrahmen für diese IKT-Dienstleister geschaffen und Anforderungen bezüglich der Cybersicherheit und IKT-Risiken werden verschärft. Die DORA ist bei Verträgen mit dem Finanzsektor im Verhältnis zur Richtlinie (EU) 2022/2555 (NIS-2) spezieller und daher vorrangig zu berücksichtigen. Eine der bedeutendsten Neuregelung erfasst „kritische“ IKT-Dienstleister, die unter die Aufsicht einer der drei europäischen Aufsichtsbehörden EBA, ESMA oder EIOPA gestellt werden. DORA ist ab dem 17. Januar 2025 unmittelbar anzuwenden. Der Beitrag beschäftigt sich mit den wichtigsten Einordnungen, Auswirkungen auf Verträge, den neuen Anforderungen, Sanktionen und Empfehlungen zum praktischen Vorgehen.

### **1. Anwendungsbereich**

Die Anforderungen von DORA gelten gemäß der Aufzählung in Art. 2 Abs. 1a bis t DORA sektübergreifend und primär für beaufsichtigte Institute und Unternehmen des Finanzsektors („Finanzunternehmen“, Art. 2 Abs. 2 DORA) und IKT-Dienstleister i. S. v. Art. 1 Abs. 1u DORA, d. h. Unternehmen, die IKT-Dienstleistungen für Finanzunternehmen bereitstellen (Art. 3 Nr. 21 DORA). „IKT“ meint die Informations- und Kommunikationstechnologie, die zum Erheben, Speichern, Übertragen und Weiterverarbeiten von Daten und Informationen genutzt wird, vgl. Erwägungsgrund 1 der EU-Verordnung (2022/2554).

### **2. Was sind IKT-Dienstleistungen?**

Dementsprechend sind „IKT-Dienstleistungen“ „digitale Dienste und Datendienste, die über IKT-

Systeme einem oder mehreren internen oder externen Nutzern dauerhaft bereitgestellt werden, einschließlich Hardware als Dienstleistung und Hardwaredienstleistungen, wozu auch technische Unterstützung durch den Hardwareanbieter mittels Software- oder Firmware-Aktualisierungen gehört, mit Ausnahme herkömmlicher analoger Telefondienste.“ Keine IKT-Dienstleistung i. S. v. Art. 3 Nr. 21 DORA sind der reine Kauf von Hardware durch ein Finanzunternehmen. Dagegen ist der dauerhafte Bezug von „Software-as-a-Service“-Anwendungen, Leistungen von Drittanbietern (z. B. von Cloud-Diensten, Software, Datenanalysediensten oder Rechenzentren) und die Herstellung von Hardware mit dauerhafter Betreuung selbiger, von DORA erfasst.

### **3. Wer sind IKT-Dienstleister?**

Eine Einordnung von IKT-Dienstleistern erfolgt in DORA in folgende Gruppen: (1) IKT-Dienstleister nach Art. 3 Nr. 19 DORA, (2) Einstufung als IKT-Dienstleister, der IKT-Dienstleistungen zur Unterstützung kritischer oder wichtiger Funktionen bereitstellt i. S. v. Art. 3 Nr. 22 DORA oder (3) „kritischer“ IKT-Dienstleister nach Art. 3 Nr. 23 i. V. m. Art. 31 ff. DORA. An dieser Einordnung orientiert, werden für die Gruppen verschiedene Anforderungen und die nötigen Standardvertragsklauseln festgelegt.

#### **(1) „Nicht-kritischer“ IKT-Dienstleister, Art. 3 Nr. 19 DORA**

Nicht-kritische IKT-Dienstleister haben die Anforderungen in Art. 30 Abs. 1 und 2 DORA zu beachten. Bei den dort festgelegten „Standardklauseln“ handelt es sich um die geringste Anforderungsstufe nach DORA, weshalb diese auch nicht die Vorhaltung eines eigenen Risikomanagementsystems vorsehen. Hintergrund ist u. a., dass „nicht-kritische“ IKT-Dienstleister keine Dienstleistungen für die kritischen oder wichtigen Funktionen der Finanzunternehmen erbringen. Nichtsdestotrotz können die Finanzinstitute in den vertraglichen Regelungen einen höheren Maßstab, als durch DORA vorausgesetzt, mit dem IKT-Dienstleister vereinbaren. Dies kann dazu führen, dass ein Informationssicherheitsmanagementsystem (ISMS) einzurichten ist, da dadurch eine Vielzahl der Anforderungen nach DORA erfüllt werden können, wie z. B. Risiken in den Lieferketten zu überwachen, Datensicherheit und -schutz einzuhalten oder potenzielle Haftungsrisiken zu minimieren. Eine darüber hinausgehende Forderung der Finanzunternehmen nach Zertifizierungen (z. B. ISO 27001 oder VdS 10000) entspricht jedoch nicht den DORA-Anforderungen, sodass hier sicherlich ein gewisser Verhandlungsspielraum, insbesondere auch finanzieller Art, besteht.

#### **(2) IKT-Dienstleister zur Unterstützung „kritischer oder wichtiger Funktionen“, Art. 3 Nr. 22 DORA**

Darüber hinaus sind zusätzlich die Anforderungen von Art. 30 Abs. 3 DORA zu berücksichtigen, wenn der IT-Dienstleister als IKT-Dienstleister zur Unterstützung kritischer oder wichtiger Funktionen eingestuft wird. Nach Art. 3 Nr. 2 DORA ist eine „kritische oder wichtige Funktion, eine Funktion, deren Ausfall die finanzielle Leistungsfähigkeit eines Finanzunternehmens oder die Solidität oder Fortführung seiner Geschäftstätigkeiten und Dienstleistungen erheblich beeinträchtigen würde oder deren unterbrochene, fehlerhafte oder unterbliebene Leistung die fortdauernde Einhaltung der Zulassungsbedingungen und -verpflichtungen eines Finanzunternehmens oder seiner sonstigen Verpflichtungen nach dem anwendbaren Finanzdienstleistungsrecht erheblich beeinträchtigen würde.“

Die Einstufung als „kritische oder wichtige Funktion“ ist gemäß Art. 28 Abs. 4 DORA durch die Finanzunternehmen selbst vorzunehmen. Die zu vereinbarenden vertraglichen Regelungen sind von dieser Einschätzung abhängig. Dementsprechend können vom IKT-Dienstleister Notfallpläne, Sicherheitsrichtlinien und eine kontinuierliche Überwachung von Risiken im Geschäftsablauf einzuführen und zu berücksichtigen sein. Eine Zertifizierungspflicht (z. B. nach ISO 27001, VdS 10000) oder ein Risikomanagementsystem wird durch DORA allerdings auch hier nicht gefordert. Allerdings kann ein ISMS für eine effektive Umsetzung der Anforderungen sowie für den Nachweis von Sicherheit und Betriebsresilienz beim IKT-Dienstleister erforderlich werden.

(3) „Kritischer“ IKT-Dienstleister, Art. 3 Nr. 23 i. V. m. Art. 31 ff. DORA

Von „kritischen“ IKT-Dienstleistern wird bei der Lieferung oder Pflege von Software für kritische Infrastrukturen von Finanzunternehmen, wie z. B. dem Wertpapierabwicklungssystem, dem Kernbanksystem oder der Bereitstellung eines Rechenzentrums gesprochen. Erfolgt dementsprechend eine Einstufung als „kritischer“ IKT-Dienstleister, sind zusätzlich noch die Regelungen in Art. 33 ff. DORA zu berücksichtigen. Die Einstufung erfolgt anhand der Kriterien des Art. 31 Abs. 2 DORA durch die Europäischen Aufsichtsbehörden (European Supervisory Authorities = ESA). Im Falle der Einstufung besteht dann die Verpflichtung zur Einhaltung und Umsetzung des Risikomanagements aus Art. 33 Abs. 2 und 3 DORA im Vertragsverhältnis zum Finanzunternehmen. Auch wenn nach Art. 33 Abs. 2 DORA wiederum kein ISMS gefordert ist, können mit diesem auch hier viele Anforderungen wie die Identifizierung und das Management von Risiken sowie die Dokumentation von Sicherheitsmaßnahmen erfüllt werden, sodass die Implementierung eines ISMS vorteilhaft erscheint.

#### **4. Unternehmen als IKT-Dienstleister**

Damit überhaupt eine Einordnung als IKT-Dienstleister vorzunehmen ist, muss grundsätzlich ein Vertrag mit Finanzunternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1a bis t DORA geschlossen werden. Entsprechend der bisherigen Ausführungen wird die Einordnung einer IKT-Dienstleistung anhand des jeweiligen Vertragstyps vorzunehmen sein. Insoweit wird bei reinen Kauf- und Werkverträgen, mit einmaligem Zugriff auf die Netzwerke des Finanzunternehmens zur Installation, keine Klassifizierung als IKT-Dienstleister vorliegen. Abweichend davon ist bei einem Wartungs- bzw. Softwarepflegevertrag, insbesondere mit dauerhaftem Fernzugriff auf das Netzwerk des Finanzunternehmens, wohl eine Einstufung als IKT-Dienstleister vorzunehmen.

#### **5. Wer ist für die Einhaltung der DORA-Anforderungen verantwortlich?**

Die Einhaltung der Anforderungen nach DORA und das Managen der IKT-Risiken sind grundsätzlich den Finanzunternehmen zugewiesen, wie auch das Führen des Informationsregisters gemäß Art. 28 Abs. 3 u Abs. 1 DORA. Der IKT-Dienstleister hat in diesem Zusammenhang die Informationen für dieses Register bereitzustellen, wenn ein direktes Vertragsverhältnis zwischen ihm und dem Finanzunternehmen besteht (Rang 1). Darüber hinaus müssen bei IKT-Dienstleistungen, welche „kritische oder wichtige Funktionen“ unterstützen, dem Finanzunternehmen auch sämtliche Nachunternehmer angegeben werden (Rang 2).

#### **6. Einhaltung der Standardvertragsklauseln des Art. 30 Abs. 2 DORA in Verträgen**

Die Einhaltung der Standardvertragsklauseln in Art. 30 Abs. 2 DORA werden beim Abschluss von Wartungs-, Instandhaltungs- und auch Softwarepflegeverträgen über IKT-Dienstleistungen, besonders bei einem Fernzugriff, immer zu beachten sein. Etwaige nun erforderliche Vertragsergänzungen hängen aber maßgeblich an den getroffenen Einstufungen und Beurteilungen Dritter, wie der Finanzunternehmen oder der ESA/BaFin. Deshalb werden etwaige vertragliche Erweiterungen, bspw. über „besondere Vertragsbedingungen“, von den Finanzunternehmen an die IKT-Dienstleister herangetragen werden. Die BaFin kündigte in diesem Zusammenhang an, mit der Umsetzung von DORA Vertragsbedingungen mit den vorgegebenen Standardvertragsklauseln für die Nutzung von IKT-Dienstleistungen zu veröffentlichen, auf die zukünftig zurückgegriffen werden kann. Eine Vertragsanpassung bei den betroffenen Unternehmen ist folglich erst einmal nicht erforderlich.

#### **7. Pflichtverstöße – Sanktionen und Bußgelder auch für IKT-Dienstleister?**

Art. 50 DORA sieht bei Pflichtverstößen vor, dass verwaltungsrechtliche Sanktionen und Abhilfemaßnahmen durch die Mitgliedsstaaten innergesetzlich festzulegen sind; konkrete strafrechtliche Maßnahmen sind nicht vorgeschrieben. Eine Umsetzung der Vorgaben in Deutschland wird durch das Gesetz über die Digitalisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktdigitalisierungsgesetz – Fin-maDiG) erfolgen, welches eigentlich zum 30.12.2024 in Kraft treten sollte. Eine termintreue Um-

setzung scheint durch das Zerbrechen der Ampelkoalition jedoch fraglich. In der BT-Drucksache 20/10280 zum Gesetzesentwurf werden konkrete Sanktionen und Bußgelder für Finanz- und Versicherungsunternehmen in empfindlicher Höhe (bis 5 Mio. EUR) vorgesehen. Weitere Analysen lassen vorläufig keine Ordnungswidrigkeiten für IKT-Dienstleister erkennen. Demgegenüber ist gemäß Art. 35 Abs. 8 DORA für „kritische“ IKT-Dienstleister ein Zwangsgeld in Höhe von „bis zu 1 % des durchschnittlichen weltweiten Tagesumsatzes, den der kritische IKT-Drittdienstleister im vorangegangenen Geschäftsjahr erzielt hat“, festgelegt.

### **8. Empfehlungen für die Praxis**

Im Ergebnis lässt sich sagen, dass vorläufig kein Handlungszwang für Unternehmen besteht, insbesondere aktuelle Verträge mit Finanzunternehmen selbstständig anzupassen. Der Adressat von DORA und die gestellten Anforderungen betreffen in erster Linie die Finanzunternehmen, sodass es an diesen liegt, entsprechende Maßnahmen zu ergreifen. Sie werden also mit erneuerten Vertragsbedingungen für die Umsetzung der DORA-Anforderungen an die betreffenden Unternehmen herantreten. Insoweit ist zu empfehlen, diese Bedingungen und die getroffene Einordnung zu prüfen, damit von den betroffenen Unternehmen keine erhöhten Anforderungen vereinbart werden, die für die jeweilige Kategorie von IKT-Dienstleister von DORA überhaupt nicht vorgegeben ist. Bei Unstimmigkeiten sollte ein Hinweis an den Vertragspartner erfolgen. Darüber hinaus kann die Prüfung der Anforderungen und eine entsprechende DORA-konforme Anpassung der Verträge auch als zusätzliche Leistung gegen gesonderte Vergütung angeboten werden, dies allerdings nur bei einer fachmännischen Prüfung und entsprechender Expertise!

Chantal Hasselbach  
Rechtsanwältin