

Mandanten-Rundbrief

- Juni 2021 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	Verjährung des werkvertraglichen Erfüllungsanspruchs vor Abnahme	2
2.	Beginn der Verjährung des Anspruchs auf Bauhandwerkersicherung	3
3.	Beauftragung eines „ersten Bausteins“ und Unterzeichnung „i.A.“	3
4.	Keine Annahmeverzugsentschädigung für isoliert geltend gemachte allgemeine Geschäftskosten	5
II.	Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht	6
III.	Leitsätze zum Vergaberecht	8
IV.	Leitsätze zum Immobilien-, Miet- und Nachbarrecht	10
V.	Arbeitsrecht	11
1.	Anordnung des Tragens einer Mund-Nase-Bedeckung	11
2.	Einsichtsrecht des Betriebsrates	12
3.	Vergütungspflicht bei Quarantäneanordnung des Arbeitgebers	13
VI.	Entscheidungen zum Arbeitsrecht	13

I. Privates Bau- und Architektenrecht

1. Verjährung des werkvertraglichen Erfüllungsanspruchs vor Abnahme

Der werkvertragliche Erfüllungsanspruch kann vor dem nach der Abnahme bestehenden Nacherfüllungsanspruch verjähren.

OLG Rostock, Urteil vom 02.02.2021 – 4 U 70/19

LG Rostock, Urteil vom 26.04.2019 – 3 O 178/17

(nicht rechtskräftig)

Die Parteien streiten über Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit der Rückabwicklung eines Werkvertrags über die Errichtung eines Einfamilienhauses im Jahre 2013. Im Jahre 2017 erhebt der Auftraggeber (AG) Klage u. a. auf Erstattung von geleisteten Mieten aufgrund des Verzugs des Auftragnehmers (AN) mit der Fertigstellung. Der AN erhebt die Einrede der Verjährung. Das Landgericht (LG) Rostock weist die Klage des AG bezüglich der geleisteten Mieten wegen Verjährung ab. Das Oberlandesgericht (OLG) Rostock bestätigt das erstinstanzliche Urteil. Die Revision zum Bundesgerichtshof (BGH) wird zugelassen.

Das OLG Rostock beschäftigt sich im vorliegenden Urteil mit der umstrittenen Frage, ob werkvertragliche Erfüllungsansprüche vor der Abnahme verjähren können. Hierzu werden folgende Auffassungen vertreten:

1. Der auf die Herstellung einer mangelfreien Sache gerichtete Erfüllungsanspruch verjähre nicht früher als der nach der Abnahme bestehende Nacherfüllungsanspruch (insb. OLG Hamm, Urteil vom 30.04.2019, AZ: 24 U 14/18). Der Erfüllungsanspruch wandle sich mit der Abnahme in einen Nacherfüllungsanspruch um, für den die Verjährung gemäß § 634a Abs. 2 BGB gelte (5 Jahre ab Abnahme).
2. Für Ansprüche aus einem Bauvertrag wegen Mängeln vor Abnahme gelte zwar die regelmäßige Verjährungsfrist gemäß §§ 195, 199 BGB (3 Jahre ab Ende des Jahres in Kenntnis der anspruchsbegrün-

denden Umstände). Deren Ablauf sei jedoch aufgrund einer vom Gesetzgeber nicht gewollten Lücke bis zum Ablauf der fünfjährigen Verjährung nach Abnahme gehemmt (insb. OLG Stuttgart, Urteil vom 30.03.2010, AZ: 10 U 87/09).

3. Das OLG Rostock folgt der dritten Auffassung, insb. vertreten vom OLG Nürnberg im Urteil vom 09.03.2010, AZ: 19 U 100/09. Danach können werkvertragliche Erfüllungsansprüche vor der Abnahme in der regelmäßigen Verjährungsfrist gemäß §§ 195, 199 BGB verjähren. Eine Schutzbedürftigkeit des Bestellers sei nicht erkennbar. Die fünfjährige Verjährungsfrist ab Abnahme könne für den Besteller sogar nachteilhaft sein, wenn er einen Mangel erst spät erkennt. Dagegen beginnt die regelmäßige Verjährung erst ab Kenntnis des Mangels. Außerdem widerspreche es der Dogmatik, dass ein aufgrund von Verjährung nicht mehr bestehender Erfüllungsanspruch nachträglich in einen Nacherfüllungsanspruch umgewandelt wird.

Bis zu einer endgültigen Entscheidung des BGH (die Revision wurde zugelassen) können weiterhin sämtliche o.g. Auffassungen vertreten werden.

Meiner Meinung nach sprechen die besseren Gründe für die letztgenannte Auffassung des OLG Nürnberg und des OLG Rostock. Es besteht kein Schutzbedürfnis für einen Besteller, der keine Abnahme erklärt. Dieser hat jederzeit die Möglichkeit, die fünfjährige Verjährungsfrist für Mängelansprüche durch eine Willenserklärung (Abnahme) oder durch andere Umstände (Abrechnungsverhältnis) herbeizuführen. Dabei kann er sich die Mängel- und Fertigstellungsansprüche vorbehalten. Entschieden er sich bewusst gegen diese Möglichkeit, besteht kein Grund, ihm einen Gewährleistungsanspruch zuzugestehen. Das würde zu einer unnötigen Durchbrechung der strikten Trennung zwischen dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht und dem Gewährleistungsrecht führen.

Rechtsanwalt Sven Wellhausen
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

2. Beginn der Verjährung des Anspruchs auf Bauhandwerkersicherung

Die Verjährungsfrist des Anspruchs auf Stellung einer Bauhandwerkersicherung nach § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB i.d.F. vom 23.10.2008 [jetzt § 650f Abs. 1 Satz 1 BGB] beginnt nicht vor dem Verlangen des Unternehmers nach Sicherheit.

BGH, Urteil vom 25.03.2021 – VII ZR 94/20
(Vorinstanz: OLG Köln, Urteil vom 17.06.2020 – 11 U 186/19)

Der Auftragnehmer (AN) wird im Jahr 2013 mit Rohbauarbeiten für ein Mehrfamilienhaus beauftragt. Im Jahr 2015 erhebt er Klage auf Zahlung von Restwerklohn. Während des Laufs dieses Verfahrens fordert der AN am 27.09.2018 den Auftraggeber (AG) zur Stellung einer Sicherheit nach § 648a BGB a.F. auf. Als diese nicht gestellt wird, klagt der AN die Sicherheit ein. Das Landgericht (LG) Köln weist die Klage wegen Verjährung ab mit der Begründung, der Anspruch auf Gewährung einer Bausicherheit werde bereits mit Abschluss des Bauvertrags fällig; daher beginne zu diesem Zeitpunkt auch die Verjährung zu laufen, weil der Anspruch ab diesem Zeitpunkt geltend gemacht und eingeklagt werden könne. Die Berufung des AN vor dem Oberlandesgericht (OLG) Köln hat Erfolg, der AG wird zur Stellung der Sicherheit verurteilt (siehe dazu die Besprechung des Berufungsurteils in unserem Mandanten-Rundbrief Dezember 2020). Das OLG lässt die Revision zu.

Der Bundesgerichtshof (BGH) weist die Revision des AG zurück. Die Argumentation des OLG Köln halte der rechtlichen Überprüfung im Wesentlichen stand. Der Anspruch auf Leistung einer Sicherheit gemäß § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. (jetzt § 650f BGB) verjähre in der regelmäßigen – dreijährigen – Verjährungsfrist nach § 195 BGB. Diese beginne nicht vor dem Verlangen des AN nach Sicherheit. Denn bei dem Anspruch auf Stellung der Bauhandwerkersicherung handle es sich um einen sogenannten „verhaltenen“ Anspruch. Kennzeichnend für einen verhaltenen Anspruch ist, dass der Schuldner die Leistung nicht bewirken darf, bevor der Gläubiger sie

verlangt. Das treffe auf den Anspruch aus § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. zu. Seine Geltendmachung stehe im Belieben des AN, ohne dessen Verlangen könne der AG als Schuldner den Anspruch nicht im Rechtssinne erfüllen. Denn nach § 648a Abs. 3 Satz 1 BGB a.F. (jetzt § 650f Abs. 3 Satz 1 BGB) hat der AN dem AG die üblichen Kosten der Sicherheitsleistung bis zu einem Höchstsatz von 2 % des zu sichernden Betrags für das Jahr zu erstatten. Ob und gegebenenfalls ab welchem Zeitpunkt der Unternehmer diese Kostenlast auf sich nehmen möchte, müsse seiner Disposition überlassen bleiben. Hinzu komme, dass der AN vor einer Leistung des AG die Höhe bestimmen müsse, in der dieser Sicherheit leisten solle. Weiter weise der Sicherungsanspruch die für verhaltene Ansprüche charakteristische und sich als unbillig erweisende Gefahr der Anspruchsverjährung infolge des Auseinanderfallens von Entstehung und Geltendmachung des Anspruchs auf. Daher beginne die dreijährige Verjährungsfrist des Anspruchs auf Stellung einer Bauhandwerkersicherung nicht vor dem Zugang eines entsprechenden Anforderungsschreibens des AN zu laufen.

Dem AN sei die Geltendmachung des Anspruchs auch nicht nach Treu und Glauben verwehrt. Dazu stellt der BGH nochmals klar, dass es weder eine unzulässige Rechtsausübung noch einen Verstoß gegen das baurechtliche Kooperationsgebot darstellt, wenn dem Sicherungsverlangen des AN auch andere Motive als die bloße Erlangung einer Sicherheit zugrunde liegen (s.a. BGH, Urteil vom 23. November 2017 - VII ZR 34/15 Rn. 28, BauR 2018, 526).

Rechtsanwalt Dr. Thomas Badelt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

3. Beauftragung eines „ersten Bausteins“ und Unterzeichnung „i.A.“

a) Wird eine Wärmepumpe als „erster Baustein“ eines mehrstufigen Energiekonzeptes beauftragt und erfolgt die weitere Beauftragung aufgrund fehlender Mitwirkung des Auftraggebers nicht, liegt trotz unzureichender Heizleistung kein

Mangel vor. Die Erstattung von Ersatzvornahmekosten setzt die Aufforderung an den Auftragnehmer voraus, seine Leistung unter Fristsetzung nachzubessern.

- b) Die Unterzeichnung des Abnahmeprotokolls durch einen Mitarbeiter des Auftragnehmers mit dem Zusatz „i.A.“ genügt nicht zur Herbeiführung der Abnahmewirkungen. Die Abnahme erfolgt in einem solchen Fall erst durch die Bestätigung des zeichnungsberechtigten Geschäftsführers.**

OLG Celle, Urteil vom 19.09.2019 – 6 U 37/19
BGH, Beschluss vom 26.08.2020 – VII ZR 226/19 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

- a) Der Auftraggeber (AG) beauftragt den Auftragnehmer (AN) mit verschiedenen Bauleistungen für den Neubau von Produktionshallen, u. a. den Einbau einer Wärmepumpe. Diese soll lediglich ein „erster Baustein“ für eine komplette Heizungsanlage und eines mehrstufigen Energiekonzeptes sein, welches fortlaufend ausgebaut wird. Der restliche Teil des Gesamtkonzeptes wird letztlich nicht beauftragt. Im Winter wird eine nicht ausreichende Heizleistung der Wärmepumpe festgestellt. Letztendlich stellt der AG die Wärmepumpe ab und beheizt die Halle selbst. Außerdem erklärt er die Teilkündigung hinsichtlich der Wärmepumpenanlage. Im Prozess wendet der AG die Mangelhaftigkeit der Wärmepumpe ein und rechnet mit Ersatzvornahmekosten aus der Teilkündigung auf.

Das Berufungsgericht folgt dem nicht. Ein Mangel der Wärmepumpe liegt nicht vor, da die Heizleistung den Anforderungen des beauftragten „ersten Bausteins“ entspricht. Für eine darüber hinausgehende Wärmeleistung waren noch zusätzliche Elemente, wie ein Pufferspeicher, erforderlich, der als Teil eines weitergehenden Energiekonzeptes vom AG noch nicht in Auftrag gegeben wurde. Vielmehr scheiterte die Weiterführung an der Bereitstellung von Informationen durch den AG. Ebenso hat es der AG

versäumt, vor Beauftragung einer Drittfirma den AN unter Fristsetzung zur Nachbesserung aufzufordern.

Der hier entschiedene Einzelfall ist nur bedingt übertragbar. Der Auftragnehmer hat auch bei unzureichenden Vorgaben für die Funktionalität seines Werks einzustehen, wenn er die Bedenkenanzeige und den Hinweis auf die ausstehenden Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers versäumt.

- b) Bei der förmlichen Abnahme der Arbeiten unterzeichnet ein Mitarbeiter des AG das Abnahmeprotokoll mit dem Zusatz „i.A.“. Der Geschäftsführer des AG übersendet einen Monat später das von ihm unterzeichnete Abnahmeprotokoll mit handschriftlichen Änderungen und weist dabei auf die fehlende Zeichnungsberechtigung seines Mitarbeiters hin. U. a. ist die Bezeichnung „Gesamtabnahme“ im Abnahmeprotokoll gestrichen und stattdessen die Rubrik „Teilabnahme“ angekreuzt worden. Die Parteien streiten im anschließenden Werklohnprozess in zwei Instanzen über den Umfang der Abnahme als Voraussetzung für die Fälligkeit des restlichen Werklohns des AN. Ist auf die Unterzeichnung des Mitarbeiters des AG mit dem Zusatz „i.A.“ oder auf die spätere Abnahmeerklärung des Geschäftsführers abzustellen?

Das Berufungsgericht sieht die Unterzeichnung des Mitarbeiters mit dem Kürzel „i.A.“ nicht als ausreichend an und stellt stattdessen auf die Abnahmeerklärung des Geschäftsführers ab. Die Abnahmewirkungen sind daher nur in dem Umfang rückwirkend eingetreten, wie der Geschäftsführer des AG das Mitarbeiter-Protokoll nachträglich bestätigt hat.

Insbesondere bei Abnahmeprotokollen sollte im Interesse der Rechtssicherheit darauf geachtet werden, dass die Unterzeichnung durch berechtigte Personen erfolgt. Im Zweifel ist beim Auftraggeber nachzuzufragen.

Rechtsanwalt Dr. Hartwig Schäfer
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

4. Keine Annahmeverzugsentschädigung für isoliert geltend gemachte allgemeine Geschäftskosten

- a) **§ 642 BGB gewährt keinen Anspruch auf eine von dem tatsächlichen Verhalten von Personal oder Maschinen unabhängige Erstattung allgemeiner Geschäftskosten bzw. Gewinn und Wagnis.**
- b) **Die Bereitstellung des Baugrundstücks als Mitwirkungsleistung des Bauherrn ist grundsätzlich als Obliegenheit zu bewerten. Ihre Verletzung begründet nur dann einen Schadensersatzanspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B, wenn die Pflicht zur Bereithaltung oder Freigabe der Baustelle zu einem bestimmten Zeitpunkt ausdrücklich vertraglich vereinbart worden ist.**
- c) **Zu den Voraussetzungen des Annahmeverzugs / Gläubigerverzugs, insb. der Entbehrlichkeit eines tatsächlichen oder wörtlichen Angebotes.**

OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.12.2019 – I-5 U 52/19 (Revision anhängig beim BGH unter AZ: VII ZR 8/20)

Die Parteien stritten über Forderungen wegen verspäteten Baubeginns. U.a. aufgrund von Neuausschreibungen hatte sich der Baubeginn vom 30.08.2010 auf den 21.11.2011 verschoben (310 Arbeitstage); während der Bauausführung gab es weitere Verzögerungen. Der Auftragnehmer (AN) verlangte mit seiner Schlussrechnung von der Auftraggeberin (AG), der später beklagten Stadt, unter der Position „Kosten für Bauzeitverschiebung“ einen Betrag von zunächst 181.497,13 Euro. Während der 310 Arbeitstage vor Baubeginn hatte die AG dem AN das Baugrundstück unstreitig nicht zur Verfügung gestellt. Ein tatsächliches oder wörtliches Angebot auf Bauausführung hatte der AN in dieser Zeit nicht gemacht, jedoch hatte die AG schriftlich zweifach klargestellt, dass sie einen Baubeginn zum ursprünglich geplanten Zeitpunkt nicht annehmen werde. Ob bzw. inwieweit der AN während dieser Zeit Personal und Gerät nutzlos vorgehalten hat, blieb streitig.

Das erstinstanzlich mit der Streitigkeit befasste Landgericht (LG) Duisburg sprach dem AN auf die „Kosten für Bauzeitverschiebung“ einen Betrag von 88.397,19 Euro nebst Zinsen zu. Mit der Berufung akzeptierte die AG ihre Verurteilung in der Höhe, die dem Betrag für Verzögerungen nach Baubeginn entsprach (25.949,80 Euro). Hinsichtlich des Restbetrages für die Zeit vor Baubeginn beantragte und erstritt die AG hingegen erfolgreich Klageabweisung.

Zu a)

Der geltend gemachte Anspruch ergibt sich weder aus § 642 BGB noch aus anderen Anspruchsgrundlagen, etwa aus der VOB/B.

Die hier eingeklagten „Kosten für Bauzeitverschiebung“ sind von Sinn und Zweck des § 642 BGB nicht erfasst. § 642 BGB gewährt keinen Anspruch auf eine von dem tatsächlichen Verhalten von Personal oder Maschinen unabhängige Erstattung allgemeiner Geschäftskosten (AGK) bzw. Gewinn und Wagnis. Nach § 642 Abs. 2 BGB bestimmt sich die Höhe einer etwaigen Entschädigung nach der Dauer des Verzuges und der Höhe der vereinbarten Vergütung einerseits und dem, was der Unternehmer infolge des Verzugs an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann. § 642 BGB will also eine Kompensation dafür gewähren, dass der Unternehmer Produktionsmittel bereithält. Die Entschädigung wird für die Wartezeiten des Unternehmers gezahlt. Wird der Unternehmer über § 642 BGB aber gerade und nur dafür entschädigt, dass er für den Besteller Kapital und Arbeitskraft bereithält, dann ist kein Raum für eine von dem tatsächlichen Bereithalten von Produktionsmitteln abgekoppelte Entschädigung für AGK. Ansonsten würde das bloße Vorhandensein eines Geschäftsbetriebs entschädigt. Gegen die Entschädigung einer durch eine Bauzeitverschiebung womöglich eingetretenen Unterdeckung von AGK spricht weiter, dass der Unternehmer keine Sicherheit hat, bei einer rechtzeitigen Abwicklung des Bauvorhabens die erwarteten Umsätze später in anderen Bauvorhaben erwirtschaften zu können. § 642 BGB soll nicht die Erwartungen des Unter-

nehmers auf volle Auslastung seines Betriebs schützen.

Da es sich bei § 642 BGB um einen verschuldensunabhängigen Anspruch handelt, besteht auch keine Rechtfertigung, dem Unternehmer jedweden Nachteil zu ersetzen, der ihm aus dem Annahmeverzug des Bestellers entsteht. Schon gar nicht darf der Unternehmer aufgrund der gewährten Entschädigung bessergestellt sein als er ohne Annahmeverzug stünde. Da Überkompensationen nach der Rechtsprechung des VII. Senats des BGH zu fiktiven Mängelbeseitigungskosten (siehe Beitrag I.1. im Mandantenrundbrief Juni 2018) selbst bei einem verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch zu vermeiden sind, muss dies erst recht bei einem verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruch gelten. Aus den gleichen Erwägungen können auch die angesetzten Anteile für Wagnis und Gewinn von dem AN nicht verlangt werden. Ein Anspruch auf Ausgleich von Umsatzsteuer besteht entsprechend ebenfalls nicht.

Zu b)

Ein Anspruch folgt auch nicht aus § 6 Abs. 6 VOB/B iVm § 280 BGB. Von einer vertragswidrigen Behinderung des AN durch die AG ist nicht auszugehen. § 6 Abs. 6 VOB/B setzt voraus, dass die hindernden Umstände auf einer schuldhaften Verletzung einer vertraglichen Pflicht durch den Auftraggeber beruhen. Dabei stellen Mitwirkungspflichten des Bestellers iSv § 642 BGB, die zur Erfüllung der Werkleistung erforderlich sind, regelmäßig bloße Obliegenheiten dar, sofern nicht ausnahmsweise die Vertragsauslegung ergibt, dass es sich um eine klagbare oder schadensersatzbegründende Vertragspflicht handelt. Die Mitwirkung des Bestellers bei der Durchführung des Bauvorhabens gehört regelmäßig nicht zu seinen vertraglichen Hauptpflichten, sondern dient letztlich eigenen Interessen.

Zu c)

Die AG befand sich für die Zeit vom 30.8.2010-20.11.2011 allerdings in Gläubigerverzug. Mitwirkungshandlungen iSd § 642 BGB sind weit zu verstehen. Insbesondere muss der Besteller das Grundstück aufnahmebereit zur Verfügung stellen, einschließlich der Vorarbeiten anderer

Unternehmer. Eines tatsächlichen oder auch nur wörtlichen Leistungsangebots des AN bedurfte es nicht. Denn für die von der AG vorzunehmende Handlung war eine Zeit nach dem Kalender bestimmt: zu diesem Zeitpunkt musste die Mitwirkungshandlung zwangsläufig vorliegen. Im Übrigen bedurfte es bei dieser Konstellation auch deshalb keines wörtlichen Angebots des AN, da dieses eine „bloße Förmel“ gewesen wäre. Ein wörtliches Angebot ist ausnahmsweise entbehrlich, wenn der Gläubiger erkennbar unter keinen Umständen bereit ist, die geschuldete Leistung entgegen zu nehmen. So lag es hier.

Aus diesem Urteil wird ersichtlich, dass auch im Falle eines offensichtlichen Annahmeverzugs des Vertragspartners kein „garantierter Ausgleich“ allein aus dem Gesetz folgt. Der Schutz des § 642 BGB ist insofern nicht allumfassend. Zudem präzisiert das Urteil die Voraussetzungen an den Klagevortrag des Unternehmers zur Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs. Personal und Gerät müssen auch tatsächlich nachweisbar vorgehalten worden sein. Weiter zeigt das OLG Düsseldorf, wann Annahmeverzug auch ohne tatsächliches oder wörtliches Angebot eintreten kann. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte in der Praxis dennoch stets nachweisbar ein zumindest wörtliches Angebot erfolgen.

Rechtsanwalt Jan-Stephan Henning

II. Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht

1. Teil-Leistung als Vorarbeit im Zweifel verbindliche Zwischenfrist

- a) Bei der Auslegung, ob eine vereinbarte Frist für eine Teil-Leistung eine unverbindliche Kontrollfrist oder eine verbindliche Zwischenfrist im Sinn des § 5 Abs. 1 S. 2 VOB/B darstellt, kommt der Bedeutung dieser Teil-Leistung für den Bauablauf eine maßgebliche Bedeutung zu. Ist die Teil-Leistung eine unabdingbare Vorarbeit für weitere Werkleistungen, handelt es sich im Zweifel um eine verbindliche Zwischenfrist. (amtlicher Leitsatz)

- b) Ein Verzug mit einer verbindlichen Zwischenfrist nach § 5 Abs. 1 S. 2 VOB/B kann zu einem Kündigungsrecht nach § 5 Abs. 4 VOB/B oder § 648a BGB n.F. führen. (amtlicher Leitsatz)

OLG Stuttgart, Urteil vom 01.12.2020 – 10 U 124/20

2. Bauhandwerkersicherungshypothek für Architekten

- a) Dem Architekten steht gemäß §§ 650q, 650e Abs. 1 Satz 1 BGB unabhängig vom Baubeginn und damit unabhängig von einer eingetretenen Wertsteigerung des Grundstücks dem Grunde nach ein Anspruch auf Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek zur Sicherung seines Honoraranspruchs zu (entgegen OLG Celle, Urteil vom 6. Februar 2020 - 14 U 160/19, zitiert nach juris, dort Rdz. 38). (amtlicher Leitsatz)
- b) Im Falle der vorzeitigen Beendigung des Architektenvertrages (hier durch berechtigte Kündigung seitens des AN) ist der Sicherungsanspruch jedoch der Höhe nach gemäß §§ 650q, 650e Abs. 1 Satz 2 BGB auf den Honoraranspruch für die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen begrenzt; ein Anspruch auf Sicherung des „großen Kündigungsschadens“ insgesamt, mithin auch des Honoraranspruchs wegen der nicht erbrachten Leistungen besteht nicht (vgl. Kammergericht, Urteil vom 24. Juli 2018 - 7 U 134/17, zitiert nach juris, dort Rdz. 14, Mandanten-Rundbrief März 2019 Beitrag I.3.; entgegen OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. November 2006 - 22 U 83/06, zitiert nach juris, dort Rdz. 51). (amtlicher Leitsatz)

KG, Beschluss vom 05.01.2021 – 27 W 1054/20

3. Kein Vorteilsausgleich aufgrund verzögerter Mangelbeseitigung

Ein Vorteilsausgleich kommt nicht in Betracht, wenn die Vorteile ausschließlich auf einer Verzögerung der Mängelbeseitigung beruhen und sich der Auftraggeber jahrelang mit einem fehlerhaften Werk begnügen musste. Der Auftragnehmer darf dadurch, dass der Vertragszweck nicht sogleich, sondern erst später im Rahmen der Gewährleistung erreicht wird, keine Besserstellung erfahren. (amtlicher Leitsatz)

OLG München, Hinweisbeschluss vom 01.09.2020 – 28 U 1686/20

4. Auch keine fiktive Abrechnung von Mangelfolgeschäden

- a) Der Auftragnehmer erstellt eine mangelhafte Werkleistung, wenn er eine Dachsanierung ohne weitere Notüberläufe plant und ausführt sowie die vorhandenen Dachabläufe mit Fasern der von ihm eingebauten Dachschweißbahnen verstopfen. (Zitat aus der Entscheidung)
- b) Die Mangelhaftigkeit beruht auf einem schuldhaften Verhalten des Auftragnehmers, wenn er im Rahmen der Auftragsabwicklung gegen DIN-Normen verstößt.
- c) Für die Erstattungsfähigkeit des von dem Auftraggeber geltend gemachten Mietausfallschaden bedurfte es keiner Fristsetzung zur Mangelbeseitigung.
- d) Das Überwachungsverschulden des mit der Bauleitung und -überwachung beauftragten Architekten muss sich der Auftraggeber nicht zurechnen lassen.
- e) Fiktiv berechnete Mängelbeseitigungskosten für die Beseitigung von Mangelfolgeschäden sind nicht erstattungsfähig.

OLG Oldenburg, Urteil vom 20.11.2018 – 2 U 37/17

5. Schiedsgutachten als Anspruchsvoraussetzung

a) Haben die Parteien hinsichtlich eines Anspruchs oder einzelner Anspruchsvoraussetzungen eine Schiedsgutachtenvereinbarung getroffen, ist regelmäßig anzunehmen, dass die Einholung des Schiedsgutachtens in den im Vertrag bestimmten Fällen Anspruchsvoraussetzung ist. Eine vor Einholung des Schiedsgutachtens erhobene Klage, die auf den Anspruch gestützt wird, dessen Inhalt oder dessen Voraussetzungen durch ein Schiedsgutachten festgestellt werden sollen, ist daher nicht als endgültig, sondern allenfalls als verfrüht, also „als zur Zeit unbegründet“ abzuweisen (im Anschluss an BGH, Beschluss vom 24. November 2005 – VII ZB 76/05, BauR 2006, 555 = NZBau 2006, 173). (amtlicher Leitsatz)

b) In einem solchen Fall liegt es im Ermessen des Tatrichters, von einer sofortigen Klageabweisung „als zur Zeit unbegründet“ abzuweichen und zunächst entsprechend §§ 356, 431 ZPO eine Frist zur Beibringung des Schiedsgutachtens zu setzen (im Anschluss an BGH, Urteil vom 8. Juni 1988 – VIII ZR 105/87, NJW-RR 1988, 1405). (amtlicher Leitsatz)

BGH, Urteil vom 11.03.2021 – VII ZR 196/18

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

III. Leitsätze zum Vergaberecht

1. Nachträgliche Nachunternehmerbenennung als unzulässige inhaltliche Änderung des Angebots

a) Legt ein Bieter auf Aufforderung des Auftraggebers innerhalb der Frist des § 16 EU Nr. 4 VOB/A ein Formblatt 223 vor, in dem er eigenhändig das Wort „Sonstige“ gestrichen und durch die Angabe „NU“ ersetzt hat, ist darin zum einen eine unzulässige und damit ausschussrelevante Änderung an den Vergabeunterlagen gemäß § 16 EU Nr. 2 i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 VOB/A zu sehen. Zum anderen liegt darin

eine inhaltlich unzureichende Vorlage von Unterlagen i.S.v. § 16 EU Nr. 4 VOB/A, weil sowohl eine Aussage zu den „Sonstigen“-Kosten als auch die geforderte Aufgliederung der Einheitspreise zu den Teilkosten und Zeitansätzen der Nachunternehmerleistungen fehlt. (amtlicher Leitsatz)

b) Hat ein Bieter in seinem Angebot abschließend erklärt, eine bestimmte Teilleistung selbst zu erbringen, kann er für diese Leistung nachträglich keinen Unterauftragnehmer mehr benennen, da dies eine unzulässige inhaltliche Änderung seines Angebots darstellen würde. (amtlicher Leitsatz)

VK Sachsen, Beschluss vom 30.10.2020 – 1/SVK/028-20

2. Offensichtliche Unrichtigkeiten dürfen korrigiert werden

a) Der öffentliche Auftraggeber muss und darf Angebote, die widersprüchliche Angaben enthalten, nicht ohne weiteres von der Wertung ausnehmen, ohne das Bieterunternehmen zuvor zu einer Aufklärung über den Inhalt des Angebots aufgefordert und ihm Gelegenheit gegeben zu haben, den Tatbestand der Widersprüchlichkeit nachvollziehbar auszuräumen (wie OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21. Oktober 2015 - VII - Verg 35/15 -, juris Rn. 34 ff.). (amtlicher Leitsatz)

b) Eine Korrektur offensichtlicher Unrichtigkeiten durch das Bieterunternehmen führt nicht zu einer Änderung der Vergabeunterlagen und verstößt auch nicht gegen das Nachverhandlungsverbot. (amtlicher Leitsatz)

OVG Sachsen, Urteil vom 21.10.2020 – 6 A 954/17

3. Ausschlusskriterien müssen grundsätzlich in Vergabeunterlagen genannt werden

a) Die Eignung eines Bieters, insbesondere seine für die ordnungsgemäße Leistungs-

erbringung erforderliche Leistungsfähigkeit, darf nur an Kriterien gemessen werden, die der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen genannt hat oder die sich unter Berücksichtigung von Art und Umfang der zu erbringenden Leistungen sowie des vorgesehenen Ausführungszeitraums zwingend aus der Sache ergeben. (amtlicher Leitsatz)

- b) Wegen Nichterfüllung von Anforderungen an die Personalausstattung, die in den Vergabeunterlagen nicht ausdrücklich verlangt werden, darf ein Bieter nur dann als nicht hinreichend leistungsfähig ausgeschlossen werden, wenn aufgrund konkreter Umstände objektiv zumindest ernsthafte Zweifel daran bestehen, ob er mit dem ihm zur Verfügung stehenden Personal den Auftrag ordnungsgemäß und fristgerecht ausführen kann. (amtlicher Leitsatz)
- c) Schließt der Auftraggeber einen Bieter zu Unrecht wegen Nichterfüllung nicht-bekanntgemachter Eignungskriterien als ungeeignet aus und erteilt den Auftrag einem anderen Bieter, steht es dem Schadensersatzanspruch des ausgeschlossenen Bieters nicht entgegen, dass der Auftraggeber die Erfüllung und den Nachweis dieser Eignungskriterien in den Vergabeunterlagen hätte voraussetzen dürfen. (amtlicher Leitsatz)

BGH, Urteil vom 06.10.2020 – XIII ZR 21/19 – „Ortenau-Klinikum“

4. Eignungsnachweis durch Leistungen eines anderen Unternehmens bei Personalidentität

- a) Sind die Eignungsanforderungen nicht in der Bekanntmachung genannt, muss ein Bieter darlegen, dass er dadurch in seiner Wettbewerbsposition beeinträchtigt ist. (amtlicher Leitsatz)
- b) Referenzen müssen nicht identisch, sondern vergleichbar sein. (amtlicher Leitsatz)
- c) Die früheren Leistungen eines anderen Unternehmens können die eigene Eignung für

den konkreten Auftrag nur dann belegen, wenn der Bieter nachweisen kann, dass der ganz überwiegende Teil der auszuführenden Leistungen durch dasselbe Personal des früheren Unternehmens durchgeführt werden soll. (amtlicher Leitsatz)

VK Westfalen, Beschluss vom 25.06.2020 – VK 1-14/20

5. Regelbeauftragung des Gewinners bei Wettbewerb mit nachfolgendem Verhandlungsverfahren

Bei einem Wettbewerb mit nachfolgendem Verhandlungsverfahren besteht für den Auslober die Verpflichtung, aus dem Kreis der Preisträger regelmäßig den Gewinner zu beauftragen. Dies bedeutet nicht, dass er gerade zwingend zu beauftragen ist. Aus der Regelbeauftragung folgt allein, dass das Wettbewerbsergebnis sich im Verhandlungsverfahren niederschlagen muss (OLG Frankfurt, Beschluss vom 11. April 2017 – Az: 11 Verg 4/17; Stolz, VergabeR 2014, 295, 298). Dieser Umstand ist im Rahmen des Verhandlungsverfahrens [...] bei der Gewichtung der Kriterien in geeigneter Weise zu berücksichtigen (OLG Frankfurt, wie vor; Stolz, wie vor). Die das Wettbewerbsergebnis berücksichtigende Gewichtung von Zuschlagskriterien kann dergestalt geschehen, dass der erste Preisträger bei der Gewichtung in besonderem Maße privilegiert wird (OLG Frankfurt, wie vor), indem das Wettbewerbsergebnis als eines von mehreren Kriterien vorgegeben wird und eine relativ hohe Gewichtung erhält (Stolz, wie vor). Eine Differenzierungsmöglichkeit in Höhe von 12 % der Gesamtpunktzahl zwischen den einzelnen Preisträgern setzt das Gebot zur Regelbeauftragung ausreichend um. (Zitate aus der Entscheidung)

VK Hessen, Beschluss vom 21.01.2020 – 69d-VK-17/2019

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

IV. Leitsätze zum Immobilien-, Miet- und Nachbarrecht

1. Aufhebung der Grunderwerbssteuer bei Rückabwicklung des Immobilienkaufvertrags

- a) Wird nach abgeschlossenem und durchgeführtem Kauf- oder Werkvertrag über eine Wohnimmobilie die Nichtfestsetzung, Aufhebung oder Änderung der Grunderwerbsteuer auf Grundlage des § 16 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG beantragt, so muss die Nichterfüllung von Vertragsbedingungen zivilrechtlich einen gesetzlichen oder vertraglichen Rechtsanspruch auf Rückgängigmachung des Grundstücksgeschäfts vermitteln, der einseitig und gegen den Willen des anderen am Grundstücksgeschäft Beteiligten erzwungen werden kann (Anschluss an das BFH-Urteil vom 08.06.1988 - II R 90/86, BFH/NV 1989, 728). (amtlicher Leitsatz)
- b) Ob ein solcher Rechtsanspruch besteht, richtet sich nach zivilrechtlichen Grundsätzen und ist im Besteuerungsverfahren in vollem Umfang zu prüfen. In Betracht kommen insbesondere die Gewährleistungsansprüche wegen Mängeln des Vertragsgegenstandes. Eine Abweichung zwischen der vertraglich geschuldeten und der tatsächlichen Wohnfläche des Vertragsobjekts zu Lasten des Erwerbers kann einen Mangel begründen. (amtlicher Leitsatz)
- c) Der Rechtsanspruch kann nach Ablauf von zwei Jahren nicht durch einen mit Rücksicht auf wirkliche oder vermeintliche Leistungsstörungen abgeschlossenen Vergleichsvertrag ersetzt oder geschaffen werden. (amtlicher Leitsatz)
- d) Ein in einer Wohnflächendifferenz liegender Mangel ist erst dann ein "schwerer Mangel", wenn die Differenz die Schwelle von 10 % überschreitet. (amtlicher Leitsatz)

Bundesfinanzhof (BFH), Urteil vom 19.02.2020 – Az. II R 4/18

2. Fiktive Mängelbeseitigungskosten im Immobilienkaufrecht

Der kaufvertragliche Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung (kleiner Schadensersatz) gemäß § 437 Nr. 3, §§ 280, 281 BGB kann anhand der voraussichtlich erforderlichen, aber (noch) nicht aufgewendeten („fiktiven“) Mängelbeseitigungskosten bemessen werden (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 – VII ZR 46/17, BGHZ 218, 1 und Beschluss vom 8. Oktober 2020 – VII ARZ 1/20, NJW 2021, 53). Allerdings muss die Umsatzsteuer nur ersetzt werden, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen ist. (amtlicher Leitsatz)

BGH, Urteil vom 12.03.2021 – V ZR 33/19

3. Mietmangel durch Flächenabweichung von unter 10 Prozent

- a) Die Unterschreitung der vertraglich vereinbarten durch die dem Mieter vom Vermieter tatsächlich überlassenen Fläche stellt auch dann einen Sachmangel der Mietsache dar, wenn die Flächendifferenz die Folge von nach Abschluss des Mietvertrags erfolgten Umbauarbeiten ist, durch die diese Fläche dem angrenzenden Mietobjekt zugeschlagen worden ist. (amtlicher Leitsatz)
- b) Weist bei der Miete von Geschäftsräumen die Mietfläche eine Größe auf, die um weniger als 10 % unter der im Mietvertrag vereinbarten Fläche zurückbleibt, ist eine Mietminderung zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Der Mieter hat in diesem Fall jedoch konkret darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, dass durch die Flächenabweichung der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache beeinträchtigt wird (Fortführung von Senatsurteil vom 18. Juli 2012 - XII ZR 97/09 - NJW 2012, 3173). (amtlicher Leitsatz)

BGH, Urteil vom 25.11.2020 – XII ZR 40/19

4. Pandemiebedingte Betriebsuntersagung

- a) Die pandemiebedingte Betriebsuntersagung in dem Zeitraum vom 18.03.2020 bis zum 27.04.2020 hat nicht zu einem Mangel der Mietsache iSv § 536 Abs. 1 BGB geführt. Es lag auch kein Fall der Unmöglichkeit iSv § 275 BGB vor. (amtlicher Leitsatz)
- b) Ein Anspruch nach § 313 Abs. 1 BGB auf Anpassung des Mietvertrages durch eine Herabsetzung oder Stundung der Miete ist in Ausnahmefällen trotz der grundsätzlich vorrangigen gesetzlichen Sonderregeln möglich. Bei der Prüfung der Zumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag sind sämtliche Umstände des Einzelfalles zu beachten. (amtlicher Leitsatz)

OLG München, Beschluss vom 17.02.2021 – 32 U 6358/20

5. Haftung des Eigentümers für Gerätschaft bei fahrlässiger oder vorsätzlicher Handlung des Mieters

Der vermietende Eigentümer (hier: Teileigentümer) haftet nicht als Zustandsstörer, wenn der Schaden zwar von einem in seinem Eigentum stehenden Bauteil bzw. Gerät ausgeht, aber allein auf eine fahrlässige oder vorsätzliche Handlung des Mieters zurückzuführen ist; nur wenn feststeht, dass die Beschaffenheit des Bauteils bzw. des Geräts nicht ordnungsgemäß war und für den Schadenseintritt zumindest mitursächlich gewesen sein kann, kann der Schaden in wertender Betrachtung (auch) dem Eigentümer zuzurechnen sein.

BGH, Urteil vom 18.12.2020 – V ZR 193/19

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

V. Arbeitsrecht

1. Anordnung des Tragens einer Mund-Nase-Bedeckung

Der Arbeitgeber darf das Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung während der Arbeitszeit anordnen.

ArbG Siegburg, Urteil vom 16.12.2020, AZ: 4 Ga 18/20

Sachverhalt:

In einem einstweiligen Verfügungsverfahren wendete sich der Kläger dagegen, während der Arbeitszeit eine Mund-Nase-Bedeckung zu tragen. Der Arbeitgeber hatte dies angeordnet. Der Kläger legte daraufhin zwei hausärztliche Atteste vor, wonach er beides nicht tragen könne. Er beehrte die Beschäftigung als Mitarbeiter und die Feststellung, dass er während der Arbeitszeit nicht verpflichtet sei, eine Mund-Nase-Bedeckung in den Räumen des Arbeitgebers zu tragen. Hilfsweise beantragte er die Ermöglichung von HomeOffice.

Entscheidung:

Das Arbeitsgericht weist die Anträge zurück. Im Rahmen der im einstweiligen Verfügungsverfahren vorzunehmenden summarischen Prüfung überwiege der Gesundheits- und Infektionsschutz der anderen Mitarbeiter. Zudem bestünden Zweifel an dem hausärztlichen Attest.

Dem Arbeitgeber stehe grundsätzlich im Rahmen seines Direktionsrechtes gemäß § 106 GewO das Recht zu, eine Verpflichtung zum Gesundheits- und Infektionsschutz der Mitarbeiter anzuordnen. Dies leite sich aus §§ 618, 241 Abs. 2 BGB ab. Zudem ergäben sich derartige Verpflichtungen auch aus öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzvorschriften, wie z.B. § 3 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG. Zudem ordne auch die aktuelle Corona-Schutzverordnung eine Maskenpflicht in geschlossenen Räumen an.

Die vom Kläger vorgelegten medizinischen Atteste seien weit auszulegen. Diesen Attesten

komme nicht der Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung iSv. § 5 Abs. 1 Satz 2 EntgFG zu. Auch der hilfsweise begehrte Anspruch auf einen HomeOffice-Arbeitsplatz bestehe nicht, da er sich weder aus dem Arbeitsvertrag noch aus den gesetzlichen Vorschriften ergebe.

Anmerkung:

Arbeitgeber sollten bei der Ausgestaltung von Schutzmaßnahmen auch die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 7 BetrVG beachten und die Einführung einer Maskenpflicht ggf. über eine Betriebsvereinbarung absichern.

Hinsichtlich des HomeOffice-Arbeitsplatzes ist zu berücksichtigen, dass die Entscheidung des Arbeitsgerichtes Siegburg im Dezember 2020 erging. Aufgrund des aktuellen Infektionsschutzgesetzes besteht eine Verpflichtung des Arbeitgebers HomeOffice anzubieten, wenn dies betrieblich möglich ist. Mit dieser Verpflichtung korreliert die Pflicht des Arbeitnehmers, HomeOffice-Angebote wahrzunehmen, wenn dies privat möglich ist (vgl. § 28b Abs. 7 IfSG).

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

2. Einsichtsrecht des Betriebsrates

Das Einsichtsrecht des Betriebsrates gemäß § 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG in Bruttogehaltslisten besteht nur, wenn die Einsichtnahme für die Betriebsratsaufgaben aktuell erforderlich ist. Ohne diesbezügliche Erforderlichkeit ergibt sich kein Recht auf turnusmäßige Einsichtnahme.

BAG, Beschluss vom 29.09.2020, AZ: 1 ABR 23/19

Sachverhalt:

Der Betriebsrat forderte im Januar 2017 vom Arbeitgeber Einsicht in die Bruttogehaltslisten. Der Arbeitgeber ermöglichte daraufhin Einblick

in eine Excel-Tabelle, in der für jeden Monat für jeden Arbeitnehmer das Bruttogesamtentgelt sowie eine Monatsdurchschnittssumme und eine Jahressumme aufgeführt waren, jedoch ohne Differenzierung zwischen Grundgehalt und Zuschlägen, Bonus, etc. Im Juni 2017 forderte der Betriebsrat erneut Einblick in die aktuellen Gehaltslisten, worauf der Arbeitgeber nunmehr eine Begründung verlangte. Der Betriebsrat war der Auffassung, dass er jederzeit aufgrund seiner Überwachungsaufgabe hierzu berechtigt sei.

Entscheidung:

Das BAG wies die Klage des Betriebsrates ebenso wie schon das LAG zurück.

Zwar könne der Betriebsrat gemäß § 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG Einblick in die Listen über die Bruttolöhne durch einen Betriebsausschuss oder einen nach § 28 BetrVG gebildeten Ausschuss verlangen. Dieses Recht setze jedoch voraus, dass die Einsichtnahme zur Durchführung der Aufgaben des Betriebsrates erforderlich ist. Notwendig sei hierbei stets eine auf das konkrete Einsichtsverlangen bezogene, spezifische Prüfung der Erforderlichkeit unter dem Gesichtspunkt der allgemeinen Überwachungsaufgabe iSv. § 80 BetrVG oder eines Mitbestimmungsrechtes iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Auch die Überwachung einer im Betrieb geltenden Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeit führe nicht automatisch zur Notwendigkeit einer turnusmäßigen Einsicht, ebenso wenig wie zuvor festgestellte Entgeltdiskrepanzen und die daraus abgeleitete Vermutung, der Arbeitgeber verletze Mitbestimmungsrechte, da diese bereits zuvor erkannt worden seien.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

3. Vergütungspflicht bei Quarantäneanordnung des Arbeitgebers

Schickt ein Arbeitgeber aufgrund eigener Entscheidung einen oder mehrere Arbeitnehmer in Quarantäne, bleibt er zur Vergütung des Arbeitslohnes gemäß § 615 Satz 3 BGB weiterhin verpflichtet. Dies gilt selbst dann, wenn die Störung nicht aus einer vom Arbeitgeber beeinflussbaren Gefahrensphäre stammt.

ArbG Dortmund, Urteil vom 24.11.2020, AZ: 5 Ca 2057/20

Sachverhalt:

Der Kläger hatte im März 2020 eine Woche Urlaub in Tirol/Österreich verbracht. Nach Rückkehr teilte er dies dem Arbeitgeber aufgrund dessen Aufforderung mit. Der Arbeitgeber wies den Kläger an, er solle 2 Wochen in Quarantäne gehen, da Tirol als Risikogebiet eingestuft worden sei. Dieser Aufforderung kam der Kläger nach. Die Arbeitszeit, die durch diese Anordnung ausfiel, zog der Arbeitgeber vom Arbeitszeitkonto des Klägers ab, insgesamt 62 Stunden und 45 Minuten.

Hiergegen wendete sich der Kläger und verlangte mit seiner Klage die Gutschrift der in Abzug gebrachten Stunden. Der Arbeitgeber wandte ein, er sei zum Abzug berechtigt, da es sich um Ausfallzeiten handele, die auf ein für beide Seiten nicht zu vertretendes Ereignis zurückzuführen seien.

Entscheidung:

Das Arbeitsgericht gab der Klage statt. Der Anspruch des Klägers ergebe sich aus dem Arbeitsvertrag in Verbindung mit den Grundsätzen der Betriebsrisikolehre und § 615 Satz 1 und Satz 3 BGB. Danach könne der Arbeitnehmer die vereinbarte Vergütung verlangen, wenn die Arbeit ausfalle und der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trage. Dies gelte auch, wenn der Arbeitgeber seinen Betrieb aus Gründen, die in seinem betrieblichen oder wirtschaftlichen Verantwortungsbereich liegen, einschränke oder stilllege.

Da der Arbeitgeber aus eigenem Antrieb zum Schutz der übrigen Belegschaft den Mitarbeiter in Quarantäne geschickt habe, trage er auch das Vergütungsrisiko, selbst wenn die Störung nicht aus einer von ihm beeinflussbaren Gefahrensphäre stamme. Anderes gelte nur in Fällen, in denen die Quarantäne behördlicherseits angeordnet sei.

Die Entscheidung ist noch nicht rechtskräftig. Abzuwarten bleibt die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts.

Rechtsanwalt Dr. Frank Maier
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

VI. Entscheidungen zum Arbeitsrecht

1. Vergütung von Umkleide-, Rüst- und Wegezeiten eines Wachpolizisten

Das An- und Ablegen einer auf Weisung des Arbeitgebers während der Tätigkeit als Wachpolizist zu tragenden Uniform und persönlichen Schutzausrüstung nebst Dienstwaffe ist keine zu vergütende Arbeitszeit, wenn der Arbeitnehmer die dienstlich zur Verfügung gestellten Umkleide- und Aufbewahrungsmöglichkeiten nicht nutzt, sondern sich im privaten Bereich umkleidet und rüstet.

Die beiden Kläger, die beim beklagten Land als angestellte Wachpolizisten im Zentralen Objektschutz tätig sind, fordern die Feststellung der Vergütungspflicht von Umkleide-, Rüst- und damit in Zusammenhang stehenden Wegezeiten. Auf Weisung des beklagten Landes müssen die Wachpolizisten ihren Dienst in angelegter Uniform mit dem Aufdruck POLIZEI sowie mit den persönlichen Ausrüstungsgegenständen und streifenfertiger Dienstwaffe antreten. Es ist ihnen freigestellt, ob sie den Weg zur und von der Arbeit in Uniform zurücklegen und ob sie das in einer Dienststelle zur Verfügung gestellte Waffenschließfach nutzen. Sie haben die Möglichkeit, die Zurverfügungstellung eines Spinds zu beantragen. Einer der Kläger bewahrt die Dienstwaffe bei sich zu Hause auf und nimmt dort auch das Umkleiden und Rüsten vor. Der andere Kläger nutzt das

dienstliche Waffenschließfach, was beim Zurücklegen des Wegs von seiner Wohnung zum Einsatzort und zurück einen Umweg bedingt. Das Landesarbeitsgericht hatte den Klagen zum Teil stattgegeben und Vergütung für die Umkleidezeiten zugesprochen. Die auf vollständige Vergütung der Wegezeiten gerichteten Klagen wurden dagegen im Wesentlichen abgewiesen. Nur soweit der eine Kläger einen Umweg zurückzulegen hatte, stellte das Landesarbeitsgericht die Vergütungspflicht fest.

Die Revisionen der Kläger hatten vor dem Fünften Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen, die Revisionen des beklagten Landes nur zum Teil Erfolg. Das Umkleiden und Rüsten mit einer besonders auffälligen Dienstkleidung, persönlichen Schutzausrüstung und Dienstwaffe ist keine zu vergütende Arbeitszeit, wenn der Arbeitnehmer eine dienstlich zur Verfügung gestellte Umkleide- und Aufbewahrungsmöglichkeit nicht nutzt, sondern für die Verrichtung dieser Tätigkeiten seinen privaten Wohnbereich wählt. Ebenfalls nicht vergütungspflichtig ist die für das Zurücklegen des Wegs zur Arbeit von der Wohnung zum Einsatzort und zurück aufgewandte Zeit, denn der Arbeitsweg zählt zur privaten Lebensführung. Dagegen ist die für einen Umweg zum Aufsuchen des dienstlichen Waffenschließfachs erforderliche Zeit zu vergüten, es handelt sich um eine fremdnützige Zusammenhangstätigkeit. Der vom Landesarbeitsgericht geschätzte zeitliche Aufwand hierfür ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Bundesarbeitsgericht (BAG), Urteil vom 31.03.2021 - 5 AZR 292/20 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwältin Bettina Keidel

2. Höhe einer betrieblichen Altersversorgung – Auswirkung von Teilzeitbeschäftigung

Eine Versorgungsregelung kann wirksam vorsehen, dass bei der Ermittlung der anrechnungsfähigen Dienstzeiten im Rahmen der Berechnung des Altersruhegelds die Zeiten einer Teilzeitbeschäftigung lediglich anteilig berücksichtigt werden. Ebenso kann eine Versor-

gungsregelung vorsehen, dass eine Höchstgrenze eines Altersruhegelds bei in Teilzeit beschäftigten Arbeitnehmern entsprechend dem Teilzeitgrad während des Arbeitsverhältnisses gekürzt wird. Diese Regelungen stellen keine unzulässige Diskriminierung wegen der Teilzeitarbeit iSv. § 4 Abs. 1 TzBfG dar.

Die Klägerin war annähernd 40 Jahre bei der Beklagten überwiegend in Teilzeit beschäftigt. Seit dem 1. Mai 2017 bezieht sie auf Grundlage der im Betrieb der Beklagten geltenden Konzernbetriebsvereinbarung („Leistungsordnung“) ein betriebliches Altersruhegeld. Dessen Höhe hängt von dem zum Ende des Arbeitsverhältnisses erreichten versorgungsfähigen Einkommen und den zurückgelegten anrechnungsfähigen Dienstjahren ab. Soweit das maßgebende Einkommen ein Entgelt für Teilzeitarbeit ist, wird das Einkommen zugrunde gelegt, das der Mitarbeiter in Vollzeit erzielt hätte. Die Leistungsordnung enthält ferner eine Regelung, wonach Dienstzeiten in Teilzeitarbeit nur anteilig angerechnet werden. Die anrechnungsfähige Dienstzeit ist auf höchstens 35 Jahre begrenzt. Wird dieser Zeitraum überschritten, werden die Jahre mit dem für den Arbeitnehmer günstigsten Verhältnis berücksichtigt. Nach der Leistungsordnung gilt für das Altersruhegeld eine absolute Höchstgrenze von 1.375,00 Euro im Monat, wenn das Einkommen bei Eintritt des Versorgungsfalles die maßgebende Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung übersteigt. Bei der Klägerin sieht die Leistungsordnung einen Teilzeitfaktor von 0,9053 vor, obwohl sie in ihrem annähernd 40 Jahre bestehenden Arbeitsverhältnis insgesamt 34,4 Vollzeitzeitarbeitsjahre gearbeitet hat. Gegen die Berücksichtigung des Teilzeitfaktors hat sich die Klägerin mit ihrer auf die Zahlung der Differenz zum höchstmöglichen Altersruhegeld gerichteten Klage gewandt. Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat ihr teilweise stattgegeben.

Die Revision der Beklagten hatte - im Gegensatz zur Anschlussrevision der Klägerin - vor dem Dritten Senat des Bundesarbeitsgerichts Erfolg. Die insgesamt klageabweisende Entscheidung des Arbeitsgerichts wurde wiederhergestellt. Die in der Leistungsordnung vor-

gesehene Berechnung des Altersruhegelds unter Berücksichtigung eines Teilzeitgrads ist wirksam. Die Klägerin wird nicht iSv. § 4 Abs. 1 TzBfG wegen ihrer Teilzeitarbeit benachteiligt, weil ihre über annähernd 40 Jahre erbrachte Arbeitsleistung nicht in 34,4 Vollzeitarbeitsjahre umgerechnet wurde. Mit einem Arbeitnehmer, der 34,4 Jahre in Vollzeit gearbeitet und dann in den Altersruhestand getreten ist, ist sie nicht vergleichbar. Auch kann sie nicht mit Erfolg geltend machen, dass sie wegen ihrer Teilzeitarbeit benachteiligt wird, weil der nach der Leistungsordnung ermittelte Teilzeitfaktor auch auf die Versorgungshöchstgrenze angewandt wird. Sie erhält vielmehr ein Altersruhegeld in dem Umfang, der ihrer erbrachten Arbeitsleistung im Verhältnis zur Arbeitsleistung eines gleich lange im Unternehmen der Beklagten in Vollzeit tätigen Arbeitnehmers entspricht. Das ist zulässig.

BAG, Urteil vom 23. März 2021 - 3 AZR 24/20 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwältin Bettina Keidel

3. Vergütungsrechtliche Einordnung von ärztlichem Hintergrunddienst als Rufbereitschaft oder Bereitschaftsdienst

Ob ärztlicher Hintergrunddienst nach § 9 des Tarifvertrags für Ärztinnen und Ärzte an Universitätskliniken (TV-Ärzte/TdL) zu vergütende Rufbereitschaft oder Bereitschaftsdienst ist, hängt davon ab, ob der Arbeitgeber den Arbeitnehmer durch eine Vorgabe insbesondere hinsichtlich der Zeit zwischen Abruf und Aufnahme der Arbeit zwingt, sich an einem bestimmten Ort aufzuhalten und damit eine faktische Aufenthaltsbeschränkung vorgibt. Das gilt auch, wenn der ärztliche Hintergrunddienst mit einer Telefonbereitschaft verbunden ist.

Der als Oberarzt beschäftigte Kläger leistet im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses, auf das der TV-Ärzte/TdL Anwendung findet, außerhalb seiner regelmäßigen Arbeitszeit sog. Hintergrunddienste. Während dieser Zeit ist er verpflichtet, telefonisch erreichbar zu sein. Weitere ausdrückliche Vorgaben hinsichtlich des Aufenthaltsortes oder der Zeitspanne, in-

nerhalb derer er die Arbeit im Klinikum aufzunehmen hat, macht die Beklagte nicht. Im Rahmen des Hintergrunddienstes kann es sowohl zu Einsätzen des Klägers im Klinikum der Beklagten als auch zu rein telefonischen Inanspruchnahmen kommen, wobei letztere überwiegen. Dabei hat der Kläger auch mögliche Organtransplantationsangebote der Stiftung Eurotransplant zu bearbeiten. Hierzu hat er nach dem telefonischen Angebot aufgrund einer Vorgabe der Stiftung Eurotransplant innerhalb von 30 Minuten die mitgeteilten Daten bezüglich Spender, Organ, Patient und Dialysearzt zu prüfen, den in Frage kommenden Patienten sowie den zuständigen Dialysearzt telefonisch zu kontaktieren sowie gegenüber Eurotransplant zu erklären, ob das Organspendeangebot angenommen wird. Die dafür erforderlichen Informationen entnimmt der Kläger einem mitzuführenden Aktenordner. Die Beklagte vergütet die Hintergrunddienste gemäß § 9 Abs. 1 TV-Ärzte/TdL als Rufbereitschaft iSd. § 7 Abs. 6 Satz 1 TV-Ärzte/TdL.

Der Kläger meint, die Hintergrunddienste seien aufgrund der mit ihnen verbundenen Beschränkungen sowie der Anzahl und des zeitlichen Umfangs der tatsächlichen Inanspruchnahmen Bereitschaftsdienst und als solcher zu vergüten. Das Landesarbeitsgericht hat dem Kläger für den Zeitraum August 2017 bis Juni 2018 eine Vergütungsdifferenz von knapp 40.000,00 Euro brutto zugesprochen.

Die Revision der Beklagten hatte vor dem Sechsten Senat des Bundesarbeitsgerichts Erfolg. Bei dem vom Kläger geleisteten Hintergrunddienst handelt es sich um Rufbereitschaft. Ob ein vom Arbeitgeber im Anwendungsbereich des TV-Ärzte/TdL angeordneter (Hintergrund-)Dienst im vergütungsrechtlichen Sinn Bereitschaftsdienst oder Rufbereitschaft ist, richtet sich ausschließlich nach nationalem Recht und nicht nach der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG. Rufbereitschaft und Bereitschaftsdienst unterscheiden sich nach den tariflichen Definitionen in § 7 Abs. 4 Satz 1 bzw. Abs. 6 Satz 1 TV-Ärzte/TdL dadurch, dass der Arbeitnehmer sich nach den Vorgaben des Arbeitgebers nicht an einem bestimmten Ort aufhalten muss, sondern seinen Aufenthaltsort frei wählen kann. Maßgeblich ist also der Um-

fang der vom Arbeitgeber angeordneten Aufenthaltsbeschränkung. Dabei ist der Arbeitnehmer allerdings auch bei der Rufbereitschaft in der Wahl seines Aufenthaltsortes nicht völlig frei. Er darf sich entsprechend dem Zweck der Rufbereitschaft nur so weit von dem Arbeitsort entfernt aufhalten, dass er die Arbeit dort alsbald aufnehmen kann. Das ist bei dem von der Beklagten angeordneten Hintergrunddienst noch der Fall. Mit der Verpflichtung, einen dienstlichen Telefonanruf anzunehmen und damit die Arbeit unverzüglich aufzunehmen, ist keine räumliche Aufenthaltsbeschränkung verbunden. Zeitvorgaben für die Aufnahme der Arbeit im Übrigen bestehen nicht. Dass uU nach einem Anruf zeitnah die Arbeit in der Klinik fortgesetzt werden muss, steht im Einklang mit dem Wesen der Rufbereitschaft.

Allerdings untersagt § 7 Abs. 6 Satz 2 TV-Ärzte/TdL dem Arbeitgeber die Anordnung von Rufbereitschaft, wenn erfahrungsgemäß nicht lediglich in Ausnahmefällen Arbeit anfällt. Das trifft vorliegend zu. Der Kläger wird in etwa der

Hälfte der Hintergrunddienste zur Arbeit herangezogen und leistet zu 4 % aller Rufbereitschaftsstunden tatsächliche Arbeit. Dabei kommt es entgegen der Ansicht der Beklagten nicht nur auf die Arbeitseinsätze an, die in der Klinik fortzusetzen sind, was in mehr als einem Viertel der Rufbereitschaften vorkommt. In der Gesamtschau dieser Umstände hätte sie die vom Kläger geleisteten Hintergrunddienste daher nicht anordnen dürfen. Gleichwohl führt dies nicht zu der vom Kläger begehrten höheren Vergütung. Ein bestimmter Arbeitsleistungsanteil ist nach dem Tarifvertrag weder dem Bereitschaftsdienst noch der Rufbereitschaft begriffsimmanent. Die Tarifvertragsparteien haben damit bewusst für den Fall einer tarifwidrigen Anordnung von Rufbereitschaft keinen höheren Vergütungsanspruch vorgesehen. Diesen Willen hat der Senat respektiert.

Bundesarbeitsgericht (BAG), Urteil vom 25. März 2021 - 6 AZR 264/20 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwältin Bettina Keidel

Wir stehen Ihnen selbstverständlich zur näheren Erläuterung der vorstehenden Entscheidungen zur Verfügung und überlassen Ihnen auch gerne weiterführendes Material (Gesetzestexte, Entscheidungen mit vollständigen Begründungen, etc.).

Unsere Mandanten-Rundbriefe sind auch auf unserer Website www.bornheim.com unter der Rubrik „News“ abrufbar.

Falls Sie künftig keinen Mandanten-Rundbrief mehr oder diesen lieber als PDF per E-Mail erhalten möchten, teilen Sie uns dies bitte telefonisch oder per E-Mail an heidelberg@bornheim.com mit.

**- Heidelberg - Frankfurt - Berlin - Düsseldorf - Hamburg - München -
im Juni 2021**

Impressum:

Herausgeber: Bornheim und Partner mbB Rechtsanwälte, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg, Partnerschaftsgesellschaft mbB von Rechtsanwälten, Sitz Heidelberg, Nr. PR 700146 AG Mannheim
Verantwortliche Redakteurin: Rechtsanwältin Viviana Tambini, Vangerowstraße 20, 69115 Heidelberg
Druck: City-Druck Heidelberg, Bergheimer Straße 119, 69115 Heidelberg