

# Mandanten-Rundbrief

- September 2021 -

I.	Privates Bau- und Architektenrecht	2
1.	Mangel ist innerhalb Mangelbeseitigungsfrist vollständig zu beseitigen	2
2.	Bauhandwerkersicherheit für Gerüstbauarbeiten	3
3.	Zum Anspruch auf Duldung „bestimmter“ baulicher Maßnahmen	4
II.	Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht	5
III.	Leitsätze zum Vergaberecht	8
IV.	Insolvenzrecht	10
	Vorsatzanfechtung: Rechtsprechungsänderung	10
V.	Arbeitsrecht	12
	Betriebsrätemodernisierungsgesetz	12
VI.	Entscheidungen zum Arbeitsrecht	14

Vangerowstraße 20 69115 Heidelberg Tel.: 06221/91290 Fax: 06221/912929	Myliusstraße 14 60323 Frankfurt Tel.: 069/72737415 Fax: 069/72737491	Lennéstraße 9 10785 Berlin Tel.: 030/2062780 Fax: 030/20627878	Königsallee 63/65 40215 Düsseldorf Tel.: 0211/4369870 Fax: 0211/4369879	Esplanade 39 20354 Hamburg Tel.: 040/22630380 Fax: 040/226303818	Finkenstraße 7 80333 München Tel.: 089/38859720 Fax: 089/38859728
---	---	---	--	---	--

Partnerschaftsgesellschaft mbB von Rechtsanwälten, Sitz Heidelberg, Nr. PR 700146 AG Mannheim

## I. Privates Bau- und Architektenrecht

### 1. Mangel ist innerhalb Mängelbeseitigungsfrist vollständig zu beseitigen

- a) Die Mängelansprüche des Auftraggebers erlöschen nicht dadurch, dass er nach einer erfolglos abgelaufenen Frist zur Mängelbeseitigung dem Auftragnehmer eine weitere Frist setzt.
- b) Der Auftraggeber ist aber daran gehindert, seine Mängelrechte auszuüben, wenn der Auftragnehmer auf die weitere Fristsetzung hin in einer angemessenen Frist die ernstliche Bereitschaft zeigt, die Mängel zu beseitigen.
- c) Bei der Frist zur Beseitigung des Mangels handelt es sich nicht um eine Beginnfrist, sondern um eine Vornahmefrist. Folglich ist eine angemessene Frist erfolglos abgelaufen, wenn der Mangel bis zum Ablauf der Frist nicht vollständig beseitigt worden ist.
- d) Nur in eng begrenzten Ausnahmefällen, wenn etwa im Zeitpunkt des Fristablaufs nur noch ganz geringfügige Restarbeiten ausstehen, kann der Auftraggeber verpflichtet sein, dem Auftragnehmer noch die Möglichkeit der Beendigung der Mängelbeseitigungsarbeiten zu geben.

OLG Oldenburg, Urteil vom 14.05.2021 – 2 U 122/20

Der Auftraggeber (AG) hat den Auftragnehmer (AN) durch einen BGB-Werkvertrag mit der Errichtung einer Ausstellungshalle beauftragt. Eine Abnahme der Leistungen des AN erfolgte nicht. Der AG setzte dem AN eine erste Frist zur Beseitigung von Mängeln, die fruchtlos verstrich. Nach Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens setzte der AG dem AN eine weitere Frist zur Mängelbeseitigung. Am Tag des Fristablaufs erschien mindestens ein Mitarbeiter des AN vor Ort, den der AG aber keine Arbeiten durchführen ließ. Der AG nimmt den AN auf Kostenvorschuss

zur Mängelbeseitigung in Anspruch und hat damit vor dem Landgericht Erfolg.

Das OLG bestätigt diese Entscheidung. Zwar fehle es an einer Abnahme, vor der nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der AG bei einem BGB-Werkvertrag grundsätzlich keine Mängelrechte hat. Im Berufungsrechtszug sei aber ein Abrechnungsverhältnis entstanden, aufgrund dessen der AG ausnahmsweise auch ohne Abnahme Mängelansprüche geltend machen könne. Der AG habe auch eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt, die abgelaufen sei. Die bereits entstandenen Mängelansprüche des AG seien auch nicht durch die weitere Fristsetzung erloschen. Ein AG sei lediglich gehindert, seine fortbestehenden Rechte auszuüben, wenn der AN die Mängel binnen der weiteren Fristsetzung fachgerecht beseitige. Daran fehle es hier. Denn der AN habe erst am letzten Tag der zweiten Frist mit der Mängelbeseitigung beginnen wollen. Darauf habe sich der AG nicht einlassen müssen, weil eine fachgerechte Mängelbeseitigung binnen der gesetzten Frist offensichtlich nicht mehr möglich gewesen sei.

Die Feststellungen des OLG bezüglich der gesetzten Fristen sind zutreffend. Setzt der AG dem AN eine zweite Mängelbeseitigungsfrist, behält er grundsätzlich die ihm bereits mit Ablauf der ersten Frist entstandenen Rechte. Wird der AN dann aber im Laufe der zweiten Frist tätig, muss der AG ihn die Mängelbeseitigung grundsätzlich durchführen lassen. Etwas anderes gilt, wenn – wie im vorliegenden Fall – offensichtlich ist, dass die Fertigstellung der Mängelbeseitigungsarbeiten innerhalb der Frist nicht möglich sein wird.

Die Argumentation des OLG hinsichtlich der Entbehrlichkeit der Abnahme dürfte hingegen nicht richtig sein. Zwar kann der AG nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei einem BGB-Werkvertrag auch ohne Abnahme Mängelrechte geltend machen, wenn ein sog. Abrechnungsverhältnis entstanden ist. Hier sind aber die Fristsetzungen durch den AG bereits vor Entstehen dieses Abrechnungsverhältnisses erfolgt. Da der AG zu diesem Zeitpunkt (auf der Basis des von den Gerichten

festgestellten Sachverhalt) mangels Abnahme gar nicht berechtigt war, dem AN Mangelbeseitigungsfristen zu setzen, konnten diese auch keine rechtlichen Wirkungen entfalten.

Rechtsanwalt Dr. Thomas Badelt  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

## **2. Bauhandwerkersicherung für Gerüstbauarbeiten**

- a) Ein Gerüstbau- und Überlassungsvertrag, aufgrund dessen ein Gerüst nicht nur vermietet, sondern auch ein individuell bemessenes und zusammengestelltes Gerüst montiert, am Gebäude fest verankert und wieder demontiert wird sowie der Gerüstbauer in eigener Verantwortung über die Art der Gerüstgruppe und die Konstruktion im Einzelnen entscheidet, ist nach Werkvertragsrecht zu beurteilen.**
- b) Eine Bauhandwerkersicherung nach § 648a Abs. 1 BGB a. F. kann auch für isoliert beauftragte Gerüstbauarbeiten jedenfalls dann verlangt werden, wenn diese Arbeiten direkt baubegleitend die unmittelbar bauwerkerrichtende Tätigkeit unterstützen.**
- c) Die Bauhandwerkersicherung nach § 648a BGB a. F. kann auch nach der Kündigung noch verlangt werden, wobei es für einen Anspruch des Unternehmers gegen den Besteller auf Leistung einer Sicherung ausreicht, dass dem Unternehmer noch ein Vergütungsanspruch zusteht. Bei der Berechnung der dem Sicherungsverlangen zu Grunde liegenden Vergütung bleiben Ansprüche unberücksichtigt, mit denen der Besteller gegen den Vergütungsanspruch des Unternehmers aufrechnen kann, es sei denn, sie sind unstreitig oder rechtskräftig festgestellt.**

OLG Nürnberg, Urteil vom 29.04.2021 – 13 U 2800/19

Der Auftragnehmer (AN) wurde vom Auftraggeber (AG) durch einen „Bauvertrag“ unter Einbeziehung der VOB/B beauftragt, Gerüstarbeiten auszuführen. Die Vergütung war nach Aufmaß und Einheitspreisen gemäß Leistungsverzeichnis abzurechnen. Der AN stellte in der Folgezeit die vereinbarten Gerüste, wobei er diese individuell bemaß und zusammensetzte, in eigener Verantwortung über die Art der Gerüstgruppe und die Konstruktion im Einzelnen entschied, die Gerüste montierte und an den Gebäuden fest verankerte. Der AG kündigte den Vertrag gemäß § 8 Abs. 3 VOB/B nach vorher fruchtlos gesetzter Frist zur Beseitigung von Mängeln, die mit der Androhung der Auftragsentziehung und Ersatzvornahme verbunden war. Der AN erhob Klage gegen den AG auf Stellung einer Bauhandwerkersicherung. Das Landgericht wies die Klage mit der Begründung ab, § 648a BGB a. F. sei auf Gerüstbauarbeiten nicht anwendbar, da es sich dabei um bloß vorbereitende Arbeiten handle.

Das hat das OLG auf die vom AN eingelegte Berufung anders gesehen. Bei dem streitgegenständlichen Gerüstbauvertrag handle es sich um einen Werkvertrag. Denn dabei gehe es nicht lediglich um die Anlieferung von Gerüstteilen. Der AN habe vielmehr auch den Auf- und Abbau des Gerüsts geschuldet, darüber hinaus im Lauf des Bauvorhabens in Absprache mit der Beklagten die Erweiterung und Anpassung an den Baufortschritt. Die werkvertraglichen Elemente gaben dem Vertrag hier das entscheidende Gepräge (anders als bei einem Vertrag, der lediglich die Nutzung eines bei Vertragsschluss bereits aufgestellten Gerüsts sowie dessen anschließenden Abbau zum Gegenstand hat). Nach § 648a Abs. 1 BGB a. F. könne auch für isoliert beauftragte Gerüstarbeiten Bauhandwerkersicherung zumindest dann verlangt werden, wenn diese Arbeiten direkt baubegleitend die unmittelbar bauwerkerrichtende Tätigkeit unterstützen. Das sei hier der Fall, da der AN die vereinbarten Gerüste nicht nur gestellt, sondern diese individuell bemessen und zusammengestellt, in eigener Verantwortung über die Art der Gerüstgruppe und die Konstruktion im Einzelnen entschieden, die Gerüste montiert und an den Gebäuden fest verankert habe. Er habe auch im Lauf des Bauvorhabens in Absprache mit

dem AG die Gerüstfläche erweitert und die Höhe angepasst. Des Weiteren haben die Parteien den Vertrag als „Bauvertrag“ bezeichnet und ausdrücklich vertragliche Regelungen getroffen, die bei Bauverträgen zwischen Bauunternehmen üblich sind (z. B. Einbeziehung der VOB/B, Regelungen zur Abnahme, Abrechnung nach Einheitspreisen, Aufmaß etc.). Der AG hätte ohne Stellung eines Gerüsts die Fassadenarbeiten nicht ausführen können. Es habe sich daher um Leistungen gehandelt, die zwangsläufig zur Bauherstellung erforderlich waren.

Das OLG hat sich mit diesen Feststellungen jedenfalls für die vorliegende Konstellation der überwiegenden Ansicht in der obergerichtlichen Rechtsprechung und in Teilen der Literatur angeschlossen, wonach der Ausschluss von selbstständigen Gerüstbauleistungen aus dem Anwendungsbereich von § 648a BGB a. F. weder mit dem Wortlaut des Gesetzes noch Sinn und Zweck der Norm noch mit den Grundsätzen von Treu und Glauben in Einklang zu bringen sei. Die Rechtslage dürfte sich mit dem seit 01.01.2018 geltenden, an die Stelle des alten § 648a BGB getretenen § 650f BGB diesbezüglich nicht geändert haben. Leitsatz 3 des Urteils des OLG Nürnberg entspricht der dazu ergangenen Rechtsprechung des BGH.

Rechtsanwalt Dr. Thomas Badelt  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

### **3. Zum Anspruch auf Duldung „bestimmter“ baulicher Maßnahmen**

**a) Ein Klageantrag ist hinreichend bestimmt i. S. d. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, wenn er den erhobenen Anspruch konkret bezeichnet, dadurch den Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis (§ 308 ZPO) absteckt, Inhalt und Umfang der materiellen Rechtskraft der begehrten Entscheidung (§ 322 ZPO) erkennen lässt, das Risiko eines Unterliegens des Klägers nicht durch vermeidbare Ungenauigkeit auf den Beklagten abwälzt und schließlich eine Zwangsvollstreckung aus dem Urteil ohne eine Fortsetzung**

**des Streits im Vollstreckungsverfahren erwarten lässt.**

**b) Bei Anträgen, mit denen die Duldung von Handlungen verlangt wird, ist die zu duldende Handlung so genau zu bezeichnen, dass der in Anspruch genommene Schuldner im Falle einer dem Antrag entsprechenden gerichtlichen Entscheidung eindeutig erkennen kann, was von ihm verlangt wird. Für eine derartige genaue Bezeichnung ist es ausreichend, den erstrebten Duldungserfolg, den Umfang der zu duldenden Arbeiten in seinen wesentlichen Umrissen und Schritten sowie den voraussichtlichen zeitlichen Ablauf zu beschreiben, wobei gewisse Verallgemeinerungen häufig unvermeidlich sind.**

**c) Betrifft der Duldungsanspruch bauliche Maßnahmen am Miteigentum und entsprechen diese ordnungsgemäßer Verwaltung gemäß § 745 Abs. 2 BGB, ist der Duldungsanspruch grundsätzlich unverjährbar.**

OLG Karlsruhe, Urteil vom 30.06.2021 – 12 U 343/20

Der Kläger verlangte vom Beklagten die Duldung baulicher Maßnahmen, namentlich der Verschließung einer im Miteigentum der Parteien stehenden Trennfuge zweier Doppelhaushälften. Auf seine Klage hin verurteilte das Landgericht (LG) Mannheim den Beklagten – vereinfacht dargestellt – zur „Duldung der erforderlichen Maßnahmen.“ Mit der Berufung machte der Beklagte unter anderem geltend, der Tenor des landgerichtlichen Urteils sei zu unbestimmt. Außerdem wandte er Verjährung ein. Das Oberlandesgericht (OLG) Karlsruhe hat die Berufung zurückgewiesen, allerdings eine genauere Bezeichnung der zu duldenden Maßnahmen für erforderlich gehalten.

Zu a) und b)

Klageanträge müssen, nicht zuletzt zur wirklichen Verjährungshemmung, hinreichend bestimmt sein. Insbesondere bei Duldungsansprüchen besteht jedoch ein Spannungsver-

hältnis zwischen der notwendigen Bestimmtheit der Klageanträge i. S. d. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO einerseits und der Notwendigkeit gewisser Verallgemeinerungen andererseits, ohne welche die Möglichkeit, gerichtlichen Rechtsschutz zu erlangen, durch prozessuale Anforderungen unzumutbar erschwert würde (BGH, Urteil vom 28. September 2011 – VIII ZR 242/10, juris Rn. 15). Es hängt daher immer von den Umständen des Einzelfalls sowie den Besonderheiten des anzuwendenden materiellen Rechts ab, welche Anforderungen an die Konkretisierung des Streitgegenstands in einem Klageantrag zu stellen sind. Abzuwägen ist dabei auf der einen Seite das zu schützende Interesse eines Beklagten, sich gegen die Klage erschöpfend verteidigen zu können sowie sein Interesse an Rechtsklarheit und Rechtssicherheit hinsichtlich der Entscheidungswirkungen, welches einen möglichst bestimmten Klageantrag erfordert. Dem gegenüber steht auf der anderen Seite das ebenfalls schutzwürdige Interesse eines Klägers auf effektiven Rechtsschutz, wie er im Bereich des öffentlichen Rechts von Art. 19 Abs. 4 GG garantiert wird, welches gerade bei Duldungsansprüchen häufig einen weniger bestimmten, sondern allgemeiner formulierten Klageantrag erfordert. Hinsichtlich geplanter Modernisierungsmaßnahmen im Mietrecht hat der BGH hierzu klargestellt (BGH, Urteil vom 28. September 2011 – VIII ZR 242/10), dass es für einen „bestimmten“ Klageantrag ausreichend ist, den erstrebten Duldungserfolg, den Umfang der zu duldenden Arbeiten in seinen wesentlichen Umrissen und Schritten sowie den voraussichtlichen zeitlichen Ablauf zu beschreiben. Im vorliegenden Prozess bedeutete dies, dass eine Verurteilung des Beklagten zur „Duldung der erforderlichen Maßnahmen“ nicht ausreichend bestimmt war, sondern u. a. einzelne Arbeitsschritte der geplanten baulichen Maßnahmen in den Duldungsantrag und Tenor aufgenommen werden mussten.

Zu c)

Die vom Beklagten erhobene Einrede der Verjährung blieb ohne Erfolg, obwohl die Maßnahmen unstrittig bereits vor ca. 15 Jahren notwendig geworden waren, entsprechende Kenntnis des Klägers vorlag und die regelmä-

ßige Verjährungsfrist damit längst abgelaufen war. Denn: Ist eine Maßnahme im Interesse einer ordnungsgemäßen Verwaltung notwendig, erfordert diese ständig ihre Durchführung. Eine solche gleichsam ständig neu entstehende Dauerverpflichtung kann nicht verjähren (so schon zum Wohnungseigentum: BGH, Urteil vom 27. April 2012 – V ZR 177/11, juris Rn. 10).

Es zeigt sich für die Praxis: bei der Geltendmachung von Duldungsansprüchen ist ein besonderes Augenmerk auf die Formulierung etwaiger Klageanträge zu richten. Außerdem kann es für die erfolgreiche Geltendmachung solcher Ansprüche erforderlich sein, angestrebte bauliche Maßnahmen bereits vor Klageerhebung genauer bzw. konkreter als etwa bei einer Klage auf Kostenvorschuss für Mängelbeseitigungsmaßnahmen in einzelne Arbeitsschritte aufzuteilen. Eine Konkretisierung erst im Laufe des Rechtsstreits ist zwar meist möglich (ggf. als sachdienliche Klageänderung), kann im Fall verjährender Ansprüche – dem Normalfall – aber zu spät kommen.

Rechtsanwalt Jan-Stephan Henning

## II. Leitsätze zum Bau- und Architektenrecht

### 1. Zum Verfahren nach § 650d BGB

- a) Die Dringlichkeitsvermutung von § 650d BGB begünstigt auch Verfügungsanträge, die auf einstweilige Zahlungen an den Unternehmer gerichtet sind. (amtlicher Leitsatz)
- b) Die Dringlichkeitsvermutung entfällt nicht, wenn der Unternehmer seine Leistungen abgeschlossen hat und Schlussrechnungsreife eingetreten ist. (amtlicher Leitsatz)
- c) Nach § 650c Abs. 2 Satz 2 BGB wird nur vermutet, dass die in einer Urkalkulation enthaltenen Rechnungsansätze den tatsächlich erforderlichen Kosten entsprechen. Auf die Mehrvergütung als solche, die der Unternehmer als Endergebnis der Preisfortschreibung unter Verwendung der Urkalkulation ermittelt hat, erstreckt sich die



Richtigkeitsvermutung nicht. (amtlicher Leitsatz)

- d) § 650c Abs. 3 BGB enthält keine gesetzliche Vermutung, wonach 80 % der vom Unternehmer wegen einer Leistungsänderung beanspruchten Mehrvergütung in einem gerichtlichen Verfahren als zutreffend ermittelt gilt. (amtlicher Leitsatz)
- e) Verrechnet der Besteller eine Zahlung, die er auf eine einstweilige Zahlungsverfügung geleistet hat, im Rahmen der weiteren Vertragsdurchführung zu Unrecht mit anderen Vergütungspositionen, kann der Unternehmer gemäß § 650d BGB eine erneute einstweilige Verfügung gegen ihn beantragen. (amtlicher Leitsatz)
- f) [...] Auch ein Streit um eine nach § 2 Abs. 5 bis 7 VOB/B zu bestimmende Mehrvergütung ist von den in § 650d BGB erwähnten „Streitigkeiten über die Vergütungsanpassung gemäß § 650c BGB“ mitumfasst [...]. (Zitat aus der Entscheidung)
- g) Der Werkunternehmer darf aus einer Abschlagsrechnung vorgehen, wenn der offene Saldo der Schlussrechnung nicht geringer ist als der Saldo der Abschlagsrechnung, wenn also insgesamt ein positiver Vergütungssaldo besteht.

KG, Urteil vom 02.03.2021 – 21 U 1098/20

## **2. Gutachterkosten zur Ermittlung der Mehrvergütung nicht erstattungsfähig**

- a) Die Kosten eines Privatgutachtens, die der Auftragnehmer zur Ermittlung der Vergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B aufwendet, sind vom Auftraggeber nicht nach dieser Bestimmung als Teil der Mehrkosten zu erstatten. (amtlicher Leitsatz)
- b) Entsprechendes gilt für die Erstattungsfähigkeit der Kosten eines Privatgutachtens, das der Auftragnehmer zur Ermittlung der Mehrvergütung in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Abs. 5 VOB/B aufgrund

einer verzögerten Vergabe eingeholt hat. (amtlicher Leitsatz)

BGH, Urteil vom 22.10.2020 – VII ZR 10/17

## **3. Erwerbsgestattung für Abbruchunternehmer**

In der Beauftragung eines Abbruchunternehmers mit dem Abriss eines Gebäudes kann eine Erwerbsgestattung bezüglich der abgebrochenen Bestandteile (hier: Bundsandsteine) zu sehen sein. (amtlicher Leitsatz)

OLG Saarbrücken, Urteil vom 10.06.2020 – 5 U 74/19

## **4. Keine Zusatzforderungen des Auftragnehmers bei erkennbar fehlerhaftem Leistungsverzeichnis**

- a) Bei der Auslegung einer Baubeschreibung und der Prüfung der Frage, ob eine mangelhafte Ausschreibung vorliegt, sind in erster Linie der Wortlaut, sodann die besonderen Umstände des Einzelfalles, die Verkehrssitte und die Grundsätze von Treu und Glauben heranzuziehen. Die Auslegung hat dabei gemäß §§ 133, 157 BGB nach dem objektiven Empfängerhorizont der potentiellen Bieter oder Auftragnehmer zu erfolgen. (amtlicher Leitsatz)
- b) Eine Pflicht des Bieters im Ausschreibungs- oder Angebotsstadium, auf im Leistungsverzeichnis enthaltene Fehler hinzuweisen, besteht grundsätzlich nicht. Allerdings folgt aus dem Grundsatz des Gebots zu korrektem Verhalten bei Vertragsverhandlungen dann eine Prüfungs- und Hinweispflicht des Auftragnehmers, wenn die Verdingungsunterlagen offensichtlich falsch sind (OLG Celle, Urteil vom 31. Januar 2017 – 14 U 200/15 –, juris). (amtlicher Leitsatz)
- c) Trotz der Pflicht des Auftraggebers aus § 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A, die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, darf der Auftragnehmer also ein erkennbar (oder erkennbares) lücken- oder fehlerhaftes Leis-

tungsverzeichnis nicht einfach hinnehmen; er muss sich daraus ergebende Zweifelsfragen vor Abgabe seines Angebots klären und sich insbesondere ausreichende Erkenntnisse über die vorgesehene Bauweise (Art und Umfang) verschaffen. (amtlicher Leitsatz)

- d) Unterlässt der Auftragnehmer in einem solchen Fall den gebotenen Hinweis und legt seiner Kalkulation gewissermaßen „ins Blaue“ oder sogar „spekulativ“ die für ihn günstigste Leistung zugrunde, um so ein entsprechend attraktives Angebot abzugeben, ist er nicht im Sinne eines enttäuschten Vertrauens schutzwürdig und nach dem Grundsatz von Treu und Glauben gehindert, Zusatzforderungen zu stellen (OLG Celle, Urteil vom 31. Januar 2017 – 14 U 200/15 –, juris). (amtlicher Leitsatz)
- e) Im Falle einer fehlerhaften Ausschreibung ist auch ein treuwidriges Verhalten des Auftraggebers in Betracht zu ziehen (hier verneint). (amtlicher Leitsatz)
- f) Das Berufungsgericht ist im Falle der Aufhebung und Zurückverweisung durch das Revisionsgericht an dessen Rechtsansicht nur insoweit gebunden, als sie der Aufhebung zugrunde liegt. Das Berufungsgericht ist auch an seine früheren Rechtsansichten nicht gebunden. Im Falle der Aufhebung und Zurückverweisung wegen eines Gehörverstößes im Zusammenhang mit Behauptungen einer Partei zu den Baubeschreibungen zugrundeliegenden tatsächlichen Verhältnissen (hier: Abweichung der tatsächlichen von den ausgeschriebenen Bodenverhältnissen) ist das Berufungsgericht daher nicht gehindert, eine von seiner früheren Auffassung abweichende Auslegung der Baubeschreibung vorzunehmen, das Leistungsverzeichnis als erkennbar fehlerhaft zu bewerten und anzunehmen, dass der Auftragnehmer deshalb nach dem Grundsatz von Treu und Glauben gehindert ist, Zusatzforderungen zu stellen. (amtlicher Leitsatz)

OLG Celle, Urteil vom 20.11.2019 – 14 U 191/13

## 5. Stillstandskosten als Teil des Mehrvergütungsanspruchs des Auftragnehmers

- a) Der Auftragnehmer kann auch einen Ausgleich für durch den Stillstand der Baugeräte entstandene Kosten gem. §§ 2 Abs. 5 und 6 VOB/B verlangen, wenn ihm solche Kosten durch auf Anordnung des Auftraggebers geänderte bzw. zusätzliche Leistungen im Zuge der Arbeiten entstanden sind, die den Arbeiten vorhergehen, für die die Baugeräte benötigt werden.
- b) Aus den Formulierungen in §§ 2 Abs. 5 und 6 VOB/B können keine Schlüsse auf die Berechnung der Mehrvergütung gezogen werden.
- c) [...] Für den Fall, dass weder eine Einigung der Parteien noch ein übereinstimmendes Verständnis der Parteien über die heranzuziehende Berechnungsmethode gegeben ist, ist auch für den Anwendungsbereich der §§ 2 Abs. 5, 6 VOB/B im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung an die tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge als interessengerechte Lösung anzuknüpfen. [...] Es soll damit den Ansichten in Literatur und Rechtsprechung gefolgt werden, die die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes [...] zu § 2 Abs. 3 VOB/B auch auf §§ 2 Abs. 5, 6 VOB/B übertragen wollen. [...] Dies folgt bereits aus dem übereinstimmenden Sinn und Zweck dieser Regelungen, die gemeinsam von dem Gedanken der Redlichkeit und dem bestmöglichen Ausgleich der wechselseitigen Interessen mit dem Ziel getragen werden, dass durch die Veränderung der auszuführenden Leistungen keine der Vertragsparteien eine Besser- oder Schlechterstellung erfahren soll [...]. (Zitat aus der Entscheidung)
- d) Fehlte es auf Seiten des Auftraggebers sowohl zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses als auch später an der Vorstellung, dass die Vorhaltekosten überhaupt Gegenstand eines Mehrvergütungsanspruches gem. §§ 2 Abs. 5, 6 VOB/B sein können, kann folglich auch kein übereinstimmendes Verständnis der Parteien über die in diesem

Fall anzuwendende Berechnungsmethode vorgelegen haben. (Zitat aus der Entscheidung)

OLG Köln, Grundurteil vom 03.02.2021 – 11 U 136/18

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

### III. Leitsätze zum Vergaberecht

#### 1. Schadensersatzanspruch des Bieters bei Aufhebung des Vergabeverfahrens ohne Aufhebungsgrund

- a) Verletzt der öffentliche Auftraggeber eine Rücksichtnahmepflicht im vorvertraglichen Schuldverhältnis, indem er ein Vergabeverfahren rechtswidrig aufhebt (hier: ohne einen Aufhebungsgrund nach § 17 Abs. 1 VOB/A), steht dem Bieter, auf dessen Angebot bei Vergabe des Auftrags der Zuschlag zu erteilen gewesen wäre, ein Schadensersatzanspruch zu. Der Anspruch ist auf den Ersatz des Schadens gerichtet, der dem Bieter durch die mangelnde Beachtung der für das Verfahren und seine mögliche Aufhebung maßgeblichen Vorschriften entstanden ist. (amtlicher Leitsatz)
- b) Dieser zu ersetzende Schaden besteht grundsätzlich in den Aufwendungen, die der Bieter zur Wahrnehmung seiner Chance auf einen Zuschlag vorgenommen hat und hierzu für erforderlich halten durfte. Personalkosten für die Angebotserstellung sind dabei auch ohne konkreten Nachweis des Bieters, dass er ohne diesen Aufwand durch deren Tätigkeit anderweitig Einnahmen erwirtschaftet hätte, ersatzfähig. (amtlicher Leitsatz)
- c) Ein Anspruch auf Ersatz entgangenen Gewinns kommt grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn das Vergabeverfahren mit einem Zuschlag abgeschlossen wird, der Zuschlag jedoch nicht demjenigen Bieter erteilt wird, auf dessen Angebot bei Beachtung der maßgeblichen vergaberechtlichen Vorschriften allein ein Zuschlag hätte erteilt werden dürfen. (amtlicher Leitsatz)

d) Dem Abschluss eines Vergabeverfahrens mit dem Zuschlag an einen nicht zuschlagsberechtigten Bieter ist es gleichzustellen, wenn der öffentliche Auftraggeber ein wirtschaftlich und wertungsmäßig entsprechendes Ergebnis dadurch herbeiführt, dass er die Ausschreibung aufhebt, ohne dass ein anerkannter Aufhebungsgrund vorliegt, und den Auftrag außerhalb eines förmlichen Vergabeverfahrens oder in einem weiteren Vergabeverfahren an einen Bieter vergibt, an den der Auftrag nach dem Ergebnis des aufgehobenen Vergabeverfahrens nicht hätte vergeben werden dürfen. (amtlicher Leitsatz)

e) Voraussetzung hierfür ist, dass der später vergebene Auftrag bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise das gleiche Vorhaben und den gleichen Auftragsgegenstand betrifft und die Auftragsvergabe einem Zuschlag im aufgehobenen Vergabeverfahren an einen nicht zuschlagsberechtigten Bieter gleichzustellen ist. Dies ist namentlich der Fall, wenn der öffentliche Auftraggeber das Vergabeverfahren nicht – im Hinblick auf die Vergabe an den Bieter mit dem annehmbarsten Angebot – aus sachlichen und willkürfreien Gründen aufgehoben hat, sondern um den Auftrag außerhalb dieses Verfahrens an einen anderen Bieter vergeben zu können (Fortführung von BGH, Urteil vom 8. September 1998 – X ZR 99/96, juris Rn. 35 und BGH, Beschluss vom 20. März 2014 – X ZB 18/13, NZBau 2014, 310 Rn. 21 – Fahrbahnerneuerung I). (amtlicher Leitsatz)

BGH, Urteil vom 08.12.2020 – XIII ZR 19/19 – „Flüchtlingsunterkunft“

#### 2. Aufhebung des Vergabeverfahrens wegen den geschätzten Finanzbedarf übersteigender Gebote

a) Gem. § 17 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A kann die Aufhebung eines Vergabeverfahrens auch aus „anderen schwerwiegenden Gründen“ erfolgen. [...] Ein solch schwerwiegender Grund kann vorliegen, wenn selbst das niedrigste wertungsfähige Angebot höher



liegt als die verfügbaren Mittel, und zwar unabhängig davon, ob das niedrigste Angebot einen angemessenen Preis aufweist oder nicht [...]. (Zitat aus der Entscheidung)

- b) Ein schwerwiegender Grund i. S. des § 17 EU Abs. 1 Nr. 1 und 2 VOB/A ist [...] nicht gegeben, wenn der Auftraggeber den Finanzbedarf zu gering bemessen hat [...]. Die vor der Ausschreibung vorgenommene Kostenschätzung der Vergabestelle muss aufgrund der bei ihrer Aufstellung vorliegenden und erkennbaren Daten als vertretbar erscheinen und die im Vergabeverfahren abgegebenen Gebote deutlich darüber liegen [...]. (Zitat aus der Entscheidung)
- c) Für die Schätzung muss die Vergabestelle oder der von ihr gegebenenfalls beauftragte Fachmann Methoden wählen, die ein wirklichkeitsnahes Schätzungsergebnis ernsthaft erwarten lassen. (Zitat aus der Entscheidung)

VK Südbayern, Beschluss vom 03.05.2021 – 3194.Z3-3\_01-20-10

### **3. Anmietung eines noch zu errichtenden Gebäudes als öffentlicher Bauauftrag**

- a) [...] Art. 16 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 sieht entsprechend dem 24. Erwägungsgrund dieser Richtlinie eine Ausnahme von deren sachlichem Anwendungsbereich vor. [...] Die Auslegung, wonach sich diese Ausnahme auf die Miete nicht vorhandener, d. h. noch nicht errichteter Gebäude erstrecken kann, [...] wurde von der Rechtsprechung des Gerichtshofs anerkannt. Wie sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt, kann sich der öffentliche Auftraggeber jedoch nicht auf die in dieser Bestimmung vorgesehene Ausnahme berufen, wenn die Errichtung des geplanten Bauwerks einen „öffentlichen Bauauftrag“ im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 darstellt [...]. Dies ist der Fall, wenn der öffentliche Auftraggeber Maßnahmen ergriffen hat, um [...] entscheidenden Einfluss auf die Planung der Bauleis-

tung zu nehmen [...]. (Zitat aus der Entscheidung)

- b) Hinsichtlich des geplanten Gebäudes lässt sich ein entscheidender Einfluss auf dessen Gestaltung feststellen, wenn nachgewiesen werden kann, dass dieser Einfluss auf die architektonische Struktur dieses Gebäudes wie seine Größe, seine Außenwände und seine tragenden Wände ausgeübt wird. (Zitat aus der Entscheidung)
- c) Anforderungen, die die Gebäudeeinteilung betreffen, können nur dann als Beleg für einen entscheidenden Einfluss angesehen werden, wenn sie sich aufgrund ihrer Eigenart oder ihres Umfangs abheben. (Zitat aus der Entscheidung)

EuGH, Urteil vom 22.04.2021 – C-537/19

### **4. Berücksichtigung von Nebenkosten bei der Schätzung des Auftragswerts**

Bei der Schätzung des Auftragswerts eines Bauauftrages im Vergaberecht sind Nebenkosten jedenfalls teilweise nicht zu berücksichtigen. Das gilt für Kosten für Bauherrenaufgaben und – bei getrennter Vergabe der Bauplanung – Kosten für Planungsleistungen wie Vorbereitung und Mitwirkung bei der Vergabe, Bauüberwachung und Objektbetreuung. (amtlicher Leitsatz)

OLG Schleswig, Beschluss vom 28.01.2021 – 54 Verg 6/20 – „Messeneubau“

### **5. Zulässigkeit auf das Personal bezogener qualitativer Zuschlagskriterien**

- a) § 127 Abs. 5 GWB schreibt vor, dass die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen aufgeführt werden müssen. Diese Anforderung gilt sowohl für die Zuschlagskriterien als auch für die Unterkriterien [...]. (Zitat aus der Entscheidung)

- b) Unterkriterien sind solche Kriterien, die der Ausfüllung und näheren Bestimmung eines Hauptkriteriums dienen und präziser darstellen, worauf es dem Auftraggeber ankommt [...]. (Zitat aus der Entscheidung)
- c) Die Zulässigkeit auf das Personal bezogener qualitativer Zuschlagskriterien beschränkt sich insbesondere nicht auf Aufträge, bei denen Dienstleistungen spezifisch intellektuellen Charakters erbracht werden sollen [...]. (Zitat aus der Entscheidung)
- d) Der Auftraggeber muss seine für die Zuschlagserteilung maßgeblichen Erwägungen in allen Schritten so eingehend dokumentieren, dass nachvollziehbar ist, welche konkreten qualitativen Eigenschaften der Angebote mit welchem Gewicht in die Bewertung eingegangen sind [...]. (Zitat aus der Entscheidung)
- e) Grundsätzlich ist der Auftragsgegenstand nach § 121 GWB in der Leistungsbeschreibung so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben. [...] Dieses Gebot wird zwar regelmäßig für preisrelevante Umstände erörtert, erfasst nach seinem Sinn und Zweck aber auch sonstige Umstände, die Relevanz für die Kalkulation einzelner Angebotsbedingungen haben [...]. (Zitat aus der Entscheidung)

OLG Celle, Beschluss vom 02.02.2021 – 13 Verg 8/20 – „Realisierungskonzept“

Rechtsanwalt Dr. Helmerich Bornheim

#### IV. Insolvenzrecht

##### **Vorsatzanfechtung: Rechtsprechungsänderung**

- a) **Die Annahme der subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung (gemäß § 133 Abs. 1 InsO) kann nicht allein darauf gestützt werden, dass der Schuldner im Zeitpunkt der angefochte-**

**nen Rechtshandlung bekanntermaßen zahlungsunfähig ist.**

- b) **Der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners setzt im Falle der erkannten Zahlungsunfähigkeit zusätzlich voraus, dass der Schuldner wusste (...), seine übrigen Gläubiger auch künftig nicht vollständig befriedigen zu können.**
- c) **Für den Nachweis der Kenntnis vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners muss der Anfechtungsgegner im Falle der erkannten Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (...) zusätzlich wissen, dass der Schuldner seine übrigen Gläubiger auch künftig nicht wird befriedigen können.**
- d) **Auf eine im Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung nur drohende Zahlungsunfähigkeit kann der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners in der Regel nicht gestützt werden.**

BGH, Urteil vom 06.05.2021 – IX ZR 72/20 (Vorinstanz: LG Bonn)

Der Bundesgerichtshof hatte über folgenden Fall zu entscheiden:

Eine Behörde hatte gegen einen (späteren) Insolvenzschuldner ein Ordnungsgeld verhängt. Trotz mehrerer Zahlungsaufforderungen leistete der Schuldner keine Zahlung. Schließlich fand zwischen dem Schuldner und einem Mitarbeiter der Behörde eine „eingehende telefonische Erörterung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners“ statt. Im Rahmen dieses Telefonats bat der Schuldner um Stundung des Ordnungsgeldes. In der Folge erklärte sich die Behörde mit einer Ratenzahlung einverstanden. Das Ordnungsgeld wurde sodann in 9 monatlichen Raten bezahlt. Nachdem das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners eröffnet wurde, erklärte der Insolvenzverwalter gemäß § 133 InsO die Insolvenzanfechtung. Er vertrat die Auffassung, zum Zeitpunkt der Zahlungen sei der Schuldner bereits zahlungsunfähig gewesen. Hiervon habe die Behörde aufgrund der äußeren Umstände (verschiedene Mahnungen, Er-

örterung der wirtschaftlichen Verhältnisse, Stundungsbitte, Ratenzahlungsvereinbarung) auch gewusst. Aufgrund der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners sei dessen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz zu vermuten, von diesem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz habe der Zahlungsempfänger und spätere Anfechtungsgegner auch Kenntnis gehabt.

Der Bundesgerichtshof führte im Rahmen der Entscheidung aus, dass der Schuldner zahlungsunfähig gewesen sei und dass der Zahlungsempfänger dies auch erkannt habe. Hierfür sprächen die dargestellten Indizien.

Er stellte dann allerdings klar, dass allein dies nicht ausreiche, um einen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners sowie eine Kenntnis des Anfechtungsgegners hiervon zu unterstellen. Dieser sei vielmehr zusätzlich zur (drohenden) Zahlungsunfähigkeit festzustellen.

Er stellte gleichzeitig klar, dass allein aus einer erkannten drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht mehr auf die subjektiven Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO (Gläubigerbenachteiligungsvorsatz) geschlossen werden dürfe (Rn. 39 des Urteils).

Sofern eine Deckungslücke – wie hier – nur relativ gering sei, könne nicht automatisch von einer Zahlungsunfähigkeit auf einen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz geschlossen werden. Vielmehr könnten kleinere Deckungslücken oft auch außerhalb einer Insolvenz wieder beseitigt werden.

Nur dann, wenn eine Deckungslücke ein Ausmaß erreicht habe, dass selbst bei optimistischer Einschätzung der zukünftigen Entwicklung in absehbarer Zeit keine vollständige Befriedigung der bereits vorhandenen und der absehbar hinzutretenden Gläubiger zu erwarten sei, könne von einem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz ausgegangen werden, wenn ein Schuldner in einer solchen Situation noch einzelne Gläubiger befriedigt (Rn. 46 des Urteils). Hiervon müsse der Anfechtungsgegner auch Kenntnis haben.

Beweisbelastet für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners sowie die Kenntnis des Anfechtungsgegners hiervon sei – so auch die bisherige Rechtsprechung – allein der anfechtende Insolvenzverwalter.

#### Praxishinweis:

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs stellt eine Kehrtwende im Bereich der sogenannten Vorsatzanfechtung dar.

Bis zu dieser Entscheidung hatte es ein Insolvenzverwalter relativ leicht, Zahlungen, die im Vorfeld einer Insolvenz geflossen waren, nach Insolvenzeröffnung beim Zahlungsempfänger gemäß § 133 InsO anzufechten. Hierfür genügte es in der Regel, darzulegen und nachzuweisen, dass der Zahlungsempfänger (und spätere Anfechtungsgegner) wusste, dass ein Schuldner zahlungsunfähig war oder dass eine solche Zahlungsunfähigkeit drohte, sofern auch der Schuldner diese drohende oder vorhandene Zahlungsunfähigkeit erkannt hatte.

Nach der bisherigen Rechtsprechung wurde beim Vorhandensein gewisser Indizien vermutet, dass der Anfechtungsgegner diese drohende oder vorhandene Zahlungsunfähigkeit erkannt hatte (beispielsweise ständige Mahnungen, dauerhafte erhebliche Zahlungsrückstände, das Vor-Sich-Herschieben hoher Verbindlichkeiten, Androhung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen usw.).

Allein die Kenntnis von einer drohenden oder vorhandenen Zahlungsunfähigkeit eines Schuldners genügt nun nicht mehr. Vielmehr ist es nun erforderlich, dass zusätzlich noch der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners einerseits sowie die Kenntnis des Zahlungsempfängers andererseits festgestellt wird. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn die Deckungslücke so hoch ist, dass sie bei objektiver Betrachtung erkennbar nicht mehr beseitigt werden kann. Auch kann von einem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz ausgegangen werden, wenn ein oder mehrere Gläubiger Vollstreckungsdruck ausüben und dem Schuldner hierdurch keine Zeit mehr bleibt, genügend Mittel zu erwirtschaften, um alle Gläubiger zu befriedigen.

Aus Sicht potentieller Anfechtungsgegner ist das Urteil somit erfreulich. In der Vergangenheit beschränkten sich nämlich Insolvenzverwalter, die Zahlungen angefochten haben, regelmäßig darauf, lediglich eine drohende oder vorhandene Zahlungsunfähigkeit des Schuldners sowie Kenntnis des Zahlungsempfängers

darzulegen. Dies allein wird in Zukunft nicht mehr genügen.

Vor dem Hintergrund dieses Urteils ist es daher künftig besonders wichtig, der Zahlungsaufforderung eines Insolvenzverwalters, der eine Insolvenzanfechtung erklärt hat, nicht einfach Folge zu leisten, sondern zunächst anwaltlichen Rat einzuholen.

Rechtsanwalt Karsten Wagner  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

## V. Arbeitsrecht

### Betriebsrätemodernisierungsgesetz

**Der Bundestag hat das Gesetz zur Förderung der Betriebsratswahlen und der Betriebsratsarbeit in einer digitalen Arbeitswelt (Betriebsrätemodernisierungsgesetz) beschlossen (BT-Drucksache 19/28899). Der Bundesrat hat das Betriebsrätemodernisierungsgesetz am 28. Mai 2021 gebilligt. Das Gesetz trat schließlich nach Ausfertigung durch den Bundespräsidenten und Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt am 18. Juni 2021 in Kraft.**

Das Gesetz sieht eine Vereinfachung der Gründung und der Wahl von Betriebsräten vor und soll darüber hinaus die Rechte des Betriebsrats bei der Weiterbildung, dem Einsatz künstlicher Intelligenz und bei der Ausgestaltung mobiler Arbeit stärken. Das Gesetz bezweckt hierbei, dass die Arbeitsweise von Betriebsräten an die Digitalisierung angepasst wird.

Auf die wichtigsten Neuerungen soll nachfolgend eingegangen werden.

#### 1. Betriebsratssitzungen mittels Video- und Telefonkonferenz

Vor dem Hintergrund der Corona-Pandemie wurde zum Zwecke der Sicherstellung und Aufrechterhaltung der Betriebsratsarbeiten zeitlich befristet eine Möglichkeit eingeführt,

um Betriebsratssitzungen ganz oder teilweise virtuell abhalten zu können.

Diese Möglichkeit wird nunmehr als dauerhafter Bestandteil des Betriebsverfassungsgesetzes integriert. Das Betriebsrätemodernisierungsgesetz sieht hierbei vor, dass Betriebsräte weiterhin die Möglichkeit erhalten, unter Wahrung des Vorrangs von Präsenzsitzungen, die Betriebsratssitzungen im Wege der Video- und Telefonkonferenz durchzuführen (§ 30 BetrVG). Die Einzelheiten hierzu werden durch Ergänzungen in §§ 30 – 34 BetrVG geregelt.

#### 2. Mitbestimmungsrecht für die Ausgestaltung mobiler Arbeit

Zur Förderung von mobiler Arbeit und zur weiteren Stärkung der Rechte des Betriebsrats wird zu Gunsten des Betriebsrats in § 87 Absatz 1 Nr. 14 BetrVG ein neues Mitbestimmungsrecht für die Ausgestaltung mobiler Arbeit eingeführt, die mittels Informations- und Kommunikationstechnik erbracht wird.

Besonders hervorzuheben ist hierbei, dass das Mitbestimmungsrecht jedoch lediglich für die Ausgestaltung vorgesehen ist, sodass die Entscheidungsbefugnis hinsichtlich der Einführung der mobilen Arbeit („ob“) weiterhin allein beim Arbeitgeber verbleibt.

Im Hinblick auf die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit nach der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO / Verordnung (EU) 2016/679) bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch den Betriebsrat wird in § 79a BetrVG eine klarstellende gesetzliche Regelung geschaffen.

Gemäß § 79a BetrVG hat der Betriebsrat bei der Verarbeitung personenbezogener Daten die Vorschriften über den Datenschutz einzuhalten. Soweit der Betriebsrat zur Erfüllung der in seiner Zuständigkeit liegenden Aufgaben personenbezogene Daten verarbeitet, ist der Arbeitgeber der für die Verarbeitung Verantwortliche im Sinne der datenschutzrechtlichen Vorschriften. Arbeitgeber und Betriebsrat unterstützen sich gegenseitig bei der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften. Der Datenschutzbeauftragte ist hierbei gegenüber

dem Arbeitgeber zur Verschwiegenheit über Informationen verpflichtet, die Rückschlüsse auf den Meinungsbildungsprozess des Betriebsrats zulassen.

### **3. Ausweitung des Kündigungsschutzes**

Darüber hinaus sieht das Gesetz eine Ausweitung des Kündigungsschutzes zum Schutz der Arbeitnehmer bei der Gründung eines Betriebsrats vor.

Gemäß § 15 Absatz 3a des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) ist die Kündigung eines Arbeitnehmers, der zu einer Betriebs-, Wahl- oder Bordversammlung einlädt oder die Bestellung eines Wahlvorstands beantragt, vom Zeitpunkt der Einladung oder Antragstellung an bis zur Bekanntgabe des Wahlergebnisses unzulässig, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen. Der Kündigungsschutz gilt hierbei für die ersten sechs in der Einladung oder die ersten drei in der Antragstellung aufgeführten Arbeitnehmer. Soweit ein Betriebsrat, eine Jugend- oder Auszubildendenvertretung oder eine Bordvertretung nicht gewählt wird, besteht der Kündigungsschutz vom Zeitpunkt der Einladung oder Antragstellung an drei Monate.

Für den besonderen Kündigungsschutz bedarf es gemäß § 15 Absatz 3b des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) einer öffentlich beglaubigten Erklärung des Arbeitnehmers. Die Erklärung des Arbeitnehmers muss hierbei den Inhalt aufweisen, dass er die Absicht hat, einen Betriebsrat oder eine Bordvertretung zu errichten. In § 15 Absatz 3b KSchG ist sodann normiert, dass die Kündigung eines Arbeitnehmers, der Vorbereitungsmaßnahmen zur Errichtung eines Betriebsrats oder einer Bordvertretung unternimmt und eine öffentlich beglaubigte Erklärung (mit dem vorgenannten Inhalt) abgegeben hat, unzulässig ist, soweit sie aus Gründen erfolgt, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist

berechtigen. Der Kündigungsschutz gilt hierbei von der Abgabe der Erklärung bis zum Zeitpunkt der Einladung zu einer Betriebs-, Wahl- oder Bordversammlung, längstens jedoch für drei Monate.

### **4. Mitbestimmung beim Einsatz künstlicher Intelligenz (KI)**

Zur Einbindung des Betriebsrats beim Einsatz von Informations- und Kommunikationstechnik im Unternehmen wird in § 80 Absatz 3 BetrVG normiert, dass die Hinzuziehung eines Sachverständigen als erforderlich gilt, soweit der Betriebsrat zur Durchführung seiner Aufgaben die Einführung oder Anwendung von künstlicher Intelligenz beurteilen muss.

Ferner wird in § 90 Absatz 1 Nr. 3 BetrVG nunmehr geregelt, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat über die Planung von Arbeitsverfahren und Arbeitsabläufen einschließlich des Einsatzes von künstlicher Intelligenz rechtzeitig und hierbei unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen zu unterrichten hat. Es handelt sich hierbei um eine Klarstellung, dass die Rechte des Betriebsrats auch dann gelten, wenn der Einsatz von künstlicher Intelligenz im Unternehmen vorgesehen ist. Überdies soll mit der gesetzlichen Neuerung sichergestellt werden, dass die Rechte des Betriebsrats bei der Festlegung von Auswahlrichtlinien zur Personalauswahl auch dann Anwendung finden, wenn diese Richtlinien ausschließlich oder mit der Unterstützung von künstlicher Intelligenz erstellt werden.

### **5. Weitere Neuerungen im Überblick**

In § 77 Absatz 2 Satz 3 BetrVG wird klargestellt, dass Betriebsvereinbarungen auch unter Nutzung einer elektronischen Signatur abgeschlossen werden können.

Für die Wahlberechtigung wird das Mindestalter auf die Vollendung des 16. Lebensjahres (anstatt zuvor: Vollendung des 18. Lebensjahres) abgesenkt.



Der Anwendungsbereich des vereinfachten Wahlverfahrens wird erweitert. Hierzu werden gemäß § 14a BetrVG die Schwellenwerte für die Anwendung des verpflichtenden und des vereinfachten Wahlverfahrens nach Vereinbarung angehoben.

Ferner wird gemäß § 14 BetrVG die Zahl der notwendigen Unterschriften für einen Wahlvorschlag abgesenkt.

Mit einer Ergänzung wird für den Konzernsprecherausschuss (wie auch für den Sprecher-ausschuss und den Gesamtsprecherausschuss) die Möglichkeit der Sitzungsteilnahme per Video- und Telefonkonferenz eröffnet.

Schließlich wird auch der Unfallversicherungsschutz bei Tätigkeiten im sog. Homeoffice erweitert. Der Versicherungsschutz bezieht sich künftig nicht mehr lediglich auf sog. Betriebswege, sondern umfasst fortan auch die Wege, die der Arbeitnehmer außerhalb seines Homeoffice zur Betreuung seines Kindes / seiner Kinder zurücklegt.

Rechtsanwältin Bettina Keidel

## **VI. Entscheidungen zum Arbeitsrecht**

### **1. Gesetzlicher Mindestlohn für entsandte ausländische Betreuungskräfte in Privathaushalten**

Nach Deutschland in einen Privathaushalt entsandte ausländische Betreuungskräfte haben Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn für geleistete Arbeitsstunden. Dazu gehört auch Bereitschaftsdienst. Ein solcher kann darin bestehen, dass die Betreuungskraft im Haushalt der zu betreuenden Person wohnen muss und grundsätzlich verpflichtet ist, zu allen Tag- und Nachtstunden bei Bedarf Arbeit zu leisten.

Die Klägerin ist bulgarische Staatsangehörige mit Wohnsitz in Bulgarien. Sie war seit April 2015 bei der Beklagten, einem Unternehmen mit Sitz in Bulgarien, als Sozialassistentin beschäftigt. In dem in bulgarischer Sprache abgefassten Arbeitsvertrag ist eine Arbeitszeit von 30 Stunden wöchentlich vereinbart, wobei Samstag und Sonntag arbeitsfrei sein sollten.

Die Klägerin wurde nach Berlin entsandt und arbeitete gegen eine Nettovergütung von 950,00 Euro monatlich im Haushalt der über 90-jährigen zu betreuenden Person, bei der sie auch ein Zimmer bewohnte. Ihre Aufgaben umfassten neben Haushaltstätigkeiten (wie Einkaufen, Kochen, Putzen etc.) eine „Grundversorgung“ (wie Hilfe bei der Hygiene, beim Ankleiden etc.) und soziale Aufgaben (z. B. Gesellschaft leisten, Ansprache, gemeinsame Interessenverfolgung). Der Einsatz der Klägerin erfolgte auf der Grundlage eines Dienstleistungsvertrags, in dem sich die Beklagte gegenüber der zu betreuenden Person verpflichtete, die aufgeführten Betreuungsleistungen durch ihre Mitarbeiter in deren Haushalt zu erbringen.

Mit ihrer im August 2018 erhobenen Klage hat die Klägerin unter Berufung auf das Mindestlohngesetz (MiLoG) weitere Vergütung verlangt. Sie hat geltend gemacht, bei der Betreuung nicht nur 30 Wochenstunden, sondern rund um die Uhr gearbeitet zu haben oder in Bereitschaft gewesen zu sein. Selbst nachts habe die Tür zu ihrem Zimmer offen bleiben müssen, damit sie auf Rufen der zu betreuenden Person dieser – etwa zum Gang auf die Toilette – Hilfe leisten können. Für den Zeitraum Mai bis August 2015 und Oktober bis Dezember 2015 hat die Klägerin zuletzt die Zahlung von 42.636,00 Euro brutto abzüglich erhaltener 6.680,00 Euro netto nebst Prozesszinsen begehrt. Die Beklagte hat die Klageabweisung beantragt und gemeint, sie schulde den gesetzlichen Mindestlohn nur für die arbeitsvertraglich vereinbarten 30 Wochenstunden. In dieser Zeit hätten die der Klägerin obliegenden Aufgaben ohne Weiteres erledigt werden können. Bereitschaftsdienst sei nicht vereinbart gewesen. Sollte die Klägerin tatsächlich mehr gearbeitet haben, sei dies nicht auf Veranlassung der Beklagten erfolgt.

Das Landesarbeitsgericht hat der Klage überwiegend entsprochen und ist im Wege einer Schätzung von einer Arbeitszeit von 21 Stunden kalendertäglich ausgegangen. Hiergegen richten sich die Revision der Beklagten und die Anschlussrevision der Klägerin mit Erfolg. Das Berufungsgericht hat im Ausgangspunkt zutreffend angenommen, dass die Verpflichtung zur

Zahlung des gesetzlichen Mindestlohns nach § 20 i. V. m. § 1 MiLoG auch ausländische Arbeitgeber trifft, wenn sie Arbeitnehmer nach Deutschland entsenden. Hierbei handelt es sich um Eingriffsnormen i. S. v. Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO, die unabhängig davon gelten, ob ansonsten auf das Arbeitsverhältnis deutsches oder ausländisches Recht Anwendung findet. Die Revision der Beklagten rügt jedoch mit Erfolg, das Berufungsgericht habe ihren Vortrag zum Umfang der geleisteten Arbeit nicht ausreichend gewürdigt und deshalb unzutreffend angenommen, die tägliche Arbeitszeit der Klägerin habe unter Einschluss von Zeiten des Bereitschaftsdienstes 21 Stunden betragen. Das Landesarbeitsgericht hat zwar zu Recht in den Blick genommen, dass aufgrund des zwischen der Beklagten und der zu betreuenden Person geschlossenen Dienstleistungsvertrags eine 24-Stunden-Betreuung durch die Klägerin vorgesehen war. Es hat jedoch rechtsfehlerhaft bei der nach § 286 ZPO gebotenen Würdigung des gesamten Parteivortrags den Hinweis der Beklagten auf die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit von 30 Stunden/Woche nicht berücksichtigt, sondern hierin ein rechtsmissbräuchliches widersprüchliches Verhalten gesehen. Das führt zur Aufhebung des Berufungsurteils. Auch die Anschlussrevision der Klägerin ist begründet. Für die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Klägerin habe geschätzt täglich drei Stunden Freizeit gehabt, fehlt es bislang an ausreichenden tatsächlichen Anhaltspunkten, so dass auch aus diesem Grund das Urteil des Landesarbeitsgerichts aufzuheben ist. Die Sache war an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, um insoweit den Sachverhalt weiter aufzuklären, den Vortrag der Parteien umfassend zu würdigen und festzustellen, in welchem Umfang die Klägerin Vollarbeit oder Bereitschaftsdienst leisten musste und wie viele Stunden Freizeit sie hatte. Dass die Klägerin mehr als die im Arbeitsvertrag angegebenen 30 Stunden/Woche zu arbeiten hatte, dürfte – nach Aktenlage – nicht fernliegend sein.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 24. Juni 2021 – 5 AZR 505/20 (PM)

Mitgeteilt von Rechtsanwältin Bettina Keidel

## **2. Invaliditätsrente – voraussichtlich dauernde Erwerbsunfähigkeit – befristete Gewährung einer Erwerbsminderungsrente**

Die nur befristete Gewährung einer Erwerbsminderungsrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung steht einem Anspruch auf betriebliche Invaliditätsversorgung nicht entgegen, wenn die Versorgungszusage vorsieht, dass „bei Eintritt einer voraussichtlich dauernden völligen Erwerbsunfähigkeit im Sinne des Sozialversicherungsrechts“ eine monatliche Invalidenrente gezahlt wird.

Die Beklagte erteilte dem Kläger im Jahr 2000 eine Versorgungszusage, die u. a. Leistungen der betrieblichen Invaliditätsversorgung „bei Eintritt einer voraussichtlich dauernden völligen Erwerbsunfähigkeit im Sinne des Sozialversicherungsrechts“ vorsieht. Der Kläger bezieht seit dem 1. Juni 2017 eine Rente wegen voller Erwerbsminderung aus der gesetzlichen Rentenversicherung. Diese war zunächst auf die Dauer von drei Jahren bis zum 31. Mai 2020 befristet bewilligt worden. Die Deutsche Rentenversicherung begründete in ihrem Rentenbescheid die Befristung mit den medizinischen Untersuchungsbefunden, nach denen es nicht unwahrscheinlich sei, dass die volle Erwerbsminderung behoben werden könne. Der Kläger hat zuletzt eine betriebliche Invaliditätsversorgung für die Zeit vom 1. Juni 2017 bis zum 30. April 2020 i. H. v. insgesamt 1.433,25 Euro zzgl. Verzugszinsen geltend gemacht. Er hat die Auffassung vertreten, die Voraussetzungen der Versorgungszusage seien erfüllt. Dass die Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung wegen voller Erwerbsminderung nur befristet bewilligt worden sei, sei unschädlich. Er sei gleichwohl seit dem 1. Juni 2017 voraussichtlich dauernd erwerbsunfähig im Sinne des Sozialversicherungsrechts. Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, die Voraussetzungen der Versorgungszusage lägen nicht vor; der Kläger sei nicht „voraussichtlich dauernd“ erwerbsunfähig, sondern nur für die Dauer von drei Jahren. Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat ihr entsprochen.

Die Revision der Beklagten hatte vor dem Dritten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Die Versorgungszusage verlangt für den Anspruch auf betriebliche Invaliditätsversorgung eine voraussichtlich dauernde völlige Erwerbsunfähigkeit im Sinne des Sozialversicherungsrechts. Damit bezieht sie sich auf § 44 Abs. 2 Satz 1 SGB VI in der bei der Erteilung der Versorgungszusage geltenden Fassung und nunmehr auf § 43 Abs. 2 Satz 2 SGB VI, also die Regelungen über die Voraussetzungen einer an die Invalidität anknüpfenden Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung. Für die Frage der voraussichtlich dauerhaften völligen Erwerbsunfähigkeit bzw. voll-

ständigen Erwerbsminderung ist die nach §§ 99 ff. SGB VI vorgesehene befristete Gewährung der Invaliditätsrenten aus der gesetzlichen Rentenversicherung ohne Bedeutung. Dabei handelt es sich lediglich um Verfahrensvorschriften, die nicht den Begriff der dauernden völligen Erwerbsunfähigkeit im Sinne des Sozialversicherungsrechts definieren, den die Versorgungszusage in Bezug nimmt.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 13. Juli 2021  
– 3 AZR 445/20 (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](http://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](mailto:heidelberg@bornheim.com) mit.**

**- Heidelberg - Frankfurt - Berlin - Düsseldorf - Hamburg - München -  
im September 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