



LKC Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Possartstraße 21
81679 München

Telefon: +49 89 2324169-0
E-Mail: newsletter-recht@lkc.de
www.lkc-recht.de

A member of HLB International. A global network of independent advisory and accounting firms.

INHALTSÜBERSICHT

SEITE

1. Die Einladung zur Gesellschafterversammlung bei verstorbenem GmbH Gesellschafter	1
2. Sondererbfolge in einen KG-Gesellschaftsanteil einschließlich sämtlicher Kapitalkonten und qualifizierte Nachfolgeklausel	2
3. Risikoanalyse der Lieferkette – Handreichung des Bundesamtes BAFA zum LkSG und EU-Kommissions-Entwurf einer Richtlinie zu Nachhaltigkeitsorgfaltspflichten von Unternehmen	3
4. Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit – Rückkehr der Stempelkarte?	5
5. Verfall von Urlaubsansprüchen zum Jahresende – Neues vom EuGH	7
6. Zur Zulässigkeit einer negativen Bewertung auf eBay und zu diesbezüglichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen	8
7. Geänderte Leistung ist keine zusätzliche Leistung! Abgrenzung von § 2 Abs. 5 und § 2 Abs. 6 VOB/B	9

Gesellschaftsrecht

Die Einladung zur Gesellschafterversammlung bei verstorbenem GmbH Gesellschafter

Die Einladung zur Gesellschafterversammlung als oberstes und wichtigstes Organ der GmbH ist an bestimmte Formalien geknüpft. Werden die gesetzlichen und/oder satzungsmäßigen Vorgaben nicht eingehalten, können die in der Gesellschafterversammlung gefassten Beschlüsse anfechtbar, im schlimmsten Fall sogar nichtig sein.

Den gesetzlichen Maßstab, von dem in der Satzung auch abgewichen werden darf, bildet dabei die Vorschrift des § 51 GmbHG, wonach die Versammlung mittels Einschreiben mit einer Frist von zwei Wochen einzuberufen ist. Einzuladen sind alle Gesellschafter (und auch nur diese), die in der Gesellschafterliste, welche beim Registergericht hinterlegt ist, im Zeitpunkt der Einladung eingetragen sind. Selbst solche Gesellschafter, die zum Zeitpunkt der La-

Dr. Alexander Frank

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
alexander.frank@lkc.de
Telefon: 089 2324169-0



derung unerreichbar sind, sind einzuladen. Wird auch nur ein in der Gesellschafterliste geführter Gesellschafter nicht eingeladen, so liegt ein gravierender Einladungsfehler vor, der zur Nichtigkeit aller in dieser Versammlung gefassten Beschlüsse führt.

Problematisch wird diese einschneidende Rechtsfolge in Konstellationen, in denen ein Gesellschafter verstorben ist, der oder die Erben aber noch nicht in die Gesellschafterliste aufgenommen wurden, sondern noch immer der verstorbene Gesellschafter in der Liste als Gesellschafter ausgewiesen wird. Objektiv macht in derartigen Konstellationen das formale Abstellen auf die Gesellschafterliste keinen Sinn. Es stellt sich dann die Frage, wer zur Gesellschafterversammlung zu laden ist, um eine anfängliche Nichtigkeit der Gesellschafterbeschlüsse infolge eines Ladungsmangels zu verhindern.

Diese – sehr praxisrelevante – Frage ist in der Rechtsliteratur und der Rechtsprechung nicht abschließend geklärt, insbesondere im Einzelfall aber auch davon abhängig, ob bei Versand der Ladung der Erbfall bereits bekannt war oder nicht.

Das Oberlandesgericht Karlsruhe hat der einzelfallbezogenen Rechtsprechung jüngst eine weitere Facette hinzugefügt (OLG Karlsruhe vom 27.04.2022 – 1 W 71/22 (Wx)): Ein Gesellschafter war zugleich alleiniger Geschäftsführer der Gesellschaft; er verstarb. Die Erbfolge nach dem verstorbenen Gesellschafter-Geschäftsführer war streitig. Nachdem die Einreichung der (geänderten) Gesellschafterliste dem Geschäftsführer obliegt, weitere Geschäftsführer, die eine neue Gesellschafterliste einreichen hätten können, jedoch nicht vorhanden waren, beantragte ein Mitgesellschafter die Bestellung des Notgeschäftsführers für die Gesellschaft.

Im Ergebnis gab das Oberlandesgericht Karlsruhe dem Antragsteller recht. Das Gericht ging dabei davon aus, dass die Gesellschafterversammlung nicht in der Lage

dazu wäre, ihrerseits einen Geschäftsführer zu bestellen, da eine ordnungsgemäße Einberufung der Gesellschafterversammlung infolge der streitigen Erbfolge nach dem verstorbenen Gesellschafter-Geschäftsführer von vornherein ausgeschlossen wäre. Das Dilemma des Falles lässt sich plakativ und pointiert wie folgt darstellen: ohne Geschäftsführer keine geänderte Gesellschafterliste; ohne ordnungsgemäße Ladung gemäß geänderter Liste keine Geschäftsführerbestellung; ohne Geschäftsführerbestellung keine geänderte Gesellschafterliste; ohne Geschäftsführer und ohne geänderte Gesellschafterliste keine ordnungsgemäße Ladung möglich.

Die Entscheidung zeigt einmal mehr, wie stark einzelfallbezogen zu differenzieren ist. Sie belegt zudem, dass gerade bei (drohenden) Zwistigkeiten im Gesellschafterkreis im Zuge der Vorbereitung einer Gesellschafterversammlung auch penibel auf die Einhaltung aller Ladungsformalia zu achten ist. Nichts ist ärgerlicher, wenn ein Mitgesellschafter eine ihm lästige inhaltliche Diskussion in einer Gesellschafterversammlung mit einem bloßen Hinweis auf die Missachtung der notwendigen Formalia vermeiden kann. ■

Handels- und Gesellschaftsrecht

Sondererbfolge in einen KG-Gesellschaftsanteil einschließlich sämtlicher Kapitalkonten und qualifizierte Nachfolgeklausel

Wir möchten auf folgende Entscheidung aus dem Bereich der Schnittmenge zwischen Gesellschafts- und Erbrecht hinweisen: Die gesellschaftsrechtliche sog. Sondererbfolge als qualifizierte Nachfolgeklausel in den Gesellschaftsanteil eines Kommanditisten (oder bei sonstigen Personengesellschaften) ist eine komplizierte Gestaltungs- und Rechtsfolgenthematik insbesondere bei der Erstellung von Gesellschaftsverträgen und der damit zu verzahrenden Ausgestaltung der erbrechtlichen Verfügungen (Testamente, Erbverträge). Was dabei alles schief gehen kann, führt das Urteil des OLG Schleswig vom 8.12.2021 – 9 U 86/20 exemplarisch vor Augen.

Der komplexe Sachverhalt lässt sich vereinfacht wie folgt zusammenfassen: Zunächst war der Alleingesellschafter E1 im Jahr 1991 (!) verstorben und hatte seine beiden leiblichen Söhne S1 und S2 sowie den unehelichen Sohn S3 zu gemeinsamen Erben eingesetzt, seine 2004 verstorbene Ehefrau wurde mit einem Nießbrauch bedacht; gemäß Gesellschaftsvertrag waren nur die leiblichen Söhne S1 und S2 nachfolgeberechtigt; S3 erhielt zum Ausgleich mehrere Immobilien. Die Beteiligten stritten sich über mehrere Jahrzehnte vor den Gerichten und machten gegenseitige Ansprüche geltend, u.a. war streitig, ob die nießbrauchsberechtigte verstorbene Mutter Überentnahmen tätigte und auf wen das Darlehenskonto des verstorbenen Erblassers bei der KG übergeht, auf die Erbengemeinschaft oder die nachfolgeberechtigten Erben.

Dr. Sandro Ulrici

Rechtsanwalt

sandro.ulrici@lkc.de

Telefon: 089 2324169-0



Das OLG Schleswig entschied in seinem systematisch gut aufgebauten Urteil:

1. Der widerklagende Sohn S3 hat keine Ansprüche aus seiner Widerklage, da er nicht Gesellschafter wurde und bestätigt damit nochmals obergerichtlich die qualifizierte gesellschaftsvertragliche Nachfolgeregelung: Nicht die Erbengemeinschaft wird Gesellschafter, sondern unmittelbar die jeweils gemäß Gesellschaftsvertrag nachfolgeberechtigten Erben per Sondererbfolge in ihrer jeweiligen (Erb-) Quote.
2. Die Sondererbfolge umfasst dabei den Gesellschaftsanteil in seiner Gesamtheit, also einschließlich sämtlicher Kapitalkonten. Im Ausgangssachverhalt bestand ein festes Kapitalkonto des Erblassers E1 und ein Darlehenskonto, auf dem in Folge der Einbringung eines Einzelunternehmens in die KG offenbar hohe Beträge gebucht waren. Das Darlehenskonto sollte gemäß Gesellschaftsvertrag Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegen den Gesellschafter ausweisen; laufende Gewinne wurden dem Darlehenskonto zugeschrieben, soweit nicht für den Ausgleich von Verlusten erforderlich.

Ob dieses Darlehenskonto beim Erblasser verblieb und auf (alle) Erben übergeht oder nur auf die nachfolgeberechtigten Erben ist anhand der zugrundeliegenden vertraglichen Ausgestaltung im Zeitpunkt des Vertragschlusses auszulegen. Im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit gehen gemäß OLG Schleswig alle Rechte und Pflichten eines verstorbenen Gesellschafters (nur) auf die nachfolgeberechtigten Erben über.

Etwas anders könne sich allenfalls aus klaren Regelungen im Gesellschaftsvertrag oder ergänzenden testamentarischen/erbvertraglichen Regelungen ergeben, die hier nicht vorlagen. Die Sondererbfolge umfasse damit auch sämtliche Forderungen eines verstorbenen Gesellschafters gegen die Gesellschaft, die sich aus dem Rechenwerk der Gesellschaft im Zeitpunkt des Erbfalls ergeben.

Als Besonderheit des konkreten Falles und Beleg, was alles schief gehen kann, hatte hier offenbar die nicht nachfolgeberechtigte und ebenfalls verstorbene Mutter als vermeintliche Gesellschafterin nach dem Ableben ihres Mannes die Jahresabschlüsse festgestellt, ohne hierzu gemäß Ansicht des OLG Schleswig berechtigt zu sein.

Fazit: Die qualifizierte Sondererbfolge in einen Gesellschaftsanteil einer Personengesellschaft ist insbesondere bei GmbH & Co. KGs sauber aufzusetzen, da bei mehreren Erben die erbrechtliche Nachfolge in den KG-Anteil und in den GmbH-Anteil unterschiedliche Wege gehen (kann),

Compliance

Risikoanalyse der Lieferkette – Handreichung des Bundesamtes BAFA zum LkSG und EU-Kommissions-Entwurf einer Richtlinie zu Nachhaltigkeits-sorgfaltspflichten von Unternehmen

Ab 01.01.2023 gilt das LieferkettenSorgfaltspflichtenGesetz (LkSG) für deutsche Unternehmen. Am 17.08.2022 hat das zuständige Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) dazu eine erste Handreichung zur Risikoanalyse veröffentlicht („Handreichung“), die den betroffenen Unternehmen „Informationen, Hilfestellungen und Empfehlungen“ zur Einhaltung der vom LkSG auferlegten Pflichten erleichtern soll.

Parallel befassen sich gegenwärtig auf europäischer Ebene Europäisches Parlament und Rat mit dem am 23.02.2022 von der EU-Kommission vorgelegten Vorschlag für eine Richtlinie über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit (sog. Corporate Sustainability Due Diligence, hier Nachhaltigkeits-SorgfaltspflichtenRiLi genannt).

LkSG und die EU-Richtlinie greifen inhaltlich ineinander, doch geht das LkSG zeitlich voraus.

Handreichung des Bundesamts BAFA und LkSG

Das LkSG enthält viele sogenannte „unbestimmte Rechtsbegriffe“, beispielsweise den Begriff „angemessen“. Die Handreichung konkretisiert solche unbestimmten Rechtsbegriffe kaum. Auch verzichtet die Handreichung darauf, „branchenspezifische Informationen, Hilfestellungen und Empfehlungen“ zu geben, was gemäß LkSG ausdrücklich möglich und für die Unternehmen wünschenswert gewesen wäre. Die vom LkSG geschützten Rechtsgüter sind nicht abschließend im Gesetz selbst geregelt und oft nur durch umfangliche Verweisungen auf zahlreiche interna-

als unmittelbare Nachfolge der qualifizierten Erben in den KG-Anteil aber als Erbengemeinschaft aller Erben in den GmbH-Anteil. Dies lässt sich über die Etablierung einer sog. Einheitsgesellschaft vermeiden.

Die erbrechtliche Verfügungen verdrängende gesellschaftsrechtliche qualifizierte Sondererbfolge ist richterrechtlich entwickelt und geprägt (BGH Urt. v. 22.11.1956 – II ZR 222/55, BGH Urt. v. 10.2.1977 – II ZR 120/75) und wird die Kautelarjurisprudenz bei Nachfolgekonzepthen in Unternehmensvermögen auch weiterhin beschäftigen, da diese im Rahmen des 2024 in Kraft tretenden MoPeG (Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts) als dann neuer § 711 Abs. 2 BGB Einzug in das Gesetz findet.

Sollten Sie eine Übertragung von Gesellschaftsanteilen im Wege der Erbfolge regeln wollen, beraten wir Sie hierzu gerne. ■

Dr. Holger Jahn

Rechtsanwalt

holger.jahn@lkc.de
Telefon: 089 2324169-0



tionale Abkommen zu ermitteln. Die Handreichung hätte die „mensenrechtlichen und umweltbezogenen Risiken“ konkretisieren können, doch verzichtet sie darauf und verweist im Anhang II zur Handreichung auf insgesamt 23 weitere nationale und internationale Regierungs- und Nicht-Regierungs-Leitfäden und Dokumentationen. Aus solchen zusätzlichen, wenig präzisen Informationsquellen sollen Unternehmen schöpfen und – dank der Handreichung – müssen sie das künftig auch tun, um „sorgfältig“ im Sinne des LkSG zu handeln. So grenzt die Handreichung die zu recherchierenden Informationsquellen nicht ein, sondern erweitert sie über das LkSG hinaus, beispielsweise sind „Indizes und Rankings...“ und auch „Websites und Berichte zivilgesellschaftlicher oder Regierungsorganisationen“ genannt, ohne dass die Handreichung definiert, was das ist. Ob solche umfanglichen Verweisungen auf außergesetzliche Normen und Vorgaben dem grundgesetzlichen Gesetzesvorbehalt genügen, erscheint verfassungsrechtlich fraglich, da diese nicht alle in einem demokratischen und rechtsstaatlichen Rechtssetzungsverfahren zustande gekommen sind. Statt der für die Unternehmen wünschenswerten Konkretisierung und Erleichterung, wirkt die Handreichung diesbezüglich für Unternehmen eher aufwandserhöhend.

Risikoanalyse

Inhaltlich geht es in der Handreichung vor allem um die „Vorbereitung und Umsetzung einer Risikoanalyse“, wie sie im LkSG verpflichtend vorgeschrieben ist. Strukturell unterscheidet das LkSG (i) den „eigenen Geschäftsbereich“ des Unternehmens, was ausdrücklich alle Konzerngesellschaften einschließt, auf die das Unternehmen bestimmenden Einfluss ausübt, von (ii) „unmittelbaren Zulieferern“ zu denen vertragliche Lieferbeziehungen bestehen und (iii) „mittelbaren Zulieferern“ ohne solche Vertragsbeziehungen. Hervorzuheben ist, dass das Gesetz die „Lieferkette“ ausdrücklich „bis zur Lieferung an den Endkunden“ definiert, das heißt die Analyse der Lieferkette ist nicht nur „einkaufsseitig“, sondern auch „vertriebsseitig“ bis zu Endkunden zu betrachten.

Die Risikoanalyse ist entweder (a) „regelmäßig“ einmal im Jahr oder „anlassbezogen“ durchzuführen, wobei das Gesetz zwischen zwei verschiedenen Anlässen unterscheidet: (b) Einerseits wenn das Unternehmen mit einer wesentlich veränderten oder erweiterten Risikolage in der Lieferkette rechnen muss, z.B. – laut LkSG – bei Einführung neuer Produkte, Projekte oder eines neuen Geschäftsfeldes und – laut Handreichung – bei „wichtigen Investitionen oder der Erschließung eines neuen Beschaffungslandes, oder externen Ereignissen, wie dem Ausbruch eines Konfliktes oder einer Naturkatastrophe in einem Tätigkeitsland“. (c) Andererseits wenn das Unternehmen „substantiierte Kenntnis“ von einer Verletzung bei einem mittelbaren Zulieferer hat. Das Gesetz ist hinsichtlich der beiden vorgenannten Anlässe auf den ersten Blick klar, doch führt die Handreichung nun eine schwer nachvollziehbare Gleichbehandlung der beiden vorstehend unter (b) und (c) genannten Anlässe dahin ein, dass sie in beiden Fällen die „anlassbezogene“ Risikoanalyse auf mittelbare Zulieferer erstreckt. Nach dem Gesetz ist jedoch für unter (a) und (b) genannten Fälle – also egal ob regelmäßig oder anlassbezogen - lediglich eine Risikoanalyse im eigenen Geschäftsbereich und bei unmittelbaren Zulieferern vom Gesetz angeordnet, nicht mehr. Die Handreichung hingegen erweitert das, indem der „Fokus gesamte Lieferkette“ – also einschließlich mittelbarer Zulieferer - nun sogar bei den unter (b) genannten Anlässen gelten soll, nicht nur bei den unter (c) genannten Verletzungs-Anlässen. Die Handreichung schafft so für Unternehmen eine erhebliche Erweiterung der Sorgfaltspflicht, die sich nicht aus dem Gesetz ergibt. Die Rechtsgrundlage dafür ist unklar. Daraus entstehender zusätzlicher Beratungsbedarf für Unternehmen ist zu erwarten.

Begrüßenswert ist die Handreichung für die oben unter (c) genannten Fälle, in denen der Anlass bei mittelbaren Zulieferern liegt, weil die Handreichung dort den „Fokus mittelbare Zulieferer“ nennt, statt wegen eines eingrenzenden Anlasses gleich die gesamte Lieferkette erneut anschauen zu müssen. Es hätte darüber hinaus Sinn gemacht, den Fokus der Risikoanalyse noch stärker auf den oder die mittelbaren Zulieferer und ihr Umfeld einzuengen, die durch ihre Verletzung offensichtlich den Anlass zur Risikoanalyse gegeben haben.

Die Handreichung gibt den sorgfaltspflichtigen Unternehmen ferner praktische Anleitungen „zur Ermittlung, Gewichtung und Priorisierung von Risiken“ an die Hand. Enthalten sind Anhaltspunkte, welche Informationen zunächst zusammenzutragen sind und wie die Risikoanalyse im Laufe der Zeit „sukzessive auf sämtliche übrige Bereiche des eigenen Geschäftsbereiches und der unmittelbaren Zulieferer auszuweiten ist“. Die Gestaltung „systematischer und nachvollziehbarer Prozesse“ überlässt die Handreichung den Unternehmen selbst. Solche Gestaltungsfreiheit ist grundsätzlich zu begrüßen, doch sollte sie keinesfalls dazu verleiten, grobe, summarische und pauschale Risikoanalysen und Gesamtbetrachtungen der Risikolage als „insgesamt angemessen“ vorzunehmen. Es ist erforderlich jedes einzelne Risiko der Reihe nach für die gesamte Lieferkette zu betrachten und einzuordnen.

Fazit

Zunächst sind alle betroffenen Unternehmen angehalten, sich an die vollständige Erfassung und systematische Dokumentation ihrer jeweiligen Lieferkette „angefangen von der Gewinnung der Rohstoffe bis zur Lieferung an den Endkunden“ zu machen haben. Nur wer seine Lieferkette vollständig kennt und diese strukturiert dokumentiert hat, kann in die Risikoanalyse übergehen. Obwohl Unternehmen priorisieren und gewichten dürfen und gewisse Entscheidungsfreiheiten behalten, wird der Dokumentation des gesamten Vorgangs der Risikoanalyse für jedes einzelnen Risiko in jedem einzelnen Glied der Lieferkette überragende Bedeutung zukommen. Nur so wird das Unternehmen sich im Fall der Untersuchung beweisbar entlasten und die drakonischen Sanktionen des LkSG abwenden können. Hier ist auch dem Mittelstand schon jetzt zu digitalen Lösungen zu raten.

Ausblick –

EU NachhaltigkeitsSorgfaltspflichtenRichtlinie

Der Richtlinienentwurf erfaßt bereits inländische Unternehmen ab 250 bzw. 500 Beschäftigten – statt 3.000 bzw. 1.000 im LkSG – und sieht Umsatzschwellen von 40 Mio. EUR bzw. 150 Mio. EUR vor. Doch „die von Unternehmen zu beachtende Corporate Social Governance“ (CSG, das heißt z.B. Nachhaltigkeit, Taxonomie, Menschenhandel, Mineralien in Konfliktgebieten, entwaldungsfreie Lieferketten, Batterieverordnung, Ökodesign, Kreislaufwirtschaft, Biodiversität, Emissionshandel, Gesundheitsschutz, Sicherheit, Menschenrechte, etc.) geht wesentlich weiter als die vom LkSG geschützten „menschlichen und umweltbezogenen Risiken“. Hervorzuheben ist, dass der Richtlinienentwurf erstmals Unternehmen darauf verpflichtet, den Klimawandel einzudämmen. Diese haben „einen Plan festzulegen, mit dem sie sicherstellen, dass das Geschäftsmodell und die Strategie des Unternehmens mit dem Übergang zu einer nachhaltigen Wirtschaft und der Begrenzung der Erderwärmung auf 1,5 Grad Celsius gemäß dem Übereinkommen von Paris vereinbar sind“. Kurz: Der durch die Richtlinie unmittelbar oder mittelbar für den Mittelstand zu erwartende Zusatzaufwand wird beachtlich und ohne professionelle Compliance Management Systeme (CMS) kaum zu bewältigen sein. ■

Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit – Rückkehr der Stempelkarte?



Bis ins Jahr 2019 herrschte in Politik und in der arbeitsrechtlichen Fachliteratur fast einhellig die Meinung, dass im deutschen Recht keine generelle Pflicht des Arbeitgebers vorgesehen sei, die gesamte Arbeitszeit seiner Beschäftigten zu erfassen – Ausnahmen gab es nur in bestimmten Konstellationen und für bestimmte Berufsgruppen oder Branchen. Ein Urteil des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) aus dem Jahre 2019 ließ diese Auffassung ein wenig bröckeln; die Praxis wartete allerdings auf einschlägige Aktivitäten des Gesetzgebers. Ein jüngst ergangenes Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) ließ aufhorchen, nach dem durchaus eine allgemeine Verpflichtung zur Erfassung der Arbeitszeit besteht, wenn man das deutsche Recht nur nach europäischen Maßstäben auslege.

Welche Verpflichtungen zur Zeiterfassung derzeit gelten, welche Auswirkungen die Urteile des EuGH und des BAG insbesondere auf flexible Arbeitszeitmodelle haben und was Arbeitgebern künftig abverlangt wird, soll im nachfolgenden Beitrag näher beleuchtet werden:

Gesetzliche Regelungen und praktizierte Modelle

Eine generelle Verpflichtung von Arbeitgeber, die Arbeitszeit ihrer Angestellten vollumfassend aufzuzeichnen, ist im deutschen Recht nicht ausdrücklich geregelt. Lediglich § 16 Abs. 2 Arbeitszeitgesetz (ArbZG) sieht bislang eine Aufzeichnungspflicht für diejenige Stundenzahlen vor, die an Werktagen (also Montag bis Samstag mit Ausnahme von Sonntagen oder gesetzlichen Feiertagen) über acht Stunden hinaus geleistet wird. Des Weiteren existieren zahlreiche Spezialregelungen in missbrauchsanfälligen Sonderbereichen, wie § 21a ArbZG für Beschäftigte im Straßentransport, § 17 Mindestlohngesetz (MiLoG) für entgeltgeringfügig Beschäftigte und Personengruppen bestimmter Branchen oder § 19 Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG) im Anwendungsbereich spezieller Tarifverträge, die das Arbeitsleben aber bei Weitem nicht vollständig abdecken.

Sieht man sich die Betriebe in ihrer Breite an, ist festzustellen, dass ganz unterschiedliche Arbeitszeitmodelle praktiziert werden. Auf der einen Seite gibt es eine Vielzahl von Unternehmen, bei denen die Erfassung der Arbeitszeit – durch das „klassische“ Ein- und Ausstempeln, mittlerweile vielfach auch digital – zum Alltag gehört. Andererseits ist v.a. in den letzten Jahren eine zunehmende Flexibilisierung von Arbeitszeitmodellen zu beobachten, bei denen die Arbeitnehmer mehr oder minder frei über die Lage ihrer Arbeitszeit disponieren können.

Zu nennen sind hier die Gleitzeitmodelle, bei denen es zwar eine sog. Kernarbeitszeit gibt, abseits davon den

Arbeitnehmern aber ermöglicht wird, entweder die Lage oder die Lage und die Dauer der täglichen Arbeitszeit selbst zu bestimmen. Auch die sog. Vertrauensarbeitszeit befindet sich – was wohl auch der zunehmenden Tätigkeit aus dem Home- bzw. Mobileoffice geschuldet ist – in jüngster Zeit auf dem Vormarsch. Der Arbeitgeber verzichtet bei dieser auf die Festlegung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit und vertraut darauf, der betreffende Arbeitnehmer werde seine arbeitsvertraglich festgelegte zeitliche Arbeitspflicht auch ohne Kontrolle erfüllen. Der Dauer der Arbeitszeit kommt dabei nur noch eine relative Bedeutung zu, die Einhaltung der jeweiligen Vorgaben wird nicht mehr überwacht.

Europäische Rechtsprechung

Mit einem vielbeachteten, dem sog. „Stechuhr-Urteil“ entschied der EuGH im Mai 2019, dass eine spanische Regelung – die ähnlich wie der deutsche § 16 Abs. 2 ArbZG lediglich zur Aufzeichnung von Überstunden und nicht der gesamten Arbeitszeit verpflichtete – nicht mit der europäischen Arbeitszeitrichtlinie (RL 2003/88/EG) übereinstimme.

Vielmehr müssten die Mitgliedstaaten die Arbeitgeber gesetzlich verpflichten, ein **objektives, verlässliches und zugängliches System** einzurichten, mit dem die von einem jeden Beschäftigten geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann. Ohne die Arbeitszeiterfassung könne – so der EuGH – weder die Dauer der Arbeitszeit noch ihr Beginn oder Ende verlässlich festgestellt werden. Arbeitnehmern werde die Durchsetzung ihrer Rechte dadurch erschwert bzw. unmöglich.

Seither wurde kontrovers diskutiert, ob und inwieweit sich das deutsche Recht europarechtskonform auslegen ließe und durch das Urteil des EuGH bzw. aus der in Bezug genommenen Arbeitszeitrichtlinie eine Verpflichtung der deutschen Arbeitgeber abgeleitet werden könne, die Arbeitszeiten ihrer Beschäftigten vollumfänglich zu erfassen. Fast einhellig wurde das Urteil dabei so interpretiert, dass der EuGH damit lediglich die nationalen Gesetzgeber verpflichtet, eine gesetzliche Verpflichtung zur Einrichtung eines Zeiterfassungssystems zu schaffen, nicht aber die einzelnen Unternehmen unmittelbar in die Verantwortung nehmen wolle. Da der deutsche Gesetzgeber dieser Verpflichtung aber bislang nicht nachgekommen sei (es waren mehrere Gesetzesentwürfe im Umlauf, die jedoch allesamt nicht verabschiedet wurden), bestehe auch weiterhin keine Pflicht zu einer umfassenden Erfassung der Arbeitszeit sämtlicher Beschäftigter. Vorher müsse der Gesetzgeber aktiv werden, so die bis August 2022 ganz überwiegende Meinung.

Aktuelle Entscheidung des BAG

Dieser Ansicht hat eine jüngst ergangene Entscheidung des BAG (Urteil vom 13.09.2022 – 1 ABR 22/21) den Boden entzogen. In dem zugrundeliegenden Sachverhalt ging es zwar vordergründig lediglich um die Frage, ob ein Betriebsrat, der den Arbeitgeber verpflichten wollte, ein System der Zeiterfassung einzuführen, ein Initiativrecht hatte und, da der Arbeitgeber nicht verhandlungsbereit war, arbeitsgerichtlich eine Einigungsstelle einsetzen lassen wollte. Das BAG entschied jedoch – völlig überraschend –, dass es bereits die gesetzliche Verpflichtung zur Arbeitszeiterfassung gebe, die unmittelbar in allen Betrieben und für sämtliche Arbeitnehmer gelte – resultierend aus § 3 Abs. 2 Nr. 1 des Arbeitsschutzgesetzes (ArbSchG). Und weil das Betriebsverfassungsgesetz immer dann, wenn die vom Betriebsrat angestrebte Regelung nicht bereits durch Gesetz oder Tarifvertrag normiert sei, ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ausschließt, verneinte das BAG das Bestehen eines solchen Initiativrechts des Betriebsrats und wies dessen Antrag auf Feststellung des Bestehens eines Initiativrechts ab mit der Folge, dass die Einigungsstelle auch nicht mehr entscheiden kann.

In § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG ist geregelt, dass Arbeitgeber für eine geeignete Organisation zu sorgen haben, um notwendige Arbeitsschutzmaßnahmen (zu denen auch die Verpflichtung der Arbeitgeber gehört, auf die Einhaltung der Grenzen des ArbZG zu achten) umzusetzen. Bei unionsrechtskonformer Auslegung – also im Einklang mit der Arbeitszeitrichtlinie und der Rechtsprechung des EuGH – bedeute dies nach Ansicht des BAG eine gesetzliche Verpflichtung, die Arbeitszeiten der Arbeitnehmer zu erfassen, da nur so eine entsprechende Kontrolle ermöglicht wird. Kurz: Nach Auffassung des BAG ist es bereits heute geltendes Recht, dass in Deutschland die gesamte Arbeitszeit – also Beginn, Ende und Dauer – der der Beschäftigten aufzuzeichnen ist.

Konsequenzen für die betriebliche Praxis

In der Fachliteratur hat sich zur Entscheidung des BAG innerhalb kürzester Zeit ein lebhafter Diskurs entwickelt. Befürchtet werden insbesondere massive Auswirkungen auf solche Unternehmen, bei denen derzeit flexible Arbeitszeitmodelle – zu nennen ist hier insbesondere die Vertrauensarbeitszeit, ob im Home- bzw. Mobileoffice oder vor Ort – gelebt werden. Selbst bei leitenden Angestellten im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne, für die die Vorgaben des Arbeitszeitgesetzes und damit eine Aufzeichnungspflicht nicht gelten, muss künftig eine Arbeitszeiterfassung angeboten werden.

Des Weiteren stellt sich die Frage, wie insbesondere Kleinunternehmen und Handwerksbetrieben die Vorgaben umsetzen sollen. Bei diesen sind die Mitarbeiter oftmals weder den ganzen Tag im Betrieb anwesend (Stichwort: Ein- und Ausstempeln) noch sitzen sie im Homeoffice vor dem PC, es ist also auch keine Zeiterfassung per Computerprogramm möglich. Immerhin gibt es bereits leistungsfähige Smartphone-Apps, die hier hilfreich können.

Bislang liegen die Urteilsgründe nicht vor. Erwartet wird aber, dass sich das BAG an die vom EuGH aufgestellten Maßstäbe anlehnt. Danach muss „ein objektives, verlässliches und zugängliches System“ eingeführt werden, mit dem die von jedem Arbeitnehmer geleistete Arbeitszeit gemessen werden kann. Das System muss also ermöglichen, dass sicher festgestellt werden kann, von wann bis wann Beschäftigte arbeiten und wieviel Pause sie machen, mithin ohne große Schwierigkeiten die (behördliche) Kontrolle möglich ist, ob die Vorgaben des Arbeitsschutzes (insbesondere Höchstarbeitszeit und Ruhezeiten) eingehalten wurden. Schätzungen, Pauschalisierungen oder ungefähre Angaben dürften nicht ausreichen. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales ist dazu der Auffassung, dass die Erfassung der reinen Dauer der Arbeitszeit nicht ausreichend ist.

Die Einrichtung eines solchen Systems könnte für Unternehmen, in denen bislang keine Erfassung der Arbeitszeit praktiziert wird, einige (verwaltungs-)technische Herausforderungen und einen gewissen Kostenaufwand mit sich bringen – in Betrieben mit Betriebsrat ist dieser zu beteiligen, falls ein technisches System eingeführt wird, das (auch) zur Überwachung von Leistung oder Verhalten der Arbeitnehmer geeignet ist. Allerdings muss das System nicht notwendigerweise elektronisch/digital eingerichtet werden, da – jedenfalls nach unserer und wohl überwiegender Ansicht – auch eine Aufzeichnung in Papierform genügt. Außerdem kann die Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit auf die Beschäftigten übertragen werden.

Fazit

Gleichwohl dürften viele Unternehmen vor der Aufgabe stehen, ein funktionierendes Zeiterfassungssystem einzuführen und ggf. sogar ihre Arbeitszeitmodelle anzupassen – das alles ohne Umsetzungsfrist. Jetzt rächt sich, dass der Gesetzgeber trotz Kenntnis der europäischen Rechtsprechung über Jahre hinweg untätig geblieben ist und nun von einer Entscheidung der Fachgerichte überholt wurde. Das viel beschworene Ende der Vertrauensarbeitszeit wurde durch das Urteil aber definitiv nicht eingeleitet. Es spricht überhaupt nichts dagegen, es innerhalb der Grenzen des ArbZG weiterhin den Beschäftigten zu überlassen, wann und wieviel sie arbeiten. Allerdings ist die geleistete Arbeitszeit künftig aufzuzeichnen. Das Bundesministerium hat angekündigt, einen Gesetzentwurf für die Ausgestaltung der Arbeitszeiterfassung vorzustellen, sobald die Entscheidungsgründe der Entscheidung des BAG vom 13.09.2022 veröffentlicht sind. ■

Verfall von Urlaubsansprüchen zum Jahresende – Neues vom EuGH



Das Jahr 2022 neigt sich seinem Ende entgegen, was für Arbeitgeber bedeutet, dass sie wieder einmal einen Blick auf das Urlaubskonto ihrer Arbeitnehmer werfen sollten. Denn der automatische Verfall von Urlaubsansprüchen zum Jahresende oder danach tritt nur ein, wenn arbeitgeberseitig durch entsprechende Information und Aufforderung dafür Sorge getragen wurde, dass die Arbeitnehmer tatsächlich in die Lage versetzt wurden, den Urlaub auch zu nehmen.

Was dabei derzeit zu beachten ist, soll auch unter Zugrundelegung der neuesten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) dargestellt werden:

Verfallsfristen

Ausgangspunkt für den Verfall von Urlaubsansprüchen ist § 7 Abs. 3 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG). Danach muss der gesetzliche Mindesturlaub grundsätzlich im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden, eine Übertragung auf das folgende Jahr – wo er dann wiederum bis zum 15. März genommen werden muss – ist nur im Falle dringender betrieblicher oder in der Person des Arbeitnehmers liegender Gründe statthaft. Der zum Jahresende bzw. zum Ende des Übertragungszeitraums nicht genommene Urlaub verfällt nach dem Wortlaut des Gesetzes automatisch.

Schon seit längerer Zeit wird von der Rechtsprechung davon in solchen Fällen eine Ausnahme gemacht, in denen der Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsjahres und/oder des Übertragungszeitraums arbeitsunfähig erkrankt ist und deshalb den (Rest-)Urlaub nicht nehmen konnte. Allerdings soll ein unbegrenztes Ansammeln von Urlaubsansprüchen verhindert werden.

Mithin verfallen Urlaubsansprüche vor Ablauf eines Zeitraumes von 15 Monaten nach dem Ende des Urlaubsjahres nicht, wenn der Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen der Inanspruchnahme des Urlaubs gehindert war. Sie erlöschen grundsätzlich aber mit Ablauf des 31. März des übernächsten Jahres.

Beispiel:

Ein Arbeitnehmer erkrankt kurz vor Ende des Jahres 2022 und hat noch 7 offene Urlaubstage. Endet die Arbeitsunfähigkeit vor dem 31.03.2023, ist der Urlaub aus dem Jahr 2022 bis zu diesem Zeitpunkt zu nehmen. Tritt Besserung erst im Laufe des Jahres 2023 oder gar erst im 1. Quartal 2024 ein, so ist der Urlaub aus dem Jahr 2022 bis zum 31.12.2023 bzw. zum 31.03.2024 zu nehmen. Spätestens mit Ablauf des 31.03.2024 ist der Urlaub aus dem Jahr 2022 erloschen.

Nach der Rechtsprechung soll dies auch im Falle der vorübergehenden Erwerbsminderung gelten.

Mitwirkungspflicht des Arbeitgebers

Ob die Verfallsfristen überhaupt zur Anwendung kommen, ist nach neuerer Rechtsprechung des EuGH und des Bundesarbeitsgerichts (BAG) aber davon abhängig, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber tatsächlich in die Lage versetzt wurde, den Urlaub auch zu nehmen.

Arbeitgeber sind demnach zur Mitwirkung an der Verwirklichung des Urlaubsanspruchs verpflichtet. Sie haben die Mitarbeiter eigeninitiativ und rechtzeitig über den Umfang des Urlaubsanspruchs zu informieren, sie – gegebenenfalls förmlich – dazu aufzufordern, den Urlaub vor Ablauf des Kalenderjahres zu nehmen und mitzuteilen, dass der Urlaub mit dem Ende des Kalenderjahres bzw. des Übertragungszeitraums verfällt, wenn er nicht beantragt wird. Im Streitfall – meist dann, wenn das Arbeitsverhältnis beendet wird und der Arbeitnehmer Abgeltungsansprüche hinsichtlich noch offener Urlaubstage geltend macht – hat der Arbeitgeber darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, dass er seinen Mitwirkungsobliegenheiten nachgekommen ist. Schon deshalb empfiehlt es sich, für die genannten Hinweise (mindestens) die Textform zu wählen (z.B. E-Mail).

Mitwirkungspflicht auch bei Langzeiterkrankung

Bislang ungeklärt war, ob diese den Arbeitgeber treffenden Mitwirkungspflichten auch im Falle langzeiterkrankter Arbeitnehmer gelten sollen. Auf zwei Vorabentscheidungsersuchen des BAG hin hat der EuGH jüngst entschieden, dass der gesetzliche Urlaubsanspruch von Arbeitnehmern aus dem Jahr, in dem sie zunächst gearbeitet haben und Urlaub hätten nehmen können, dies aber aufgrund des Eintritts der Langzeiterkrankung oder Erwerbsminderung aber nicht mehr möglich war, nicht einfach nach 15 Monaten nach Ablauf des Urlaubsjahres verfallen dürfe. Für den Verfall des Urlaubsanspruchs sei auch hier Voraussetzung, dass der Arbeitgeber die betroffenen Mitarbeiter in die Lage versetzt, den Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub auszuüben (Urteil vom 22.09.2022 – Az.: C-518/21 und C-727/20).

Darüber hinaus soll nach Ansicht des EuGH auch die dreijährige Verjährungsfrist der Urlaubsansprüche erst dann zu laufen beginnen, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auf seine (Rest-)Urlaubsansprüche und ihren drohenden Verfall hingewiesen hat.

Hinweis an Arbeitgeber

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist also nun zwischen Urlaubsansprüchen aus dem Jahr, in dem noch (teilweise) gearbeitet wurde und solchen, die erst während der Arbeitsunfähigkeit erworben wurden zu unterscheiden. Während letztere weiterhin automatisch verfallen, bedarf es bei ersteren nun der Mitwirkung des Arbeitgebers.

Dies überzeugt nicht wirklich. Denn die betroffenen Arbeitnehmer können aufgrund des regelmäßig nicht vorhersehbaren Eintritts der Erkrankung bzw. Erwerbminderung ihren (Rest-)Urlaub ja gar nicht mehr nehmen, selbst wenn eine entsprechende Mitwirkungshandlung erfolgt ist. Die Ursache des nicht genommenen Urlaubs ist also primär die Arbeitsunfähigkeit und nicht eine unterlassene Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers. Dem EuGH genügt aber die theoretische Möglichkeit, dass (irgendwann) im Jahr des Eintritts der Langzeiterkrankung der Urlaub hätte genommen werden können.

Aufgrund der aufgezeigten Konsequenzen empfiehlt es sich, als Arbeitgeber die Mitwirkungsobliegenheiten frühzeitig, idealerweise zum Beginn eines Kalenderjahres,

Meinungsäußerung und Vertragsrecht

Zur Zulässigkeit einer negativen Bewertung auf eBay und zu diesbezüglichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen

„Ware gut, Versandkosten Wucher!!“, lautete die Bewertung eines Käufers, der über die Internetplattform eBay vier Gelenkbolzenschellen für 19,26 EUR inklusive 4,90 EUR gesondert ausgewiesener Versandkosten gekauft hatte.

Den „Wucher“-Vorwurf wollte der gewerbliche Verkäufer nicht auf sich sitzen lassen, zumal der Verkauf auf Grundlage der zu diesem Zeitpunkt gültigen, in den Vertrag einbezogenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen von eBay erfolgt war.

Deren § 8 Abs. 2 besagt zu Bewertungen unter anderem: „Nutzer sind verpflichtet, in (...) Bewertungen ausschließlich wahrheitsgemäße Angaben zu machen. Die von Nutzern abgegebenen Bewertungen müssen sachlich gehalten sein und dürfen keine Schmähkritik enthalten.“

Das Urteil

Die u.a. auf Entfernung der Bewertung gerichtete Klage blieb vor dem Bundesgerichtshof erfolglos (Urteil vom 28.9.2022, Az. VIII ZR 319/20). Nach Meinung des BGH besteht kein Anspruch auf Entfernung der Bewertung „Versandkosten Wucher!!“, auch nicht unter dem Aspekt einer Verletzung von § 8 Abs. 2 der eBay-AGB.

Unter Hinweis auf fehlende Eindeutigkeit dieser AGB-Klausel begründet der BGH sein Urteil im Kern wie folgt:

umzusetzen, aber natürlich kann noch zum jetzigen Zeitpunkt ein solcher Hinweis erfolgen. Des Weiteren ist zu beachten, dass die Mitwirkungspflicht grundsätzlich nur die gesetzlichen Urlaubsansprüche betrifft. Eine entsprechende Formulierung könnte etwa wie folgt lauten:

„[...] Ihnen steht in diesem Kalenderjahr ein gesetzlicher Urlaubsanspruch von 20 Arbeitstagen sowie ein vertraglicher Urlaubsanspruch von weiteren 10 Tagen zu. Hiervon haben Sie [...] Tage bereits genommen, verbleiben folglich [...] Tage. Der Urlaub ist im laufenden Kalenderjahr, d.h. bis zum 31.12. dieses Jahres zu nehmen und dementsprechend rechtzeitig zu beantragen. Soweit Sie den Jahresurlaub nicht innerhalb dieses Zeitraums in Anspruch nehmen, verfällt er grundsätzlich ersatzlos. Nur wenn dies aus dringenden betrieblichen oder in Ihrer Person liegenden Gründen gerechtfertigt ist, kann der gesetzliche Urlaubsanspruch auf die ersten drei Monate des Folgejahres übertragen werden. Spätestens mit Ablauf des Übertragungszeitraums (31.3. des Folgejahres) ist der Urlaubsanspruch verfallen.“

Bei Fragen rund um dieses Thema stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung. ■

Prof. Dr. Andreas Quiring

Rechtsanwalt

andreas.quiring@lkc.de
Telefon: 089 2324169-0



Aus den Entscheidungsgründen

§ 8 Abs. 2 Satz 2 der eBay-AGB enthält keine strengeren vertraglichen Beschränkungen für die Zulässigkeit von Werturteilen in Bewertungskommentaren als jene, die für Werturteile deliktsrechtlich ohnehin gelten, und nach denen erst Schmähkritik die Grenzen des Zulässigen überschreitet.

Für die Auslegung, dem Sachlichkeitsgebot in § 8 Abs. 2 Satz 2 der eBay-AGB solle gegenüber dem Verbot der Schmähkritik kein eigenständiges Gewicht zukommen, spricht bereits der Umstand, dass genaue Definitionen des unbestimmten Rechtsbegriffs „sachlich“ in den AGB fehlen. Daher liegt es im wohlverstandenen Interesse aller Beteiligten, die Zulässigkeit von grundrechtsrelevanten (beim Verkäufer Art. 2 Abs. 1, Art. 12 GG und beim Käufer Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG) Bewertungen eines getätigten Geschäfts an den Grundsätzen der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Schmähkritik auszurichten und hierdurch die Anforderungen an die Zulässigkeit von Bewertungskommentaren für die Nutzer und eBay selbst möglichst greifbar und verlässlich zu konturieren.

Der gesonderten Erwähnung der Schmähkritikgrenze hätte es nicht bedurft, wenn dem Nutzer schon durch die Vorgabe, Bewertungen sachlich zu halten, eine deutlich schärfere Einschränkung hätte auferlegt werden sollen.

Ferner würde man der grundrechtlich verbürgten Meinungsfreiheit des Bewertenden von vornherein ein geringeres Gewicht beimessen als den Grundrechten des Verkäufers, wenn man die Meinungsäußerung eines Käufers regelmäßig bereits dann als unzulässig einstufte, wenn sie herabsetzend formuliert ist und/oder nicht (vollständig oder überwiegend) auf sachlichen Erwägungen beruht.

Die Gerichte legen den Begriff der Schmähkritik eng aus. Danach macht auch eine überzogene, ungerechte oder gar ausfällige Kritik eine Äußerung für sich genommen noch nicht zur Schmähung. Hinzutreten muss vielmehr, dass bei der Äußerung nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung des Betroffenen im Vordergrund steht, der jenseits polemischer und überspitzter Kritik herabgesetzt und gleichsam an den Pranger gestellt werden soll.

Daran fehlte es nach Ansicht des BGH im konkreten Fall. Bei der angegriffenen Bewertung stehe eine Diffamierung des Verkäufers nicht im Vordergrund. Der Käufer setze sich - wenn auch in scharfer und möglicherweise überzogener Form - kritisch mit einem Teil der gewerblichen Leistung des Verkäufers auseinander, indem er die Höhe

der Versandkosten beanstandet. Die Zulässigkeit eines Werturteils hängt nicht davon ab, ob es mit einer Begründung versehen ist. Daher sei die Bewertung „Versandkosten Wucher!“ keine Schmähkritik.

Kritik und Folgerungen

Das Urteil vermag kaum zu überzeugen, wenn man außer Grundrechten auch den Aufwand für ordnungsgemäße Verpackung der zu versendenden Ware sowie die Portokosten berücksichtigt, und daneben bedenkt: Damit ein Preis als Wucher gilt, muss er im Allgemeinen mindestens doppelt so hoch sein wie marktüblich. Überdies muss der Anbieter im Einzelfall bewusst eine Notlage des Erwerbers ausgenutzt haben. Beides traf nicht zu. Somit erschöpfte sich der vom Käufer erhobene Wuchervorwurf m.E. in einer substanzlosen Diffamierung des Verkäufers.

Gleichwohl ist eine Beachtung des besprochenen Urteils ratsam. Es bestätigt wieder einmal:

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind äußerst sorgfältig und präzise zu formulieren, damit sie den ihnen zugeordneten Zweck erfüllen können. ■

Baurecht

Geänderte Leistung ist keine zusätzliche Leistung! Abgrenzung von § 2 Abs. 5 und § 2 Abs. 6 VOB/B

Gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B besteht ein Anspruch auf Mehrvergütung, wenn „durch eine Änderung des Bauentwurfs oder eine Anordnung des Auftraggebers die Grundlage des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert wird“. Gemäß § 2 Abs. 6 VOB/B entsteht ein Anspruch auf Mehrvergütung, sofern eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung gefordert wird sowie der Anspruch dem Auftraggeber angekündigt wird, bevor mit der Ausführung der Leistung begonnen wird.

Die Frage, ob eine geänderte Leistung im Sinn des § 2 Abs. 5 VOB/B oder eine zusätzliche Leistung im Sinn des § 2 Abs. 6 VOB/B vorliegt, bereitet im Einzelfall oft erhebliche Schwierigkeiten und die Abgrenzung ist umstritten. Im Hinblick auf die unterschiedlichen Anspruchsvoraussetzungen eines Mehrvergütungsanspruchs gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B bzw. § 2 Abs. 6 VOB/B kommt dieser Abgrenzung jedoch in der Baupraxis erhebliche Bedeutung zu.

Dies veranschaulicht beispielsweise eine Rechtsstreitigkeit mit welchem sich das OLG Schleswig, Urteil vom 17.12.2020 – Az. 7 U 21/18 wie auch im Rahmen der eingelegten Nichtzulassungsbeschwerde der Bundesgerichtshof, Beschluss vom 23.02.2022 – Az. VII ZR 117/21 zu befassen hatten:

Christoph Obermeier

Rechtsanwalt

christoph.obermeier@lkc.de
Telefon: 089 2324169-0



In dem zur Entscheidung vorliegenden Sachverhalt war der Auftragnehmer mit der Vertiefung eines Wasserweges auf eine Tiefe von NN -7,30m, d.h. auf eine Tiefe von 7,30 unter dem Normalpegel, beauftragt. Der Auftraggeber, eine Werft, welche den Wasserweg als Zufahrt für ihr Werftgelände benötigte, wies den Auftragnehmer im Zuge der Bauausführung mündlich an, eine Vertiefung des Wasserwegs auf NN -7,50m vorzunehmen. Der Auftragnehmer führt die Leistungen entsprechend aus und macht hierfür durch einen Nachtrag eine zusätzliche Vergütung in Höhe von EUR 455.000 geltend. Zur Begründung führte er an, er habe mit einer Eimerkette anstatt einem Stelzenbagger arbeiten müssen, was aufwendiger gewesen sei und zu den erheblichen Mehrkosten geführt habe. Die Werft lehnt die Mehrvergütung ab und bezieht den Standpunkt, dass es sich bezüglich der Vertiefung von NN -7,30m auf NN -7,50m um eine zusätzliche Leistung im Sinn des § 2 Abs. 6 VOB/B (und keine geänderte im Sinn des § 2 Abs.5 VOB/B) gehandelt habe. Mangels Ankündigung einer besonderen Vergütung vor Ausführung, somit mangels Erfüllung der Voraussetzung des § 2 Abs. 6 VOB/B, sei keine zusätzliche Vergütung begründet. Ohne Erfolg.

Nach Ansicht der Richter des OLG Schleswig, steht dem Auftragnehmer, zumindest dem Grunde nach, ein Anspruch auf zusätzliche Vergütung zu.

§ 2 Abs. 6 VOB/B betrifft den Fall, dass eine neue, vom bisherigen Vertrag noch gar nicht umfasste Leistung verlangt wird, § 2 Abs. 5 VOB/B dagegen den Fall, dass eine vom Vertrag vorgesehene Leistung anders ausgeführt werden soll. Demnach liegt nach dem Standpunkt des Gerichts hier ein Fall des § 2 Abs. 5 VOB/B vor, nachdem der Auftragnehmer damit beauftragt war, Baggerarbeiten durchzuführen, nur aufgrund der Anordnung der Werft anders als zunächst vorgesehen. Auf die fehlende Ankündigung der Mehrkosten kam es demnach nicht an, nachdem § 2 Abs 5 VOB/B dies zur Geltendmachung einer Mehrvergütung nicht voraussetzt. Die gegen die Endentscheidung des OLG Schleswig eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde wurde von dem Bundesgerichtshof zurückgewiesen.

Zwar hat der klagende Auftragnehmer, welche die streitgegenständlichen Leistungen ausgeführt hatte im Ergebnis einen Anspruch auf Mehrvergütung zu gesprochen erhalten, dessen Höhe wohl noch zu klären ist. Insoweit bedurfte es jedoch der Führung eines jahrelangen Rechtsstreits. Zur Vermeidung entsprechender Rechtsstreitigkeiten ist daher zu empfehlen, in jedem Fall einer geänderten/zusätzlichen Leistung, um Abgrenzungsschwierigkeiten zu vermeiden, Mehrkosten vorab anzumelden, nach dem in diesem Fall die Anspruchsvoraussetzungen beider Vorschriften erfüllt sind, auch wenn § 2 Abs. 5 VOB/B dies nicht zwingend fordert. ■

Gerne stehen die jeweiligen Autoren für Rückfragen zu den von ihnen behandelten Themen zur Verfügung.
Bei allgemeinen Rückfragen steht Ihnen als Ansprechpartner zur Verfügung:

Tobias Schwartz | Rechtsanwalt | E-Mail: newsletter-recht@lkc.de | Tel.: +49 (0)89 2324169-0

Möchten Sie den Newsletter zukünftig nicht mehr erhalten, können Sie diesen jederzeit abbestellen. Schreiben Sie hierzu einfach eine E-Mail mit dem Betreff: „Newsletter abbestellen“ unter Angabe Ihres Namens an: newsletter-recht@lkc.de.

Copyright: Alle Texte dieses Newsletters sind urheberrechtlich geschützt. Gerne können Auszüge unter Nennung der Quelle nach schriftlicher Genehmigung durch uns genutzt werden. Hierzu bitten wir um Kontaktaufnahme.

Herausgeber: LKC Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Possartstraße 21, 81679 München

Der Inhalt dieser Mandanteninformation dient nur der allgemeinen Information. Er stellt keine anwaltliche Beratung juristischer, steuerlicher oder anderer Art dar und soll auch nicht als solche verwendet werden. Alle Informationen und Angaben in diesem Newsletter haben wir nach bestem Wissen zusammengestellt. Sie erfolgen jedoch ohne Gewähr. Wir übernehmen insbesondere keine Haftung für Handlungen, die auf Grundlage dieser Angaben unternommen werden.

Wir bitten Sie, sich für eine verbindliche Beratung bei Bedarf direkt mit uns in Verbindung zu setzen.

