

RECHTSANWÄLTE

MUFFLER KITTNER KRIEGER  
HAHNE PartmbB

Goethestr. 25a  
80336 München  
Tel.: +49 89 5 50 89 45-0  
muenchen@mkkh-partner.de



## ERMITTLUNG DER BESCHÄFTIGTENZAHL NACH § 23 ABS. 1 KÜNDIGUNGSSCHUTZGESETZ - WELCHER ZEITPUNKT GILT?

### Worum geht es?

In Kleinbetrieben von zehn oder weniger Mitarbeitern gilt kein allgemeiner Kündigungsschutz. Der Arbeitgeber kann jederzeit kündigen, auch wenn kein qualifizierter Grund vorliegt. Ein Konstrukteur war seit 2004 in einem großen Unternehmen mit rund 49.000 Mitarbeitenden beschäftigt. Zum 01.07.2023 wurde seine Abteilung auf ein anderes Unternehmen übertragen. Der Arbeitnehmer widersprach diesem Betriebsübergang – ebenso wie 37 seiner Kolleginnen und Kollegen. Sie blieben daher in einem „Restbetrieb“ zurück, den das ursprüngliche Unternehmen weiterführte. Der Arbeitgeber teilte dem Kläger im Juli 2023 mit, dass er dort verbleiben werde. Schließlich kündigte das Unternehmen ihm im Februar 2024 ordentlich zum 31.08.2024. Zu diesem Zeitpunkt waren im Restbetrieb nur noch fünf Mitarbeitende beschäftigt. Der Konstrukteur klagte gegen die Kündigung und berief sich auf Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG), weil bei Auslagerung des ursprünglichen Betriebes noch mehr als 10 Beschäftigte tätig waren. Das Arbeitsgericht wies die Klage ab.

### Die Entscheidung:

Die Berufung des Konstrukteurs vor dem Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 25.07.2025 - Az 12 SLa 640/25 hatte Erfolg. Das LAG erklärte, dass bei einem geplanten Personalabbau die Zahl der regelmäßig Beschäftigten nach § 23 Abs. 1 KSchG anhand des Zeitpunkts der unternehmerischen Entscheidung zu bestimmen sei. Wenn ein Personalabbau auf einer einheitlichen unternehmerischen Planung beruhe, sei für die Bestimmung der Betriebsgröße der Zeitpunkt dieser Planung entscheidend – also der Moment, in dem festgelegt wird, wie viele Arbeitsplätze insgesamt abgebaut werden sollen. Es komme nicht darauf an, wie viele Beschäftigte im Kündigungszeitpunkt tatsächlich noch vorhanden seien.



### Der Praxis-Tipp!

Wer Personal abbauen möchte, sollte dokumentieren, wann die unternehmerische Entscheidung, die der Kündigung vorausging, gefallen ist und wie viele Beschäftigte davon betroffen sind. Die Entscheidung wäre wohl anders gefallen, wenn nach der Auslagerung des ursprünglichen Betriebes nachweislich eine neue Unternehmerentscheidung getroffen worden wäre, die zur Kündigung geführt hat.

RECHTSANWÄLTE

MUFFLER KITTLER KRIEGER  
HAHNE PartmbB

Goethestr. 25a  
80336 München  
Tel.: +49 89 5 50 89 45-0  
muenchen@mkkh-partner.de



## WERKLOHN FÜR NULL-POSITIONEN BEIM EINHEITSPREISVERTRAG

### Worum geht es?

Bei der Abwicklung von Einheitspreisverträgen kommt es oft zum Entfall von im Leistungsverzeichnis vorgesehene Arbeiten. Für den Auftragnehmer ergibt sich dann die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen er eine Vergütung für solche „Null-Positionen“ verlangen kann. Es gibt unterschiedliche Gründe für den Wegfall einzelner Leistungen. Dieser kann darauf beruhen, dass Leistungen einfach nicht erforderlich sind oder weil der Auftraggeber im Laufe der Ausführung eine Leistung durch eine andere ersetzt.



Leistungsentfall ist nicht gleich Leistungsentfall

### Die Rechtslage:

Fällt infolge einer Änderung des Bauentwurfs gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B eine Leistungsposition des Bauvertrages vollständig weg und erhält der Auftragnehmer keinen Ausgleich dafür, weil keine andere Position an die Stelle der weggefallenen tritt, so beinhaltet die Anordnung des Auftraggebers eine Teilkündigung des Bauvertrages nach § 8 Abs. 1 VOB/B. Der Auftragnehmer hat dann Anspruch auf den vertraglich vereinbarten Werklohn abzüglich ersparter Aufwendungen und anderweitigen Erwerbs (so z.B. OLG Oldenburg, Urteil vom 24.06.1999 - 8 U 97/97). Hatte der Auftragnehmer für eine entfallende Position bereits Aufwendungen, kann er diese ersetzt verlangen (OLG Celle, Urteil vom 06.01.2005 - 22 U 223/01).

### Der Praxis-Tipp!

Auftraggeber müssen sich darüber im Klaren sein, dass entnommene Leistungspositionen möglicherweise nicht zu den Einsparungen führen, die sie erwarten, denn der Auftragnehmer kann nach den Grundsätzen der Teilkündigung anteilige Vergütung verlangen. Dies gilt gemäß § 648 BGB auch bei einem BGB-Vertrag. Auftragnehmern sei geraten, diese Möglichkeit bei entfallenden Leistungen nicht zu übersehen. Anderes gilt, wenn an die Stelle einer Leistung eine andere Leistung tritt. In diesem Fall tritt ein neuer Preis für die zur Ausführung kommende Leistung an die Stelle der entfallenen Leistung. Aber auch in diesem Fall kann eine anteilige Vergütung für die entfallene Leistung in Betracht kommen, wenn die neue Leistung etwa erheblich preisgünstiger sein sollte und dem Auftragnehmer dadurch Werklohn entgeht.

RECHTSANWÄLTE

MUFFLER KITTLER KRIEGER  
HAHNE PartmbB

Goethestr. 25a  
80336 München  
Tel.: +49 89 5 50 89 45-0  
muenchen@mkkh-partner.de



## MINDERT SICH DAS ARCHITEKTENHONORAR, WENN GRUNDELIS- TUNGEN NICHT ERBRACHT WERDEN?



Geld ohne Leistung – ein unbefriedigendes Verhältnis

### Worum geht es?

Ein Architekt wird mit den Leistungsphasen 1-3 und 5-8 gemäß § 34 HOAI beauftragt. Nach Fertigstellung des Objekts wendet der Auftraggeber gegen die Schlussrechnung des Architekten ein, dass mehrere Grundleistungen nicht erbracht worden seien, daher mindere er das Honorar. Der Architekt klagt sein restliches Honorar ein. Das Landgericht München I gibt dem Architekten Recht.

### Die Entscheidung:

Das OLG München bestätigt das Landgericht in seiner Entscheidung vom 10.04.2024 - 28 U 588/24 Bau und lehnte sich dabei an eine Grundsatzentscheidung des BGH aus dem Jahr 2004 an. Der Auftraggeber habe ein Interesse daran, dass der Architekt die ihm übertragenen Leistungsschritte erbringe und somit auch die vereinbarten Grundleistungen ausführe. Denn: diese Leistungen schulde der Architekt als Teilerfolge. Werde im Architektenvertrag kein im Vergleich zur HOAI verringelter Leistungsumfang vereinbart, seien somit zwar alle Grundleistungen beauftragt. Würden aber nicht alle Grundleistungen erbracht, führe dies dennoch nicht automatisch zu einer Honorarminderung. Etwas anderes gelte nur dann, wenn der Auftraggeber schlüssig darlege, dass ihm wegen einer nicht erbrachten Teilleistung ein Sekundäranspruch zustehe. Grundsätzlich müsse der Auftraggeber dem Auftragnehmer in solchen Fällen eine Frist zur Nacherfüllung setzen (OLG Brandenburg, Urteil vom 13.03.2014 - 12 U 136/13).

### Der Praxistipp!

Eine Honorarminderung kommt auch ohne eine Fristsetzung in Betracht, wenn vereinbarte Grundleistungen völlig unbrauchbar erbracht wurden und deren Nacherfüllung für den Auftraggeber nicht mehr von Interesse ist (OLG Karlsruhe, Urteil vom 15.01.2021 - 8 U 109/14). Das ist z.B. nach einem Urteil des BGH dann der Fall, wenn der Architekt kein Bautagebuch führt (BGH, Urteil vom 28.07.2011 - VII ZR 65/10). Denn ein Bautagebuch kann nachträglich nicht mehr zuverlässig erstellt werden. Anders wäre es, wenn eine vereinbarte Dokumentation nicht übergeben wird, aber nachträglich noch zusammengestellt werden kann.

RECHTSANWÄLTE

MUFFLER KITTLER KRIEGER  
HAHNE PartmbB

Goethestr. 25a  
80336 München  
Tel.: +49 89 5 50 89 45-0  
muenchen@mkkh-partner.de



## VORSICHT BEI VERBRAUCHERVERTRÄGEN!

### Worum geht es?

Ein privater Auftraggeber will seinen verwilderten Garten in Ordnung bringen lassen. Er ruft einen Gartenbauunternehmer an und bittet ihn zur Besichtigung auf das Grundstück. Dort beauftragt er den Unternehmer mit umfangreichen Gartenbauarbeiten. Die Vergütung wird vom Auftraggeber nicht bezahlt, obwohl die Arbeiten ordnungsgemäß ausgeführt wurden. Der Anwalt des Auftraggebers widerruft den Vertrag, der Unternehmer erhebt Klage.

### Die Entscheidung:

Das Landgericht Frankenthal weist die Klage mit Urteil vom 19.04.2025 - 8 O 214/24 mit folgender Begründung ab: Bei dem Vertrag zur Wiederherstellung des Gartens handele es sich um einen Bauvertrag. Der Auftraggeber habe seine auf den Abschluss des Vertrages gerichtete Willenserklärung wirksam widerrufen, denn der Vertrag sei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen worden (§ 312b Abs. 1 BGB). Dem Verbraucher stehe deshalb nach § 312g Abs. 1 BGB ein Widerrufsrecht gemäß § 255 BGB zu. Der Umstand, dass der Auftraggeber den Unternehmer auf sein Grundstück gebeten habe, spiele in diesem Zusammenhang keine Rolle. Die 14-tägige Widerrufsfrist beginne mit dem Abschluss des Vertrages. Unter lasse der Unternehmer die ordnungsgemäße Belehrung des Verbrauchers über sein Widerrufsrecht, laufe die Frist für den Widerruf jedoch erst nach Ablauf von einem Jahr und 14 Tagen nach Vertragsschluss ab. Weil der Widerruf fristgerecht erfolgt sei, stünde dem Auftragnehmer kein Vergütungsanspruch zu.

### Der Praxistipp!

Es ist nicht unsere erste Warnung an Auftragnehmer im Zusammenhang mit dem Abschluss von Bauverträgen mit Verbrauchern. Es gibt Fälle, in denen Verbraucher den Verbraucherschutz planmäßig ausnutzen. Das mag bei ordnungsgemäßer Leistungserbringung durch den Unternehmer moralisch verwerflich sein; die Erklärung des Widerrufs ist dennoch nicht rechtsmissbräuchlich. Und Achtung: Das gilt auch für Nachträge, die der Verbraucher auftraggeber auf der Baustelle erteilt. Deshalb sollte der Auftragnehmer zu jeder Zeit an die erforderliche Widerrufsbelehrung denken, denn an den Verzicht auf das Widerrufsrecht stellt das Gesetz in § 356 Abs. 4 Nr. 2 hohe Anforderungen.



Verbraucherwiderruf als Geschäftsmodell, wann kommt der gesetzliche Riegel?

RECHTSANWÄLTE

MUFFLER KITTLER KRIEGER  
HAHNE PartmbB

Goethestr. 25a  
80336 München  
Tel.: +49 89 5 50 89 45-0  
muenchen@mkkh-partner.de



## WAS IST EINE ANORDNUNG DES AUFRAGGEBERS?

### Worum geht es?

Bei jeder Abwicklung eines Bauvorhabens kommt es zu Änderungen der vereinbarten Leistungen. § 1 Abs. 3 und Abs. 4 VOB/B geben dem Auftraggeber das Recht zur Anordnung von Änderungen. Begründet der Auftragnehmer Ansprüche auf Mehrvergütung gemäß § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B mit kostenerhöhenden Auswirkungen einer Anordnung, kann sich in der rechtlichen Beurteilung von Ansprüchen die Frage ergeben, ob es sich tatsächlich um eine dem Auftraggeber zuzurechnende Anordnung handelt. Ein Auftraggeber hatte gegen einen von Auftragnehmer erstellten Bauablaufplan Bedenken geäußert, weil die Arbeiten vom Auftragnehmer nur in Tagschicht geplant waren. Der Auftragnehmer arbeitete daraufhin auch nachts und begehrte hierfür einen zusätzlichen Werklohnanspruch.



Lassen Sie sich nicht täuschen!

### Die Entscheidung:

Das OLG Düsseldorf sah im Urteil vom 27.03.2025 - 5 U 148/23 keine Rechtsgrundlage für eine Anordnung von Nachtarbeit. Die Mitteilung der Bedenken des Auftraggebers stelle keine Anordnung im Sinne von § 2 Abs. 5 VOB/B dar. Bei einer Anordnung handelt es sich um eine rechtsgeschäftliche Erklärung des Auftraggebers, mit der einseitig eine Änderung der Vertragspflichten des Auftragnehmers herbeigeführt werden soll. An einer solchen Erklärung fehle es.

### Der Praxistipp!

Äußert der Auftraggeber bloße Vorschläge, Wünsche oder Anregungen oder fordert er den Auftragnehmer zur Leistung auf, stellt dies keine Anordnung dar. Nichts anderes gilt im Regelfall für vom Auftraggeber angepasste Bauzeitenpläne, mit denen gestörte Bauabläufe wieder geordnet werden sollen. Nicht selten und mit zunehmender Tendenz werden hieraus von Auftragnehmern phantasievolle Nachträge kreiert. Das ist grundsätzlich zum Scheitern verurteilt. Ein Beispiel hierfür enthält unser letzter Newsletter Nr. 50 für den Fall eines Ingenieurbüros. Insofern sei Auftraggebern geraten, mit der Verwendung des Begriffs „Anordnung“ vorsichtig umzugehen. Auftragnehmer sollten in Zweifelsfällen eine frühzeitige Klärung mit dem Auftraggeber herbeiführen, um Enttäuschungen oder Fehlinvestitionen infolge einer vermeintlichen Anordnung zu vermeiden.