



## ARBEIT AUF ABRUF - § 12 TZBFG UND RECHTSFOLGEN

### Worum geht es?

Das Fehlen einer schriftlichen Arbeitszeitregelung kann zu unerwünschten Lohnkosten und bei geringfügig Beschäftigten zu deren Sozialversicherungspflicht führen. Fehlt bei einem Arbeitsverhältnis, in dem der Arbeitseinsatz auf Abruf zu erbringen ist, eine schriftliche Vereinbarung über eine bestimmte Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit, so gelten gemäß § 12 Abs. 1 TzBfG seit dem Jahr 2019 20 Wochenarbeitsstunden als vereinbart. Diese 20 Wochenstunden können auch bei fehlendem Abruf der Arbeitsleistung vergütungspflichtig sein. Die gesetzliche Regelung kann bereits bei Ansatz des gesetzlichen Mindestlohns zur Überschreitung der Entgelt-Geringfügigkeitsgrenze führen (450 € monatlich). Bei deren Überschreiten tritt regelmäßig die Sozialversicherungspflicht ein und damit die Pflicht des Arbeitgebers zur Abführung des gesetzlichen Gesamtsozialversicherungsbeitrages (Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteile). Vorstehende Grundsätze gelten unabhängig davon, ob mit dem Minijobber eine feste monatliche Vergütung vereinbart ist oder ein Stundenlohn.

### Die aktuelle Rechtslage im Beispiel:

Der Arbeitgeber hat die wöchentliche Arbeitszeit bei einem Minijobber nicht festgelegt. Es gilt eine Arbeitszeit von 20 Stunden je Woche als vereinbart. Legt man eine 20-Stunden-Woche und den gesetzlichen Mindestlohn von 9,50 Euro (ab 2020: 9,35 Euro) zugrunde, müssen pro Monat mindestens 823,33 Euro (2020: 810,33 Euro) vergütet werden. Die Geringfügigkeitsgrenze von 450,00 Euro wird überschritten. Es tritt grds. Sozialversicherungspflicht ein.



Spontaner Arbeitsabruf muss gut organisiert sein

### Der Praxistipp!

Bloße Stundenaufzeichnungen nach Mindestlohngesetz sind grds. nicht ausreichend, um eine vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit nachweisen zu können. Um eine schriftliche Vereinbarung hinsichtlich einer bestimmten wöchentlichen Arbeitszeit mit einem Minijobber nachweisen zu können, stehen verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten zur Wahl. Bei der Vereinbarung der wöchentlichen Arbeitszeit mit der Verpflichtung zur Arbeit auf Abruf kann die Arbeitszeit als Mindest- und Höchstarbeitszeit festgelegt werden. Ferner kann die Arbeitszeitregelung durch die Einrichtung eines Arbeitszeitkontos erweitert und flexibilisiert werden. Schließlich kommt zur Sicherung der Sozialversicherungsfreiheit eine Beschäftigung im Rahmen eines „kurzfristigen Minijobs“ (Saisonbeschäftigung) in Betracht. Die Details sind regelungsbedürftig.

RECHTSANWÄLTE

MUFFLER KITTLER KRIEGER  
HAHNE PartmbB

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



## VORSICHT BEIM ZUSATZ „I.A.“ AUF DEM ABNAHMEPROTOKOLL

### Worum geht es?

Ein Bauunternehmer wird mit Bauleistungen beauftragt, dabei wird eine förmliche Abnahme vereinbart. Im Rahmen der Abnahme wird das Abnahmeprotokoll von einem nicht bevollmächtigten Mitarbeiter der Auftraggeberin mit dem Zusatz „i.A.“ unterschrieben. Einen Monat nach erfolgter Abnahme übersendet der Geschäftsführer der Auftraggeberin ein zusätzlich von ihm unterzeichnete Abnahmeprotokoll mit dem Hinweis auf die fehlende Vertretungsbefugnis des ursprünglichen Unterzeichners. Darüber hinaus werden durch ihn handschriftliche Änderungen im Abnahmeprotokoll vorgenommen. In dem nachfolgenden Werklohnprozess wird über den Zeitpunkt der Abnahme, insbesondere über den Erklärungsgehalt des Zusatzes „i.A.“ auf dem Abnahmeprotokoll gestritten.



Wenn der Schein trügt ...

### Die Rechtslage:

Das OLG Celle, Urteil vom 19.09.2019 – 6 U 37/19, verneint den für eine wirksame Abnahme erforderlichen Bindungswillen. Diese Abkürzung steht im Schriftverkehr für „im Auftrag“ und wird dem Namen des Bevollmächtigten vorangestellt. Der nicht bevollmächtigte Mitarbeiter habe mit dem Zusatz „i.A.“ zum Ausdruck gebracht, dass er für den Inhalt des Abnahmeprotokolls keine Verantwortung übernehme. Durch den Zusatz „i.A.“ gebe der Unterzeichner zu erkennen, dass es sich nicht um eine eigene, sondern um eine fremde Erklärung handeln solle. Dies sei für den Bauunternehmer auch erkennbar gewesen, sodass die Abnahmewirkung nur insoweit eintrete, wie der Geschäftsführer der Auftraggeberin diese nachträglich bestätige. Anders sei dies in den Fällen, in denen Personen ein Abnahmeprotokoll unterzeichnen, die per se durch das Gesetz mit Vertretungsmacht ausgestattet sind.

### Der Praxistipp!

Für jeden Auftragnehmer bedeutet dies, dass er sorgfältig darauf achten muss, dass das Abnahmeprotokoll von einer vertretungsberechtigten Person unterzeichnet worden ist. Namentlich sind dies Prokuristen, Komplementäre sowie Geschäftsführer. Zweifel an der Vertretungsbefugnis der unterzeichnenden Person müssen durch eine Klärung mit dem Auftraggeber ausgeräumt werden.

Wenn der Schein trügt

RECHTSANWÄLTE

MUFFLER KITTLER KRIEGER  
HAHNE PartmbBGoethestr. 25a  
80336 München  
Tel.: +49 89 5 50 89 45-0  
muenchen@mkkh-partner.de

## KÜNDIGUNGSRECHT VOR ABNAHME WEGEN MÄNGELN AGB-FEST?

### Worum geht es?

Der Auftraggeber hatte den Auftragnehmer mit dem Umbau und der Erweiterung eines Lebensmittelmarktes beauftragt. Die VOB/B sollte ebenso wie Zusätzliche Vertragsbedingungen Bestandteil des Vertrages sein. In den zusätzlichen Vertragsbedingungen war nem Auftragswert von 10.000 € erklärt werden würde. Wegen Mängeln der Leistung des Auftragnehmers kündigte der Auftraggeber das Vertragsverhältnis vor der Fertigstellung der Arbeiten durch den Auftragnehmer. Der Auftragnehmer wandte ein, dass eine Kündigung vor der Abnahme nicht erklärt werden konnte, weil die VOB/B nicht als „Ganzes“ vereinbart worden sei. Trägt sein Einwand?



Kündigung mit Risiko

### Die Entscheidung:

Das OLG Koblenz bestätigt die Wirksamkeit der Kündigung mit Urteil vom 28.07.2020 - 4 U 1282/17. Es folgt zwar dem Argument des Auftragnehmers, dass die VOB/B wegen der Einschränkung der förmlichen Abnahmemöglichkeit nicht mehr als „Ganze“ vereinbart sei. Die VOB/B sehe vor, dass der Auftragnehmer bei jedem Auftragswert eine förmliche Abnahme verlangen könne. Da ein Eingriff in die VOB/B vorläge, könne jede einzelne Klausel einer Inhaltskontrolle unterzogen werden - auch die Klausel, die eine Kündigung vor der Abnahme bei mangelhaften Leistungen erlaubt (§ 4 Abs. 7 Satz 3, § 8 Abs. 3 VOB/B). Das OLG Koblenz erklärt die Klausel für wirksam. Das gesetzliche Leitbild des BGB sähe zwar einen Anspruch auf eine mangelfreie Leistung erst zum Zeitpunkt der Abnahme vor. Die Abweichung beeinträchtigt die Rechtsposition des Auftragnehmers allerdings nicht unzumutbar, weil vor der Kündigung eine angemessene Frist zur Mangelbeseitigung gesetzt werden müsse.

### Praxishinweis:

Soweit ersichtlich, ist das OLG Koblenz das erste, das mit dieser Entscheidung eine isolierte Inhaltskontrolle des § 4 Abs. 7 VOB/B durchführt. Die Entscheidung könnte auch für die Vertragsgestaltung von BGB-Verträgen beachtlich sein. Die fehlende Kündigungsmöglichkeit vor der Abnahme wird als ein wesentliches Defizit des neuen, gesetzlichen Werk- und Bauvertragsrechtes empfunden. Die Entscheidung wird jedoch mit guten Argumenten kritisiert. Es heißt daher, die Entwicklung im Auge zu behalten und nicht aus dem Blick zu verlieren, dass eine Kündigung wegen einer mangelhaften Leistung risikobehaftet bleibt, wenn die VOB/B nicht als „Ganze“ vereinbart ist.

RECHTSANWÄLTE

MUFFLER KITTLER KRIEGER  
HAHNE PartmbB

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



## POSITIVER SCHADENERSATZANSPRUCH BEI ZU UNRECHT AUFGEHOBENEM VERGABEVERFAHREN NUR NOCH BEI WILLKÜR

### Worum geht es?

Eine Kommune schreibt die Errichtung einer Flüchtlingsunterkunft nach VOB/A 2016, 1. Abschnitt, aus. Bieter A gibt das günstigste Angebot ab. Die Kommune hebt die Ausschreibung am 08.06.2016 wegen Wegfalls des Beschaffungsbedarfs auf. Am 29.09.2016 schreibt die Kommune ein Bauprojekt in derselben Lage und mit demselben Leistungsverzeichnis erneut aus. Ein anderer Bieter unterbietet jetzt den auch mitbietenden Bieter A und erhält den Zuschlag. Das OLG Karlsruhe verurteilt den AG zur Zahlung von entgangenem Gewinn und den Kosten der Angebotserstellung. Die Kommune geht in Revision.



Nase vorn und trotzdem verloren

### Die Entscheidung:

Der BGH - Urteil vom 08.12.2020 - XIII ZR 19/19 - hebt die Entscheidung des OLG Karlsruhe in einem wesentlichen Teil auf. Der BGH spricht dem Bieter A lediglich einen Schadensersatzanspruch zu, der auf die Erstattung des negativen Interesses (Angebotskosten) gerichtet ist. Die auf das positive Interesse (entgangener Gewinn) gerichtete Klage weist der BGH ab. Zwar habe in der Aufhebung des ersten Vergabeverfahrens eine vorvertragliche Pflichtverletzung gelegen, denn dem Bieter A hätte der Zuschlag erteilt werden müssen. Zusätzlich sei aber, so der BGH, erforderlich, dass der AG die Ausschreibung in der Absicht aufgehoben habe, den Auftrag an einen anderen als den Bestbieter vergeben zu können. Diese Absicht sei im vorliegenden Fall nicht erkennbar gewesen.

### Der Praxis-Tipp!

Nach Vorgabe dieses Urteil reicht es zukünftig für die Geltendmachung eines positiven Schadenersatzanspruches nicht mehr aus, dass dem Bieter der Zuschlag vergaberechtswidrig vorenthalten worden ist und die Vergabestelle nach einer Aufhebung an seiner Vergabeabsicht festhält. Hinzukommen muss die Absicht des AG, einen nicht zuschlagsberechtigten Bieter anstelle des Bestbieters beauftragen zu wollen. Solche inneren Beweggründe der Vergabestelle wird der übergangene Bieter nur in Ausnahmefällen beweisen können. Ein kleines Trostpflaster hat der BGH dadurch aufgelegt, dass der negative Schaden (Kosten der Kalkulation des Angebotes) nun vereinfacht dargetan werden kann.



## ZULÄSSIGKEIT EINER DOPPELTEN MIETERHÖHUNG



Modernisierung soll sich lohnen

### Worum geht es?

Eine Vermieterin hatte nach Durchführung der angekündigten Modernisierungsmaßnahmen zunächst die Anpassung der Miete an die ortsübliche Vergleichsmiete verlangt. Mit einer weiteren Mieterhöhungsverlangen, das der Mieterin rund ein Jahr später zuzuging, machte die Vermieterin eine Modernisierungsmieterhöhung nach § 559 Abs. 1 BGB geltend, wonach die Mieterin monatlich einen zusätzlichen Betrag in Höhe von 116,53 € zu zahlen hatte. Die Mieterin wandte ein, dass sie bereits auf Grundlage des modernisierten Zustands einer Mieterhöhung auf die ortsübliche Vergleichsmiete zugestimmt habe. Daraufhin reduzierte die Vermieterin die Mieterhöhung auf 79,21 €. Die zweite Mieterhöhung blieb streitig.

### Die Entscheidung

Der Bundesgerichtshof entschied mit Urteil vom 16.12.2020 - Az. VIII ZR 367/18 im Sinne der Vermieterin: Die erste Mieterhöhung verhindere nicht die Umlage der Modernisierungskosten. Dem Vermieter stehe es frei, im Anschluss an die Durchführung einer Modernisierungsmaßnahme zunächst auf die ortsübliche Vergleichsmiete zu erhöhen und später die Kosten der Modernisierung umzulegen. Diese Vorgehensweise stelle keine ungerechtfertigte mehrfache Berücksichtigung der Modernisierungskosten des Mieters dar, solange beide Mieterhöhungen zusammen nicht den Betrag übersteigen, die der Vermieter mit einer allein auf Umlage der Modernisierungskosten geschützten Mieterhöhung hätte fordern können. Das Verlangen der Vermieterin sei nicht zu beanstanden, da diese auf den begründeten Einwand der Mieterin ihre Modernisierungsmieterhöhung entsprechend gemindert habe.

### Der Praxistipp!

Mieterhöhungen sind häufig Gegenstand von Auseinandersetzungen zwischen Vermietern und Mietern. Vor allem bei Modernisierungsmieterhöhungen sind einige Formalia zu beachten, wie die rechtzeitige Ankündigung. Als Maßstab bei Mieterhöhungen dient grundsätzlich die ortsübliche Vergleichsmiete.