

reiserer || biesinger

# rb news

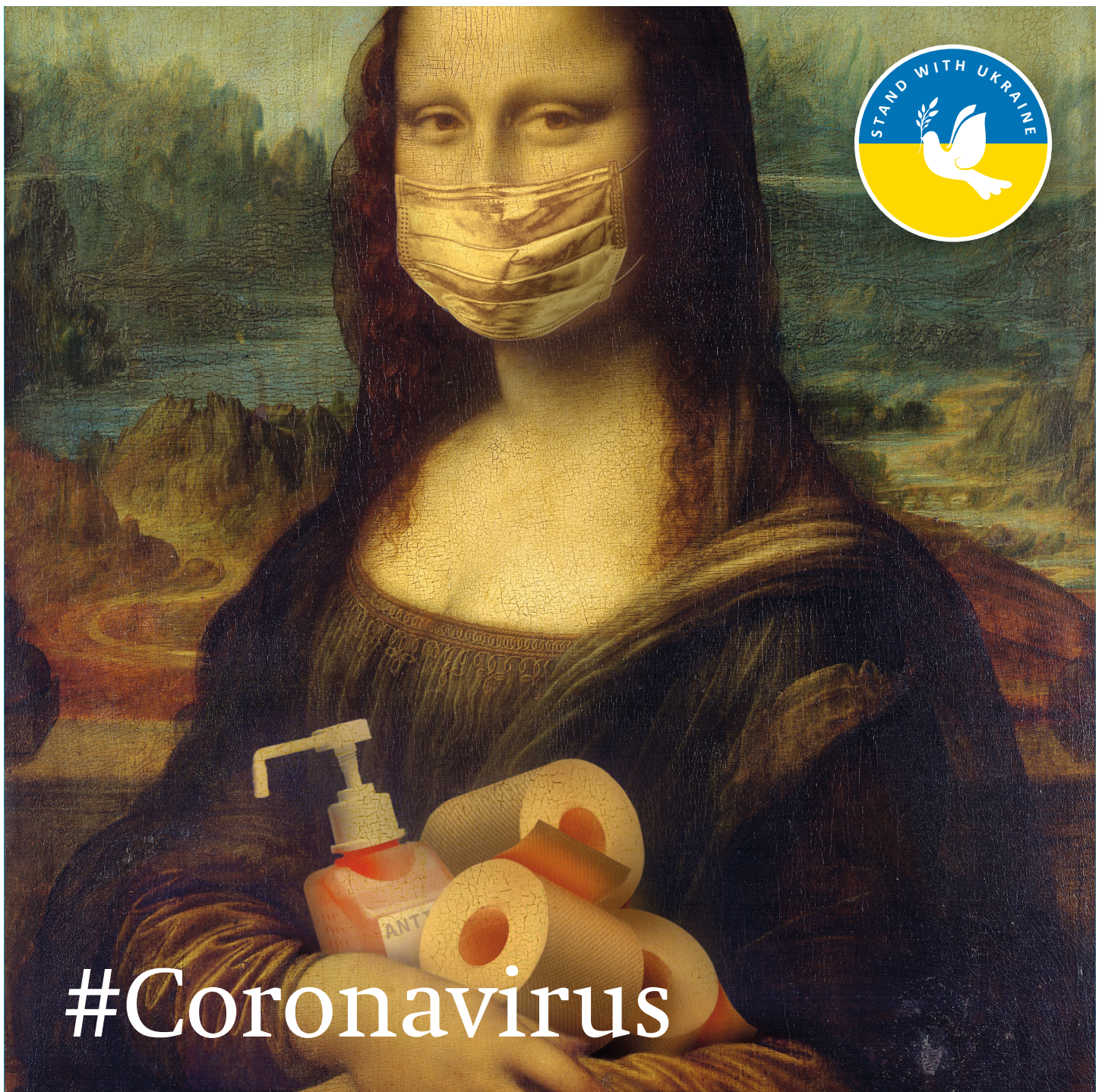
RB Reiserer Biesinger Rechtsanwaltskanzlei mbH  
N°1 – Ausgabe Frühling 2022  
[www.rb-heidelberg.com](http://www.rb-heidelberg.com)

## ARBEITSRECHT

Kein Anspruch auf Versetzung  
bei Maskenbefreiungstest

## WIRTSCHAFTSRECHT

Anpassung der Gewerbemiete während  
des Corona-Lockdowns möglich





## EDITORIAL

03 Krieg in Europa

## AKTUELLES

04 Sanktionierungen Russlands, Veranstaltungen, Veröffentlichungen, Seminare

## ARBEITSRECHT

- 09 Menschenverachtende Äußerungen bei WhatsApp sind als Beweismittel verwertbar, rechtfertigen aber keine Kündigung von Dr. Kerstin Reiserer
- 10 Kündigung nach Zugriff auf fremde E-Mail und Weitergabe an Dritte von Florian Christ
- 12 Anforderungen an eine Massenentlassungsanzeige von Florian Christ
- 13 Kein Anspruch auf Versetzung bei Maskenbefreiungsattest von Maximilian Lachmann und Laura Schmidt
- 14 Kündigung wegen alkoholbedingten Entzugs einer Fahrerlaubnis von Maximilian Lachmann und Laura Schmidt
- 16 Kurzarbeit Null verringert Urlaubsanspruch von Carina Stanske
- 17 Kündigung bei verweigertem Schnelltest von Mario Di Giorgio
- 18 Die Kündigungserklärungsfrist bei außerordentlicher Kündigung von Johanna Tormählen:
- 20 Nachgewährung von Urlaub bei gleichzeitiger Quarantäneanordnung? von Christa Hagen
- 21 Beschäftigungsanspruch nach unternehmerischer Entscheidung zur Umorganisation von Luisa Victoria Jeck
- 23 Nutzung privater Accounts bei LinkedIn und Xing – (K)ein Fall für die Abmahnung? von Maximilian Guthier
- 24 Lockdown und Betriebsrisiko: Kein Lohnanspruch bei Corona bedingter Betriebsschließung von Meike Leitz

## DAS BESTE AUS DEM NETZ

### DATENSCHUTZ, BETRIEBLICHE ALTERSVERSORGUNG, BAURECHT

- 28 Verarbeitung der Beschäftigtendaten in der Corona-Pandemie von Madelaine Isabelle Baade
- 30 Schadensersatzanspruch gemäß Art. 82 Abs. 1 DS-GVO erfasst auch Bagatellschäden von Madelaine Isabelle Baade
- 32 Absenkung der BBG RV West von Dr. Simone Evke de Groot
- 34 Ansprüche des Arbeitnehmers bei Bauzeitverzug Gastbeitrag von Bernhard Leisner

### WIRTSCHAFTSRECHT

- 36 Einstweiliger Rechtsschutz für Gesellschafter bei zwangsweiser Einziehung des Geschäftsanteils im Start-Up-Umfeld von Dr. Philipp Bollacher
- 40 Zum Recht auf Waffengleichheit im einstweiligen Rechtsschutz – die Anhörung des Gegners vor dem Erlass einstweiliger Verfügungen oder „Wenn Richter (Verfassungsrichter) provozieren“ von Christian Diener
- 42 Anpassung der Gewerbemiete während des Corona-Lockdowns möglich von Darja Malinovski
- 44 Diskriminierung nichtbinärer Personen beim Online-Shopping von Darja Malinovski
- 45 Onlinegründungen der GmbH und mehr – Digitalisierung des Gesellschaftsrechts durch das DiRUG von Till Kotterer
- 46 Sittenwidrige Schädigung durch vorsätzliche Insolvenzverschleppung von Anna Fischer

## DAS WICHTIGSTE ZUM SCHLUSS

- 48 Der Hundertjährige, der vor Gericht zog und verlor

## DIE AUTOREN

- 49 Erfahren Sie mehr über das RB Team und die Autoren dieser Ausgabe

## IMPRESSUM

Herausgeber: RB Reiserer Biesinger Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Eppelheimer Straße 8, 69115 Heidelberg

Fotos Team: Julian Beekmann, Lossen Foto GmbH | Fotos & Grafiken: [www.freepik.com](http://www.freepik.com), [www.pexels.com](http://www.pexels.com), [www.unsplash.com](http://www.unsplash.com)

Editorial Design: COBRAND

## Krieg in Europa

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir möchten dieses Medium nutzen, um uns zu den aktuellen – nach unseren Wertvorstellungen und Überzeugungen indiskutablen – aktuellen Geschehnissen zu äußern. Während der Westen nun eine politische Notsitzung nach der anderen einberuft und diverse im Kollektiv ausgesprochene Sanktionen gegen Russland und Russ\*innen verhängt werden, hat die deutsche Bundesaußenministerin Annalena Baerbock (Grüne) klargestellt: „Unsere ganze Solidarität gilt der Ukraine.“

Seit dem Beginn des von Russland gegen die Ukraine geführten Angriffskrieges hat sich das von Frieden geprägte Bewusstsein und Verständnis Europas neu definieren müssen und zugleich intensiviert. Dass sich der 23. Februar 2022 in die Geschichtsbücher einfügen wird, war uns allen dabei sofort bewusst, wenngleich die Realität für viele nach wie vor weder leicht zu begreifen noch in die richtigen Worte zu fassen ist. So drehen sich die Gedanken permanent um die in jeder Hinsicht fehlende Sinnhaftigkeit und Rechtfertigung eines solchen Krieges. Insbesondere die daraus resultierenden Schicksale lassen einen sprachlos zurück und machen vor allem eines: Unfassbar traurig.

Dies vorweggeschickt, begleiten uns die alltäglichen rechtlichen Probleme – mögen sie perspektivisch auch deutlich kleiner erscheinen – natürlich weiter. Insbesondere die Coronakrise und die mit ihr einhergehenden arbeits-, daten- und wirtschaftsrechtlichen Fragen sind weiterhin omnipräsent. Auch unsere aktuelle rb news beschäftigt sich deshalb schwerpunktmäßig mit diesem – inzwischen leider altbekannten Themenkreis.

Mit ganz herzlichen Grüßen aus Heidelberg



**DR. KERSTIN REISERER**

# Der Russisch-ukrainische-Krieg – Die Sanktionierungen Russlands im Überblick

von Rechtsanwalt Dr. Philipp Bollacher

Basierend auf dem Stand des 12. März 2022 soll dieser Beitrag einen Überblick über die aktuellen Sanktionierungen Russlands infolge des gegen die Ukraine geführten Angriffskrieges vermitteln:

## I. EU-SANKTIONEN

### 1. Stand güterbezogener Sanktionen der EU

Es gibt eine Reihe von Sanktionen – vor allen Dingen Liefer- und Ausführverbote für einzelne Güter und Waren.

#### a) Verordnung (EU) 2021/821 des Rates vom 20.05.2021

Zunächst gilt weiterhin die Verordnung (EU) 2021/821 des Rates vom 20. Mai 2021 („dual use-VO“). Sie ist die Neufassung der ursprünglichen Verordnung (EG) 428/2009 vom 5. Mai 2009. Danach sind Verkauf, Ausfuhr, Verbringung und Lieferung sog. „dual use Güter“ an jede natürliche oder juristische Person, Einrichtung oder Organisation Russlands verboten. „Dual use Güter“ sind Güter, die sowohl zivil, als auch militärisch genutzt werden können. Die konkret unterstellte Verwendungsweise der Güter ist dabei irrelevant, die bloße Möglichkeit militärischer Verwendung ist ausreichend. Die betroffenen Güter sind in Anlage I der Dual Use-VO aufgeführt.

#### b) Verordnung (EU) 833/2014 des Rates vom 31.07.2014

Die Verordnung Nr. 833/2014 sieht eine Genehmigungspflicht für die Ausfuhr, den Verkauf, die Lieferung oder die Verbringung für die im Anhang II der Verordnung aufgeführten Güter, die zum Einsatz in Russland bestimmt sind.

#### c) Verordnung (EU) Nr. 692/2014 vom 23.06.2014

Die Verordnung Nr. 692/2014 vom 23. Juni 2014 enthält hauptsächlich warenbezogene Verbote, Ausfuhr- und Dienstleistungsverbote, Finanzierungs-, Versicherungs- sowie Investitionsverbote.

#### d) Verordnung (EU) 2022/263 des Rates vom 23.02.2022

Die bisher gegen Russland geltenden Sanktionen wurden mit der Verordnung (EU) 2022/263 des Rates vom 23. Februar 2022 auf die Regionen Donezk und Luhansk erweitert.

#### e) Verordnung (EU) 2022/328 des Rates vom 25.02.2022

Die Verordnung (EU) 2022/328 des Rates vom 25. Februar 2022 erweitert und verschärft die Bestimmungen der Verordnung (EU) 833/2014 des Rates vom 31. Juli 2014 sowie der dual Use Verordnung, u.a. wie folgt:

- der unmittelbare oder mittelbare Verkauf, die Ausfuhr, Verbringung und Lieferung von in Anhang I der dual use-Verordnung gelisteten dual use-Güter wird insgesamt verboten. Anders als bisher kommt es damit also nicht mehr auf die konkrete (militärische oder zivile) Verwendung der Güter in Russland an. Ausnahmen gelten lediglich für bestimmte humanitäre Verwendungszwecke.
- Export für Güter und Technologien (mit oder ohne Ursprung in der Union), die zur militärischen und technologischen Stärkung Russlands oder zur Entwicklung des Verteidigungs- und Sicherheitssektors beitragen können, wird verboten. Betroffene Güter sind im neuen Anhang VII der Verordnung (EU) 833/2014 gelistet. Auch hier gelten Ausnahmen für bestimmte humanitäre Zwecke. Wie bei den dual use-Gütern können Unternehmen zudem unter den oben genannten Voraussetzungen Ausnahmegenehmigungen für die Erfüllung von Altverträgen beantragen.
- Export für bestimmte Anlagen für die Ölraffineration, die im neuen Anhang X der Verordnung (EU) 833/2014 gelistet sind, sowie für Güter und Technologien für die Verwendung in der Luft- und Raumfahrtindustrie (neuer Anhang XI), werden verboten.

#### f) Weitere Quellen

Aktuelle Hinweise finden sich u.a. auf der offiziellen Internetseite der BAFA unter [https://www.bafa.de/DE/Aussenwirtschaft/Ausfuhrkontrolle/Embargos/Russland/russland\\_node.html](https://www.bafa.de/DE/Aussenwirtschaft/Ausfuhrkontrolle/Embargos/Russland/russland_node.html)





## 2. Stand personenbezogener Sanktionen der EU

Es gibt zudem eine Reihe von Sanktionen gegen Einzelpersonen und damit letztlich ein Verbot von geschäftlichen Verbindungen mit einzelnen Personen und Organisationen:

### a) Verordnung (EU) 269/2014 vom 17.03.2014

- Beschränkungen hinsichtlich bestimmter Personen und Organisationen ergeben sich zunächst aus der Verordnung (EU) 269/2014 vom 17. März 2014.
- Den dort in Anhang I aufgeführten natürlichen Personen oder mit diesen in Verbindung stehenden natürlichen oder juristischen Personen, Einrichtungen oder Organisationen dürfen weder unmittelbar noch mittelbar Gelder oder wirtschaftliche Ressourcen zur Verfügung gestellt werden oder zugutekommen.
- Es ist verboten, wissentlich und vorsätzlich an Tätigkeiten teilzunehmen, mit denen die Umgehung der Maßnahmen bezweckt oder bewirkt wird.

### b) Erweiterungen

Aus den ursprünglich 21 in Anhang I aufgeführten Personen sind zum 09. März 2022 878 Personen und Einrichtungen geworden. Erweiterungen sind enthalten in den jeweiligen Anhängen zu

- der Verordnung (EU) 2022/236 vom 21.02.2022,
- der Verordnung (EU) 2022/260 vom 23.02.2022,
- der Verordnung (EU) 2022/261 vom 23.02.2022,
- der Verordnung (EU) 2022/332 vom 25.02.2022,
- der Verordnung (EU) 2022/336 vom 25.02.2022,
- der Verordnung (EU) 2022/353 vom 02.03.2022,
- der Verordnung (EU) 2022/396 vom 09.03.2022,
- der Beschluss (GASP) 2022/411 des Rates vom 10. März 2022.

### c) Weitere Quellen

<https://www.consilium.europa.eu/de/policies/sanctions/restrictive-measures-ukraine-crisis/history-ukraine-crisis/>



## II. KYC (KNOW YOUR CUSTOMER)-PROZESS

Die nachfolgenden Ausführungen sollen einen proaktiven Vorschlag darstellen, mittels dessen die notwendigen Informationen von russischen Geschäftspartnern etc. eingeholt werden können. Diese sollen sodann als Bewertungsgrundlage für die Fortsetzung/Aufrechterhaltung von Geschäftsbeziehungen dienen:

1. Es ist aufgrund der gegenwärtigen EU-Sanktionen verboten, wirtschaftliche Ressourcen an natürliche oder juristische Personen, Einrichtungen und Organisationen zur Verfügung zu stellen, die in Anhängen der EU-Sanktionsverordnungen aufgeführt sind. Dies gilt ausdrücklich auch für mittelbare Leistungen und dann, wenn die Ressourcen den genannten Personen (nur) zugutekommen. Auch mit den gelisteten Personen „in Verbindung stehende“ Personen sind von der EU-Sanktion erfasst. Geschäftsbeziehungen mit Unternehmen, die in Verbindung mit gelisteten Personen stehen, sind daher rechtlich derzeit untersagt.

2. Es ist deshalb unerlässlich, zu wissen, mit wem Geschäfte in den fragwürdigen Gebieten, also v.a. Russland, Belarus, Donezk und Luhansk getätigt werden. Dies gilt grundsätzlich für bestehende und für neue Geschäftsbeziehungen.

3. Zu empfehlen ist es, sämtliche Quellen auszuschöpfen, die zur Feststellung der Inhaber, Teilhaber oder sonst wirtschaftlich Berechtigten an einem Vertragspartner bestehen. Hier gibt es mehrere Datenbanken, bei denen regelmäßig eine kostenfreie Registrierung erforderlich, aber auch ausreichend ist, z.B. Dun & Bradstreet.

4. Zudem zu empfehlen ist die Anforderung einer Selbstauskunft des Geschäftspartners. Denn dieser kann die relevanten Informationen unschwer zusammentragen und offenlegen und Ihnen damit eine zutreffende Prüfung ermöglichen. Es kann, soweit vorhanden, die Selbstauskunft im Rahmen der Geldwäscheprävention verwendet werden – zu berücksichtigen ist allerdings, dass die EU-Sanktionen formal keine wirtschaftliche Berechtigung von 25% der Stimm- oder Teilhaberechte fordern, sondern nur ein „in Verbindung stehen“, was auch bei einer (mittelbaren) Beteiligung von weniger als 25% in Betracht kommt.





# #StandWithUkraine

**DAS DRK BITTET UM SPENDEN  
FÜR DIE BETROFFENE BEVÖLKERUNG**

**IBAN: DE63370205000005023307**

**BIC: BFSWDE33XXX**

**STICHWORT: NOTHILFE UKRAINE**

## VERANSTALTUNGEN

07.07.2022

### **RB-JAHRESTAGUNG ARBEITSRECHT IM EUROPÄISCHEN HOF, HEIDELBERG**

Anmeldung: via E-Mail an [info@rb-heidelberg.com](mailto:info@rb-heidelberg.com)

---

## VERÖFFENTLICHUNGEN

### **DR. KERSTIN REISERER + MADELAINE ISABELLE BAADE**

„Die Betriebsratsvergütung als Compliance-Risiko“,  
DStR 2022, 155

### **DR. KERSTIN REISERER**

„Keine Entschädigung für Ungeimpfte bei Quarantäne  
wegen Corona – Ein kleines Puzzleteilchen für  
Arbeitgeber im Kampf gegen die Pandemie“,  
BB 2021, 2945

### **DR. SIMONE EVKE DE GROOT**

„Achtung, drohende Sozialversicherungspflicht  
bei der Nettolohnoptimierung“,  
DStR 2022, 367

---

## SEMINARE (ONLINE & PRÄSENZ)

### **ARBEITGEBERHAFTUNG UND STRATEGIEN BEI LEISTUNGSKÜRZUNGEN DES EXTERNEN TRÄGERS**

8.4.2022, ONLINE SEMINAR

### **BAV BEI INSOLVENZ UND BETRIEBSÜBERGANG**

2.5.2022, ONLINE SEMINAR

### **ARBEITSRECHTLICHE FRAGESTELLUNGEN BEI DER UMGESTALTUNG DER BETRIEBSRENTE UND BEIM BETRIEBSÜBERGANG**

21.6. UND 22.6.2022, PRÄSENZVERANSTALTUNG IN HEIDELBERG

### **ARBEITSRECHTLICHE FRAGESTELLUNGEN BEI DER UMGESTALTUNG DER BETRIEBSRENTE UND BEIM BETRIEBSÜBERGANG**

17.10. UND 18.10.2022, PRÄSENZVERANSTALTUNG IN MANNHEIM



Weitere Informationen finden Sie unter  
[www.rb-heidelberg.com/seminare/](http://www.rb-heidelberg.com/seminare/)



# Menschenverachtende Äußerungen bei WhatsApp sind als Beweismittel verwertbar, rechtfertigen aber keine Kündigung

LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 19.07.2021 – 21 Sa 1291/20

von Rechtsanwältin Dr. Kerstin Reiserer

Das LAG Berlin-Brandenburg hat sich mit der Frage befasst, ob eine verhaltensbedingte Kündigung auf menschenverachtende Äußerungen gestützt werden kann, die ein Mitarbeiter in einer vertraulichen WhatsApp-Chatgruppe getätigt hat.

## SACHVERHALT

Der Entscheidung des LAG lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Bei dem beklagten Arbeitgeber handelte es sich um einen gemeinnützigen Verein, dessen Zweck u.a. die Hilfe für politisch, rassistisch oder religiös Verfolgte sowie für Geflüchtete und Vertriebene war. Der Kläger war bei dem Beklagten als technischer Leiter angestellt. Im Zuge der Kündigung eines anderen Beschäftigten erhielt der Beklagte Kenntnis über eine private WhatsApp-Chatgruppe, zu deren Mitgliedern auch der Kläger zählte, und auf die er mit seinem privaten Handy zugriff. In dieser WhatsApp-Chatgruppe äußerte sich der Kläger in menschenverachtender und herabwürdigender Weise über Geflüchtete sowie ehrenamtliche Helfer. Aufgrund dieser WhatsApp-Chats erklärte der Beklagte die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger. Hiergegen richtete sich die Kündigungsschutzklage des Klägers, in welcher er u.a. der Verwertung der WhatsApp-Chatprotokolle mit der Begründung widersprach, dass seine Äußerungen in dem Chat grundrechtlichem Schutz unterfielen, da sie von vornherein privat und darauf angelegt gewesen seien, dass ihr Inhalt nicht nach außen dringen sollte.

## DIE ENTSCHEIDUNG DES LAG

Das LAG folgte der Argumentation des Klägers nicht und hielt die Verwertung der Chatprotokolle als Beweismittel für zulässig. Die Verwertung der Chatprotokolle verletze nicht das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Klägers. Denn als Grundrecht bestehe das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht schrankenlos. Vielmehr finde es seine Grenze in den Rechten Dritter, soweit diese das Persönlichkeitsrecht des Klägers überwiegen. Das LAG nahm diesbezüglich an, dass das Recht des Beklagten, in einem Kündigungsschutzprozess seinen rechtlichen Standpunkt unter Rückgriff auf die Chatprotokolle als Beweismittel zu verteidigen das allgemeine Persönlichkeitsrecht des

Klägers überwiege, und zwar insbesondere auch deshalb, weil sich die Inhalte der WhatsApp-Chats nicht etwa auf den höchstpersönlichen Lebensbereich bezogen hätten, sondern weil es sich im Wesentlichen um Inhalte mit Bezug zur Arbeit des Klägers gehandelt habe. Die Einführung der Chatprotokolle in das gerichtliche Verfahren verstoße auch nicht gegen die DSGVO. Zwar habe der Beklagte durch die Einführung der Chatprotokolle als Beweismittel eine Verarbeitung personenbezogener Daten vorgenommen. Diese Verarbeitung sei dem Beklagten gemäß Art. 9 Abs. 2 b) und f) DSGVO zur Geltendmachung seines rechtlichen Standpunktes aber gestattet.

Gleichwohl hielt das LAG die Kündigung für unwirksam. Beruhe eine verhaltensbedingte Kündigung auf durch den Mitarbeiter getätigten Äußerungen, seien bei der Frage nach der Wirksamkeit der Kündigung auch die Umstände zu berücksichtigen, unter denen die Äußerungen gefallen sind. Vor diesem Hintergrund würden Äußerungen in vertraulichen Gesprächen unter Arbeitskollegen – wozu auch die WhatsApp-Chats des Klägers gehören würden – eine Kündigung nicht ohne weitere hinzutretende Umstände rechtfertigen. Der Kläger habe hier darauf vertrauen dürfen, dass seine Äußerungen nicht nach außen dringen würden. Insofern habe er nicht damit rechnen müssen, dass seine Äußerungen den Betriebsfrieden stören und das Vertrauensverhältnis zum Arbeitgeber belasten würden.

Unbeschadet dessen gab das LAG dem hilfsweise gestellten Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 Kündigungsschutzgesetz statt. Dem Beklagten als gemeinnützigem, auf die Unterstützung von Geflüchteten ausgerichteten Verein sei die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger unzumutbar. Da seine in der WhatsApp-Gruppe getätigten Äußerungen zwischenzeitlich öffentlich bekannt geworden waren, sei davon auszugehen, dass es zu einer nicht hinnehmbaren Beeinträchtigung der Vereinsarbeit komme, wenn der Beklagte den Kläger trotz seiner menschenverachtenden Äußerungen über Geflüchtete weiterbeschäftigen müsse.

**FAZIT**

Möchten Arbeitgeber eine Kündigung auf unangemessene Äußerungen – wie etwa Beleidigungen oder menschenverachtende Aussagen – stützen, die ein Mitarbeiter in einer privaten Chatgruppe getätigt hat, können diese Chats nach der Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg grundsätzlich als Beweismittel im Kündigungsschutzprozess eingeführt werden. Für Arbeitgeber folgt aus der Entscheidung des LAG – in Übereinstimmung mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung des BAG – allerdings, dass eine Kündigung wegen solcher unangemessenen Äußerungen grundsätzlich ausscheidet, wenn diese in einem vertraulichen Umfeld (zum Beispiel in einer Chatgruppe oder bei einem privaten

Gespräch) getätigt wurden. Gleichwohl bietet sich regelmäßig eine einzelfallbezogene Prüfung an, welche (anderen) Möglichkeiten zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehen, so wie beispielsweise in dem hier entschiedenen Fall ein Auflösungsantrag nach § 9 Kündigungsschutzgesetz.

**DR. KERSTIN REISERER**

Rechtsanwältin

Fachanwältin für Arbeitsrecht

## Kündigung nach Zugriff auf fremde E-Mail und Weitergabe an Dritte

LAG Köln, Urteil vom 02.11.2021 – 4 Sa 290/21

von Rechtsanwalt Florian Christ

Liest eine Arbeitnehmerin, die im Rahmen ihrer Buchhaltungsaufgaben Zugriff auf den PC und das E-Mail-Konto ihres Arbeitgebers hat, unbefugt eine an ihren Vorgesetzten gerichtete E-Mail und fertigt von dem Anhang einer offensichtlich privaten E-Mail eine Kopie an, die sie an eine dritte Person weitergibt, so rechtfertigt dies eine fristlose Kündigung.

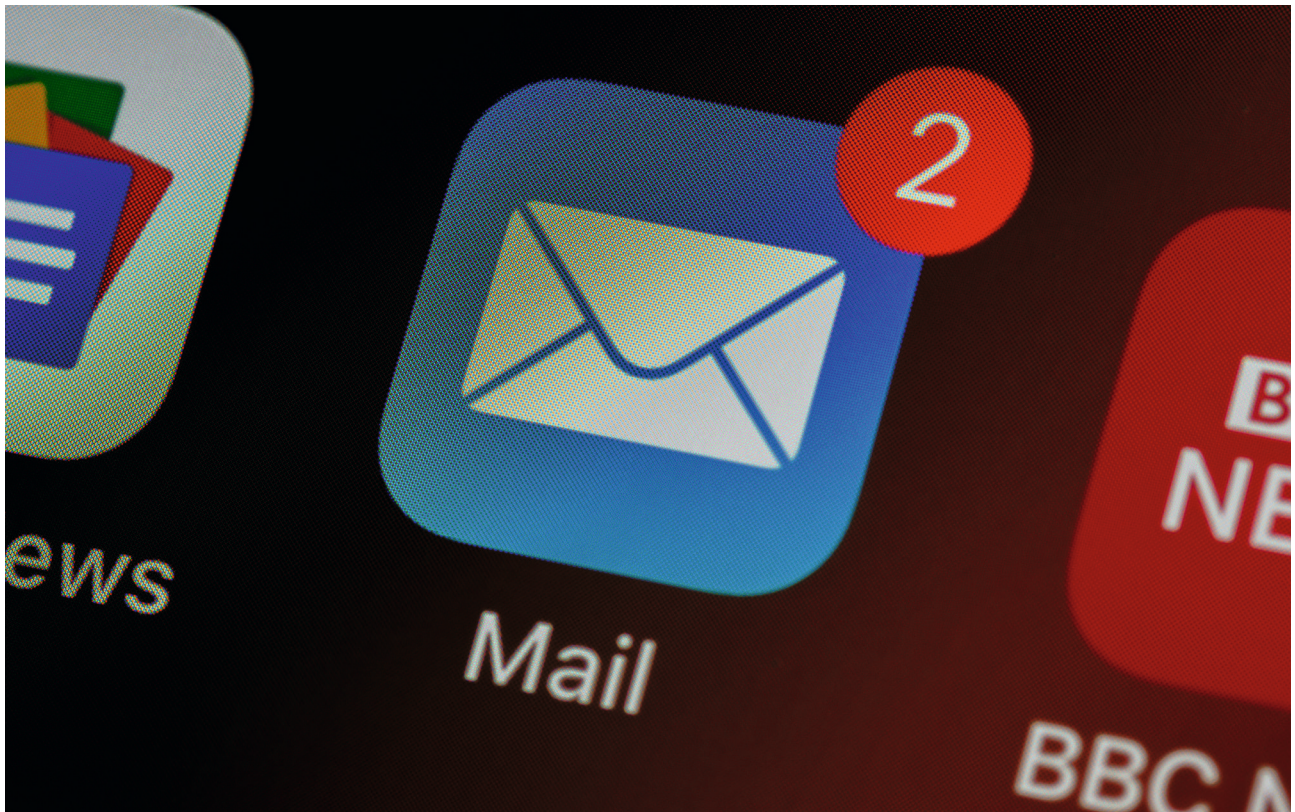
**SACHVERHALT**

Die Klägerin war beim beklagten Arbeitgeber – einer evangelischen Kirchengemeinde – seit 1997 in der Verwaltung beschäftigt und unter anderem für die Buchhaltung verantwortlich. Zu diesem Zweck hatte sie Zugriff auf das E-Mailkonto der Kirchengemeinde. Mitte November 2019 fand sie im Postfach eine vom Vorgesetzten an den Pfarrer adressierte E-Mail, die diesen auf ein Ermittlungsverfahren gegen ihn aufgrund des Verdachts von sexuellen Übergriffen gegenüber eine im Kirchenasyl lebende Frau aufmerksam machte. Obwohl diese E-Mail offensichtlich nicht an die Klägerin adressiert war und nicht im Zusammenhang mit ihrem Aufgabengebiet stand, las sie sich die E-Mail durch und druckte diese aus. Zudem fand sie im

Anhang einer weiteren E-Mail einen entsprechend gekennzeichneten Chatverlauf zwischen dem Pfarrer und der sich im Kirchenasyl befindlichen Frau, welchen sie auf einen USB-Stick abspeicherte und eine Woche später an ein ehrenamtliches weibliches Mitglied der Gemeinde weiterleitete. Zur Begründung führte die Klägerin aus, dass sie eine starke moralische Verpflichtung gefühlt habe zu helfen und dass die Weitergabe des Inhalts der E-Mails zur Beweissicherung und zum Schutz der sich im Kirchenasyl lebenden Frau notwendig war, zumal diese bereits einen Suizidversuch unternommen hatte. Nachdem die Vorgänge der Kirchengemeinde bekannt wurden, kündigte diese mit Schreiben vom 24.09.20 das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund fristlos.

Die Klägerin zog mit ihrer Kündigungsschutzklage vor das ArbG Aachen (Urt. v. 22.4.2021 – 8 Ca 3432/20) und hatte erstinstanzlich Erfolg. Zwar sah das ArbG Aachen einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB als grundsätzlich gegeben an, verneinte aber auf der zweiten Stufe die Verhältnismäßigkeit dieser. Dabei ist im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB in einer





Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen. Dabei berücksichtigte das erkennende Gericht zugunsten der Klägerin, dass das langjährige Arbeitsverhältnis insoweit unbelastet gewesen ist und ihre Handlungen im Kern zu billigen Ziele verfolgten.

#### DIE ENTSCHEIDUNG DES LAG

Gegen diese Entscheidung legte die Kirchengemeinde erfolgreich Berufung vor dem LAG Köln ein. Die erkennende 4. Kammer kam in der Einzelfallabwägung auf der zweiten Stufe zu dem Ergebnis, dass die vorliegende Kündigung verhältnismäßig war. Dies insbesondere, weil die Klägerin durch das Ausdrucken und der Weitergabe eines für sie erkennbar nicht bestimmten Inhalts gegen arbeitsvertragliche Schutz- und Rücksichtnahmepflichten sowie das allgemeine Persönlichkeitsrecht der betreffenden Personen verstoßen hat. Zudem kommt eine rechtswidrige Datenverarbeitung. Diese wiegen insbesondere auch deswegen schwer, weil die Klägerin, die von ihr vorgetragenen Ziele, damit habe nicht erreichen können und ihr innerkirchliche Apparate zur Aufarbeitung zur Verfügung gestanden hätten. Das Gesamtverhalten der Klägerin wiege so schwer, dass auch nur die Hinnahme einer einmaligen Pflichtverletzung der Gemeinde nicht zumutbar sei. Insofern sieht das LAG auch eine Wie-

derholungsgefahr für gegeben, da die Klägerin laut eigenem Vortrag aufgrund ihrer staatsbürgerlichen Pflichten handelte. Eine erneut ähnliche Drucksituation für die Klägerin, die zur Missachtung der eben genannten Pflichten führt, konnte insofern nicht ausgeschlossen werden.

#### FAZIT

Die Entscheidung des LAG Köln verdeutlicht, dass datenschutzrechtliche Verfehlungen von Arbeitnehmern keine Kavaliersdelikte sind. Dabei kann auch nach einem langjährigen und insoweit unbelasteten Arbeitsverhältnis eine fristlose Kündigung als Ultima Ratio verhältnis- und damit rechtmäßig sein. Dies gilt insbesondere dort, wo der Arbeitnehmer objektiv erkennbar seine arbeitsvertraglich zugewiesenen Rechte und Pflichten überschreitet und dabei die zur Verfügung stehenden Apparate zur Aufarbeitung ungenutzt lässt.



**FLORIAN CHRIST**  
Rechtsanwalt

# Anforderungen an eine Massenentlassungsanzeige

BAG, Beschluss vom 27. Januar 2022 – 6 AZR 155/21 (A)

von Rechtsanwalt Florian Christ

Der sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts hat den Gerichtshof der Europäischen Union im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens im Zusammenhang mit der Frage angerufen, welche Sanktion ein Verstoß gegen § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG nach sich zieht.

## SACHVERHALT

Der Beklagte ist Insolvenzverwalter in dem am 1. Oktober 2019 über das Vermögen der Insolvenzschriftnerin eröffneten Insolvenzverfahren. Der Kläger war seit 1981 bei der Insolvenzschriftnerin beschäftigt. Am 17. Januar 2020 wurde die vollständige Einstellung des Geschäftsbetriebs der Insolvenzschriftnerin zum 30. April 2020 beschlossen. In diesem Zusammenhang war die Entlassung aller zuletzt noch 195 beschäftigten Arbeitnehmer beabsichtigt. Aufgrund des Stilllegungsbeschlusses fanden mit dem bei der Insolvenzschriftnerin bestehenden Betriebsrat Verhandlungen über den Abschluss eines Interessenausgleichs sowie eines Sozialplans statt. In Verbindung mit dem Interessenausgleichsverfahren wurde auch das im Falle einer Massenentlassung erforderliche Konsultationsverfahren gemäß § 17 Abs. 2 KSchG durchgeführt. Entgegen § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG, der Art. 2 Abs. 3 Unterabs. 2 der Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen (MERL)\*\*\* in nationales Recht umsetzt, wurde jedoch der zuständigen Agentur für Arbeit keine Abschrift der das Konsultationsverfahren einleitenden und an den Betriebsrat gerichteten Mitteilung gemäß § 17 Abs. 2 KSchG übermittelt. Mit Schreiben vom 23. Januar 2020 wurde eine Massenentlassungsanzeige erstattet, deren Eingang die Agentur für Arbeit am 27. Januar 2020 bestätigte. Am 28. Januar 2020 erhielt der Kläger die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses zum 30. April 2020. Noch für den 28./29. Januar 2020 beraumte die Agentur für Arbeit Beratungsgespräche für 153 Arbeitnehmer der Insolvenzschriftnerin an.

Mit seiner Klage hat der Kläger die Unwirksamkeit der Kündigung vom 28. Januar 2020 geltend gemacht. Die unterlassene Übermittlung der an den Betriebsrat gerichteten Mitteilung gemäß § 17 Abs. 2 KSchG an die Agentur für Arbeit verstoße gegen § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG, Art. 2 Abs. 3 Unterabs. 2 der MERL. Diese enthielten nicht

nur eine sanktionslose Nebenpflicht, sondern stellten eine Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung dar. Die Übermittlungspflicht solle sicherstellen, dass die Agentur für Arbeit so früh wie möglich Kenntnis von den bevorstehenden Entlassungen erhalte, um ihre Vermittlungsbemühungen darauf einstellen zu können. Sie habe von daher arbeitnehmerschützenden Charakter. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen.

## RÜCKFRAGEN AN DEN EUROPÄISCHEN GERICHTSHOF

Der sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts hat mit Beschluss den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 AEUV ersucht, die Frage zu beantworten, welchem Zweck die Übermittlungspflicht nach Art. 2 Abs. 3 Unterabs. 2 der MERL dient. Hiervon hängt nach Auffassung des Senats ab, ob § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG, der unionsrechtskonform in gleicher Weise wie Art. 2 Abs. 3 Unterabs. 2 der MERL auszulegen ist, ebenso wie andere, den Arbeitnehmerschutz – zumindest auch – bezweckende Vorschriften im Massenentlassungsverfahren als Verbotsgesetz gemäß § 134 BGB anzusehen ist. In diesem Fall wäre die Kündigung unwirksam.

## PRAXISHINWEIS

Im Zuge größerer Personalabbaumaßnahmen stellt das Verfahren zur Massenentlassungsanzeige eine wichtige und riskante Zusatzaufgabe für die arbeitsrechtliche Begleitung dar. Mit Spannung darf daher die anstehende Entscheidung des EuGH erwartet werden, wie umfangreich die Vorbereitungen einer formal hinreichenden Massenentlassungsanzeige noch werden, die ohnehin schon im Zuge von Kündigungsvorbereitungen und Sozialplanverhandlungen eine herausfordernde Zusatzaufgabe darstellen.



**FLORIAN CHRIST**  
Rechtsanwalt



# Kein Anspruch auf Versetzung bei Maskenbefreiungsattest

LAG Hamburg, Urteil vom 13.10.2021 – 7 Sa 23/21

von Rechtsanwalt Maximilian Lachmann und Laura Schmidt

## SACHVERHALT

Der Kläger ist ausgebildeter Bankkaufmann und nimmt im Zuge dessen Aufgaben eines Finanzberaters wahr. Hauptbestandteil seiner Tätigkeit ist die persönliche Beratung von Kunden. Daneben erfolgt eine solche auch als „Direktberatung“ durch Mitarbeiter der Verwaltungszentrale via Telefon, E-Mail und Video. Bis zum 19. Oktober 2020 waren im Zuge der Corona-Schutzmaßnahmen die Verwendung von Plexiglas-Schutzwänden und, bei Verlassen des Arbeitsplatzes, die eines so genannten Face-Shields ausreichend. Am 19. Oktober 2020 wurde der nun klagende Arbeitnehmer dann allerdings dazu aufgefordert, anstelle des Face-Shields eine Mund-Nasen-Bedeckung zu tragen. Unter Hinweis auf gesundheitliche Gründe verweigerte der Kläger dies und wurde daraufhin angewiesen, die Filiale zu verlassen und ein entsprechendes Attest vorzulegen. Nach Übergabe des Attests an die Betriebsärztin der Beklagten teilte diese am 28. Oktober 2020 schriftlich mit, dass der Kläger zum aktuellen Zeitpunkt nicht in der Lage sei, eine Mund-Nasen-Bedeckung, wenn auch nur für kurze Strecken, zu tragen. Eine vom Kläger am 26. Oktober 2020 angeregte Beschäftigung in einer Filiale in unmittelbarer Nähe zu seinem Wohnort, bei der er keinerlei Kollegen- oder Kundenkontakt hätte, scheiterte nach Aussage der Beklagten daran, dass keine Arbeitsplätze zur Verfügung stünden, bei denen auf das Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung verzichtet werden könne. Mangels Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung wurde die Gehaltszahlung an den Kläger zum November 2020 eingestellt. Der Kläger begehrte mit seiner Klage Zahlung der Vergütung seit November 2020.



## ENTSCHEIDUNG DES ARBEITSGERICHTS HAMBURG

Das Arbeitsgericht ist in seiner Entscheidung zu dem Ergebnis gelangt, dass die Beklagte das Angebot des Klägers hätte annehmen müssen und infolgedessen trotz fehlender Arbeitsleistung zur Fortzahlung der Vergütung verpflichtet sei. Sofern der Arbeitnehmer ein Angebot zur Weiterarbeit unter veränderten Umständen abgebe und der Arbeitgeber dieses nicht annehme, gerate er in Verzug. Darüber hinaus: Ist die Arbeitstätigkeit im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschrieben, obliegt die genauere Bestimmung unter Rücksicht auf Behinderungen der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber (§ 106 GewO). Erst nach Ausübung des Direktionsrechts entstehe die zu bewirkende Arbeitsleistung im Sinne von § 294 BGB. Folge des Verzugs sei, dass die vereinbarte Vergütung trotz fehlender Arbeitsleistung gezahlt werden müsse. Etwas anderes gelte nur dann, wenn die Annahme der angebotenen Leistung unmöglich oder unzumutbar ist. Die Beweislast liege in diesem Fall beim Arbeitgeber. Ein lediglich erhöhter finanzieller und organisatorischer Aufwand führe jedoch nicht zur tatsächlichen Unmöglichkeit, eine etwaige Unzumutbarkeit müsse vielmehr ausreichend dargelegt werden.

## ENTSCHEIDUNG DES LANDESARBEITSGERICHTS HAMBURG

Entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts liegen die Voraussetzungen des Annahmeverzugs nach Auffassung des LAG Hamburg nicht vor. Der Arbeitgeber ist nämlich mangels Vorliegens eines ordnungsgemäßen Angebots zur Weiterarbeit nicht in Verzug geraten. Vielmehr wurde das Direktionsrecht letztmalig im Oktober 2020 durch die Anordnung zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung ordnungsgemäß ausgeübt. Diese Ausübung ist auch rechtmäßig gewesen, insbesondere war es dem Arbeitnehmer – u.a. im Hinblick auf die geltenden Corona-Schutzmaßnahmen sowie die mit dem Tragen bzw. Nicht-Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung einhergehenden gesundheitlichen Risiken – zumutbar, den Weisungen nachzukommen. Kann ein Arbeitnehmer die von ihm geforderte Tätigkeit aus in seiner Person liegenden Gründen nicht ausüben, so kann dies nach Auffassung des

LAG also nur dann in den Risikobereich des Arbeitgebers fallen, wenn die zugewiesene Tätigkeit bis dato unbestimmt gewesen und infolge der Konkretisierung unzumutbar geworden ist. Andernfalls wäre es dem Arbeitnehmer möglich, die Arbeitsleistung selbst zu konkretisieren.

erbringenden Leistung sowie daraus bei Nichtbeachtung folgenden Konsequenzen aufgestellt. Arbeitgebern muss daher geraten werden, ihr Weisungsrecht – selbstverständlich im Rahmen des Möglichen sowie rechtlich Zulässigen – auszuüben.

---

### FAZIT

Das LAG Hamburg hat sich mit seiner zustimmungsbedürftigen Entscheidung derjenigen des LAG Köln vom 12. April 2021 (Az. 2 SaGa 1/21) angeschlossen und klare Regelungen für die Bestimmtheit einer vom Arbeitnehmer zu



### MAXIMILIAN LACHMANN

Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

## Kündigung wegen alkoholbedingten Entzugs einer Fahrerlaubnis

LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 06.09.2021 – 1 Sa 299/20  
von Rechtsanwalt Maximilian Lachmann und Laura Schmidt



Auch der Entzug einer Fahrerlaubnis kann, wenn für die Ausübung der geschuldeten Tätigkeit zwingend erforderlich, einen Kündigungsgrund darstellen.

### SACHVERHALT

Der Kläger ist Key-Account-Manager bei einem Chemieunternehmen. Als solcher berät er Kunden vor Ort und soll mit diesen einen engen Kontakt aufbauen und pflegen. Bereits in der Stellenausschreibung wurden „Flexibilität/Hohe Reisebereitschaft (gültiger Führerschein unbedingt erforderlich)“ gefordert. Diese Besuche erfolgten mit einem von der Arbeitgeberin zur Verfügung gestellten Dienstwagen. In der „International Company Car Policy“ wurde dabei ausdrücklich auf das Verbot von Fahren unter Alkoholeinfluss hingewiesen. Am 13. Oktober 2019 verursachte der

Kläger einen Verkehrsunfall, zu dessen Zeitpunkt er einen Blutalkoholwert von 1,8 Promille aufwies. Noch bevor ein Strafbefehl gegen den Kläger erging und ihm die Fahrerlaubnis unter einer Sperrfrist von 12 Monaten entzogen wurde, bot er der Beklagten an, auf eigene Kosten einen Fahrer anzustellen. Mit Schreiben vom 21. Oktober 2019 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos und hilfsweise ordentlich. Hiergegen erhob der Kläger Kündigungsschutzklage und mit Urteil vom 2. September 2020 stellte das Arbeitsgericht Ludwigshafen fest, dass weder die außerordentliche noch die ordentliche Kündigung bestand hat und eine Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens zu erfolgen hat. Hiergegen richtete sich die vor dem LAG Rheinland-Pfalz eingelegte Berufung.

## ALLGEMEINES ZUR KÜNDIGUNG

Die Regelungen bezüglich Kündigungen finden sich in den §§ 620 ff. BGB. Es wird zwischen einer ordentlichen und einer außerordentlichen (fristlosen) Kündigung aus wichtigem Grund unterschieden. Bei einer ordentlichen Kündigung müssen die in § 622 BGB genannten Fristen eingehalten werden. Die Kündigungsgründe lassen sich hier in verhaltensbedingt, personenbedingt und betriebsbedingt untergliedern. Sofern das Kündigungsschutzgesetz zur Anwendung kommt, wird in einem nächsten Schritt geprüft, ob die Kündigung sozial gerechtfertigt ist.

- Verhaltensbedingt: Das (steuerbare) Verhalten des Arbeitnehmers muss grundsätzlich geeignet sein, eine Kündigung herbei zu führen und es darf kein milderes Mittel, wie beispielsweise eine Abmahnung, in Frage kommen.
- Personenbedingt: Anders als bei der verhaltensbedingten Kündigung liegt hier ein nicht-steuerbarer Grund, wie beispielsweise Krankheit, vor. Einer Abmahnung bedarf es daher nicht. Eine Abgrenzung zur verhaltensbedingten Kündigung kann im Einzelfall schwierig sein.
- Betriebsbedingt: Hier stammt der Grund für die Kündigung aus der Sphäre des Arbeitgebers. Grund muss eine dringende betriebliche Entscheidung sein, die unvermeidbar zur Kündigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer aufgrund des Wegfalls ihres Arbeitsplatzes führt. Sodann muss überprüft werden, ob eine ordnungsgemäße Sozialauswahl (Alter, Betriebszugehörigkeit, usw.) durchgeführt worden ist.

Bei einer außerordentlichen Kündigung bedarf es hingegen eines wichtigen Grundes. Ein solcher liegt vor, wenn unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragspartner die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist. Es muss außerdem eine zweiwöchige Frist ab Kenntnis des wichtigen Grundes beachtet werden.

## URTEIL DES LANDESARBEITSGERICHTS RHEINLAND-PFALZ

Auch das LAG ist der Ansicht, die außerordentliche Kündigung habe das Arbeitsverhältnis mangels Vorliegens eines wichtigen Grundes nicht aufgelöst. Grundsätzlich bestehe zwar die Möglichkeit, die Entziehung der Fahrerlaubnis als wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung (aus personenbedingten Gründen) zu qualifizieren. Das sei etwa der Fall, wenn das Führen eines Kraftfahrzeugs die alleinige oder wesentliche Verpflichtung aus dem Arbeitsvertrag darstelle. In anderen Fällen käme es darauf an, ob die Haupttätigkeit ohne Firmenfahrzeug ausgeführt werden könne.

Allerdings folgte das LAG nicht dem Vortrag der Beklagten, dass eine Verwendung der ÖPNV nicht möglich sei. Insbesondere würden die Reisezeiten nicht notwendigerweise arbeitszeitlich relevante Arbeitszeiten darstellen. Darüber hinaus sei nicht dargelegt worden, dass eine anderweitige (vorübergehende) Weiterbeschäftigung des Klägers unmöglich oder unzumutbar wäre. Auch die Möglichkeit der Beschäftigung eines Fahrers durch den Kläger sei weder aus rechtlichen Gründen ausgeschlossen noch unzumutbar und stelle somit ein milderes Mittel im Vergleich zur Beendigungskündigung dar. Allerdings sei das Führen eines Dienstwagens unter Alkoholeinfluss auch außerhalb der Arbeitszeit eine Verletzung arbeitsvertraglicher (Neben-)Pflichten und könnte damit Grund für eine außerordentliche Kündigung sein. Einer solchen Kündigung muss jedoch in aller Regel eine Abmahnung als milderes Mittel voran gehen. Hierauf kann nur verzichtet werden, wenn ex ante erkennbar ist, dass eine Abmahnung zu keiner Verhaltensänderung führen wird oder die Pflichtverletzung so schwerwiegend ist, dass bereits deren erstmalige Hinnahme erkennbar ausgeschlossen ist.

Bei Abwägung aller Umstände ist das Gericht hier zu dem Ergebnis gekommen, dass die Pflichtverletzung hingenommen werden müsse, was zu dem Erfordernis einer Abmahnung führe. An einer solchen fehlt es hier. Eine ordentliche Kündigung kommt deshalb nicht in Betracht, weil sie nicht sozial gerechtfertigt ist.

## FAZIT

Ein Arbeitnehmer kann seine Freizeit grundsätzlich nach seinen Wünschen gestalten. Auch Alkoholkonsum ist insoweit unbedenklich, als dass er sich nicht auf die Arbeitsleistung auswirkt. Das kann jedoch dann der Fall sein, wenn das Führen eines KFZ eine wesentliche Verpflichtung aus dem Arbeitsverhältnis darstellt und aufgrund des Alkoholkonsums eine Entziehung der Fahrerlaubnis erfolgt ist. Sofern kein milderes Mittel ersichtlich ist, kann hierin grundsätzlich ein Kündigungsgrund gesehen werden.



**MAXIMILIAN LACHMANN**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

# Kurzarbeit Null verringert Urlaubsanspruch

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 30. November 2021 – 9 AZR 225/21 und 9 AZR 234/21

von Rechtsanwältin Carina Stanske

Durch die Corona-Pandemie wurde in vielen Betrieben Kurzarbeit eingeführt und wird teilweise immer noch praktiziert. Die Voraussetzungen zur Beantragung von Kurzarbeit wurden während der Pandemie gelockert und die maximale Bezugsdauer erhöht. Mit der großflächig eingeführten Kurzarbeit kam und kommt es jedoch auch zu mehr rechtlichen Fragen. So hatte das Bundesarbeitsgericht darüber zu entscheiden, ob der Urlaubsanspruch einer Arbeitnehmerin gekürzt werden durfte, wenn es Monate gibt, in welchen sie aufgrund der Kurzarbeit gar nicht arbeitete.

## SACHVERHALT

Die klagende Arbeitnehmerin ist als Verkaufshilfe mit Backtätigkeiten beschäftigt. Sie arbeitet wöchentlich drei Tage. Bei einer Sechstageswoche hätte ihr nach dem Arbeitsvertrag ein jährlicher Erholungsurlaub von 28 Werktagen zugestanden. Ihr anteiliger jährlicher Urlaubsanspruch betrug aufgrund ihrer Teilzeitanstellung 14 Arbeitstage. Infolge des Arbeitsausfalls durch die Corona-Pandemie führte ihr Arbeitgeber Kurzarbeit ein. Hierfür traf die Arbeitnehmerin mit ihrem Arbeitgeber Kurzarbeitsvereinbarungen. Diese waren insbesondere die Grundlage für eine vollständige Befreiung der Arbeitnehmerin von der Arbeitspflicht in den Monaten April, Mai und Oktober 2020. In den Monaten November und Dezember arbeitete sie zudem lediglich an fünf Tagen.

Der Arbeitgeber berechnete aufgrund der Kurzarbeit den Urlaubsanspruch der Arbeitnehmerin für das Jahr 2020 neu und bezifferte diesen auf 11,5 Arbeitstage. Die Arbeitnehmerin war hiermit jedoch nicht einverstanden und klagte daher gegen ihren Arbeitgeber. Sowohl das Arbeitsgericht Essen (Urteil vom 06.10.2020 – 1 Ca 2155/20) als auch das Landesarbeitsgericht Düsseldorf (Urteil vom 12. März 2021 – 6 Sa 824/20) wiesen die Klage ab.

## ENTSCHEIDUNG DES BAG

Auch das Bundesarbeitsgericht bestätigte, dass der Arbeitgeber zur Kürzung des Urlaubsanspruches berechtigt war. Denn Arbeitstage, welche aufgrund einzelvertraglich vereinbarter Kurzarbeit ausgefallen sind, seien weder nach nationalem noch nach Unionsrecht Zeiten mit Arbeitspflicht gleichzustellen.

Ebenso verhält es sich nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts, wenn die Kurzarbeit durch eine Betriebsvereinbarung eingeführt worden sei. Diesbezüglich hatte ein Dreher aus dem Schwarzwald geklagt, dem der Jahresurlaub wegen Kurzarbeit Null von 30 auf 23 Tage gekürzt worden war. Hiermit wurde ebenfalls die Rechtsprechung der Vorinstanz (Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 3. Mai 2021 – 9 Sa 1/21) bestätigt.

## FAZIT

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts kam nicht überraschend, da der Europäische Gerichtshof bereits zuvor eine Kürzung von Urlaubsansprüchen für Zeiten duldet, in welchen der Arbeitnehmer tatsächlich nicht arbeitete. Auch war in der Literatur die Zulässigkeit einer Kürzung weitestgehend anerkannt. Der Deutsche Gewerkschaftsbund vertrat jedoch vehement die gegenteilige Ansicht und sah bei einer konjunkturbedingten Kurzarbeit, wie sie in der Pandemie erfolgt und erfolgte, keine Kürzungsmöglichkeit des Jahresurlaubes. Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ist mithin zu begrüßen, da sie eine Regelungslücke schließt und somit in der Praxis für mehr Rechtssicherheit sorgt. Allerdings ist zu beachten, dass eine Reduzierung der Urlaubstage nur dann möglich ist, wenn die Kurzarbeit rechtlich wirksam eingeführt wurde.



**CARINA STANSKE**  
Rechtsanwältin



# Kündigung bei verweigertem Schnelltest

Arbeitsgericht Hamburg, Urteil vom 24.11.2021 – 27 Ca 208/21  
von Rechtsanwalt Mario Di Giorgio

Vor Einführung der Regelungen zu „3G am Arbeitsplatz“ ab dem 24. November 2021 hatte das Arbeitsgericht Hamburg sich mit folgendem Sachverhalt auseinanderzusetzen: Die Parteien stritten über die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses durch Ausspruch einer ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung der Beklagten wegen der Verweigerung des Klägers, vor dem Hintergrund der Corona-Pandemie bereitgestellte Schnelltests durchzuführen. Der Kläger war als angestellter Fahrer arbeitsvertraglich verpflichtet, die Vorgaben des sogenannten Fahrer-Handbuchs der Beklagten zu befolgen. Diese sah zum Zeitpunkt Juni 2021 unter anderem vor, dass die Beklagte bei den Beschäftigten zwei Mal in der Woche Coronatests durchführen wird. Der Kläger lehnte es indes in jeglicher Form ab, die bereitgestellten Corona-Schnelltest durchzuführen; sei es vor Ort oder zu Hause durch Selbsttests. In der Folge wurde er zunächst für einen Tag unbezahlt freigestellt. Am Folgetag erschien er erneut zur Arbeit; ein weiteres Mal lehnte er es ab, den angebotenen Test vor Ort durchzuführen bzw. die bereitgestellten Testkits zur Durchführung nach Hause mitzunehmen. Er wurde erneut unbezahlt freigestellt. Am nächsten Tag wiederholte sich das Geschehen. Die Beklagte erteilte dem Kläger sodann ein Hausverbot, verwies ihn vom Betriebsgelände und kündigte das Arbeitsverhältnis ordentlich und fristgemäß.

## ENTSCHEIDUNG DES ARBEITSGERICHTS HAMBURG

Hiergegen wehrte sich der Kläger mit der Kündigungsschutzklage und hatte vor dem Arbeitsgericht Hamburg Erfolg. Das Gericht hielt die Kündigung als verhaltensbedingte Kündigung nicht für sozial gerechtfertigt.

Zwar war die Anordnung der Beklagten rechtmäßig, die bereitgestellten Corona-Schnelltests durchzuführen und der Kläger hat entsprechend durch die Ablehnung an drei aufeinanderfolgenden Tagen schuldhaft gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen. Nach Auffassung der Kammer wäre allerdings vor Ausspruch einer Kündi-

gung der Ausspruch einer Abmahnung als milderer Mittel geeignet und ausreichend gewesen, künftige Vertragstreue zu bewirken.

Ordentliche und außerordentliche verhaltensbedingte Kündigungen setzen regelmäßig eine vergebliche Abmahnung mit entsprechender Warnfunktion voraus, die zudem der Objektivierung einer negativen Prognose dient. Im konkreten Fall sah das Gericht eine Abmahnung nicht als von vornherein entbehrlich an, da nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden konnte, dass der Kläger für den Fall der Androhung von Konsequenzen für den Bestand seines Arbeitsverhältnisses seine Verweigerungshaltung überdacht und die bereitgestellten Corona-Schnelltests zukünftig durchgeführt hätte. Entbehrlich ist eine Abmahnung nur dann, wenn im Einzelfall besondere Umstände vorgelegen haben, aufgrund derer eine Abmahnung als nicht erfolgsversprechend angesehen werden durfte. Das ist besonders dann anzunehmen wenn erkennbar ist, dass der Arbeitnehmer gar nicht gewillt ist sich vertragsgerecht zu verhalten. Kannte der Arbeitnehmer die Vertragswidrigkeit seines Verhaltens, setzt er aber trotzdem hartnäckig und uneinsichtig seine Pflichtverletzungen fort, dann läuft die Warnfunktion der Abmahnung leer.

Zwar hat der Kläger sich wiederholt geweigert, die bereitgestellten Schnelltests durchzuführen. Dabei ging er im vorliegenden Fall nach Ansicht der Kammer jedoch davon aus, dass dieses Verhalten rechtmäßig war. Darüber hinaus hatte der Kläger sich im Rahmen des hiesigen Sachverhalts dazu bereiterklärt, einen anderen Schnelltest (Spuck- bzw. Gurgeltest) durchzuführen. Vor diesem Hintergrund gelangte die Kammer zu der Auffassung, dass gerade unter Berücksichtigung einer zu diesem Zeitpunkt unklaren Rechtslage zur Testpflicht von Arbeitnehmern und jedenfalls einer (im Juni 2021 noch) fehlenden gesetzlichen Verpflichtung, nicht davon ausgegangen werden könne, dass dem Kläger bewusst war, dass er seinen Arbeitsplatz aufs

Spiel setzte, noch dass er die Vertragswidrigkeit seines Verhaltens kannte. Ausgehend hiervon hätte dem Kläger vor Ausspruch einer Kündigung durch eine Abmahnung noch einmal deutlich die Gefahr für den Bestand seines Arbeitsverhältnisses vor Augen geführt werden müssen, sollte dieser die Durchführung eines Schnelltests weiterhin verweigern.

### FAZIT

Durch den Ausspruch einer Abmahnung soll dem Arbeitnehmer die Möglichkeit eingeräumt werden, sein vertragswidriges Verhalten zu ändern. Das kann denkbare Weise nur dann erreicht werden, wenn er um die Vertragswidrigkeit seines Verhaltens weiß. Während hiervon im Juni 2021 mangels gesetzlicher Verpflichtung möglicherweise noch nicht ausgegangen werden konnte, so gelten doch seit dem 24. November 2021 die Regelungen zu 3G am Arbeitsplatz,

die in § 28 b IfSG ihren Niederschlag gefunden haben. Sofern dies zeitlich möglich und trotz des Fehlverhaltens betrieblich vertretbar und wirtschaftlich verschmerzbar ist, sollte für eine rechtssichere Kündigung zwar bestenfalls nach wie vor eine schriftliche Abmahnung ausgesprochen werden, wenn der Arbeitnehmer die ordnungsgemäße Coronatestung verweigert. Aufgrund der Normierung der Testpflicht ist jedoch anzunehmen, dass nunmehr auch ohne Abmahnung eine wirksame Kündigung durch den Arbeitgeber ausgesprochen werden kann, wenn die Tätigkeit nicht aus dem Homeoffice heraus erbracht werden kann.



**MARIO DI GIORGIO**

Rechtsanwalt

## Die Kündigungserklärungsfrist bei außerordentlicher Kündigung

LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 03.11.2021 – 10 Sa 7/21

von Rechtsanwältin Johanna Tormälen

Bei Abschluss eines Arbeitsvertrages besteht sowohl auf Arbeitnehmer- als auch auf Arbeitgeberseite die Hoffnung auf eine gedeihliche und möglichst langfristige Zusammenarbeit. Etwa im Falle schwerwiegender Vertragsverstöße durch den Arbeitnehmer erwächst jedoch bei dem Arbeitgeber schnell der Wunsch nach einem raschen Ende der Zusammenarbeit durch Ausspruch einer außerordentlichen – mithin fristlosen – Kündigung. Aus Arbeitgebersicht gilt es sodann mitunter die zweiwöchige Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB zu beachten. Problematisch ist hierbei regelmäßig die Frage, wann eben diese Frist zu laufen beginnt.

Der Gesetzeswortlaut spricht von dem Zeitpunkt, in welchem Kenntnis „von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen“ erlangt wird, wobei es auf die Kenntnis des Kün-

digungsberechtigten ankommt. Was genau jedoch der Zeitpunkt der Kenntniserlangung ist, ist nicht selten umstritten und beschäftigt daher regelmäßig die Arbeitsgerichte. So auch im Rahmen des Urteils des LAG Baden-Württemberg vom 03. November 2021.

### SACHVERHALT

Die Parteien des Rechtsstreits stritten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung des tariflich unkündbaren Klägers. Der Kläger war einer von mehreren Mitarbeitern, gegen die in den Jahren 2018/2019 eine umfangreiche Compliance Untersuchung durchgeführt wurde. Geleitet wurde diese Untersuchung von dem Leiter des „Compliance und Legal Departement“. Zudem wurde eine externe Kanzlei mit der Untersuchung der Vorfälle beauftragt. Im Juni 2019 begannen sowohl die Compliance Ab-

teilung als auch die beauftragte Kanzlei, je ein Gutachten zu den Vorfällen zu erstellen. Beide Berichte wurden sodann am 16. September 2019 der Geschäftsführung der Beklagten vorgelegt. Sodann wurde am 27. September 2019 gegenüber dem Kläger die fristlose Kündigung ausgesprochen. Der Kläger erhob daraufhin Kündigungsschutzklage. Das Arbeitsgericht gab der Klage statt. Das Landesarbeitsgericht hat die seitens der Beklagten erhobene Berufung zurückgewiesen.

## ENTSCHEIDUNG DES LAG BADEN-WÜRTTEMBERG

Die Urteilsgründe des LAG stützen sich maßgeblich darauf, dass die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB abgelaufen und die Kündigung daher unwirksam sei. Das LAG Baden-Württemberg führt hierzu aus, dass es zwar auf die konkrete Kenntnis des Kündigungsberechtigten ankomme. Dieser müsse sich jedoch die Kenntnis einer nicht kündigungsberechtigten Person im Unternehmen zurechnen lassen, wenn dieser eine nicht unbedeutende Position inne habe. In vorliegendem Fall müsse sich daher die Geschäftsführung der Beklagten die Kenntnis des Leiters der Compliance Abteilung zurechnen lassen. Dieser habe spätestens bei Erstellung des Gutachtens im Juni 2019 vollständige Kenntnis von den die Kündigung begründenden Tatsachen gehabt. Die Geschäftsführung habe sich diesbezüglich bei dem Leiter der Compliance-Abteilung erkundigen müssen. Da die Untersuchungen vollständig aus der Hand gegeben wurden, müsse die Geschäftsführung sich ein Organisationsverschulden vorwerfen lassen.

Eine weitere Kernaussage des Urteils liegt darin, dass der Lauf der Kündigungserklärungsfrist für jeden Mitarbeiter gesondert zu betrachten ist. Für die Kündigungserklärungsfrist im Hinblick auf den Kläger könne es keine Rolle spielen, dass die Compliance Ermittlungen gegenüber wei-

teren Mitarbeitern noch nicht abgeschlossen waren. Für die Kündigungserklärungsfrist sei jeweils der betroffene Arbeitnehmer gesondert zu betrachten. Sobald im Hinblick auf diese hinreichende Kenntnis von den die Kündigung begründenden Tatsachen vorliege – entweder bei dem Kündigungsberechtigten selbst oder er sich eine entsprechende Kenntnis zurechnen lassen muss – werde der Lauf der Frist des § 626 Abs. 2 BGB in Gang gesetzt.

## FAZIT

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass bei der Ermittlung der Kündigungserklärungsfrist stets besondere Vorsicht geboten ist. Vor dem Hintergrund des im Arbeitsrecht stets geltenden Grundgedankens des Arbeitnehmerschutzes zeigt auch das hier besprochene Urteil, dass die Arbeitsgerichte bei der Prüfung der Frist des § 626 Abs. 2 BGB einen strengen Maßstab ansetzen. Steht der Ausspruch einer fristlosen Kündigung im Raum, ist daher stets für jeden Arbeitnehmer gesondert darauf zu achten, ab welchem Zeitpunkt die der Kündigung zugrundeliegenden Tatsachen auch aus Sicht der Geschäftsführung feststehen. Durch eine Auslagerung der Untersuchungen auf nicht kündigungsberechtigte Mitarbeiter kann der Fristlauf nicht gehindert werden. Vielmehr besteht eine Verpflichtung, sich über den Fortgang der Ermittlungen unterrichtet zu halten und sodann gegebenenfalls unmittelbar die Kündigung auszusprechen.



**JOHANNA TORMÄHLEN**  
Rechtsanwältin



# Nachgewährung von Urlaub bei gleichzeitiger Quarantäneanordnung?

LAG Köln, Urteil vom 13.12.2021 – 2 Sa 488/21

von Rechtsanwältin Christa Hagen

Nachdem das BAG erst mit Urteil vom 30.11.2021 entschieden hat, dass Urlaubskürzungen während Kurzarbeit „Null“ zulässig sind, hatte sich das LAG Köln nun mit einem ähnlich gelagerten Fall zu beschäftigen: Was passiert, wenn der Arbeitnehmer während seines Urlaubs in Quarantäne muss, weil er sich mit dem Coronavirus infiziert hat – bekommt er dann seine bereits gewährten Urlaubstage „zurück“?



## SACHVERHALT

Die Klägerin ist seit dem April 2013 bei der Beklagten beschäftigt. Sie hat einen vertraglichen Anspruch in Höhe von 30 Urlaubstagen jährlich. Der Arbeitgeber gewährte der Klägerin in der Zeit vom 30.11. bis 12.12.2020 Erholungsurlaub. Am 27.11.2020 musste sich die Klägerin jedoch aufgrund behördlich angeordneter Quarantäneanordnung in häusliche Isolierung begeben, da sie in direktem Kontakt mit ihrem Corona-Virus infizierten Kind stand. Nach den eigenen Angaben der Klägerin lag ab dem 01.12.2020 auch bei ihr ein positives Corona-Testergebnis vor, Symptome waren jedoch nicht feststellbar. Eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erhielt sie nicht. Die Quarantäneanordnung endete mit dem 07.12.2020. Im Anschluss daran setzte die Klägerin ihren verbleibenden Urlaub fort. Sie vertritt nun die Ansicht, dass für die Zeit vom 01.12.2020 bis einschließlich 07.12.2020 fünf Urlaubstage ihrem Urlaubskonto gutgeschrieben werden und von ihrem Arbeitgeber nachgewährt werden müssten. Ein solcher Anspruch stehe ihr bereits aus § 9 BUrlG zu. Der Arbeitgeber sah dies jedoch anders und verweigerte eine Nachgewährung von Urlaub, da die Arbeitnehmerin keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorgelegt hatte.

## ENTSCHEIDUNG DES LAG KÖLN

Das Landesarbeitsgericht Köln gab in seinem Urteil am 13.12.2021 dem Arbeitgeber Recht. Es stellt ausdrücklich fest, dass eine Quarantäneanordnung nicht (automatisch) mit einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung gleichzusetzen ist. Die Klägerin sei zwar durch den Nachweis ihrer Infektion als erkrankt anzusehen, jedoch führt nicht jede Krankheit gleichzeitig zur Arbeitsunfähigkeit. Ein Anspruch aus § 9 BUrlG auf Nachgewährung des Urlaubs besteht jedoch nur, wenn während des Urlaubs in Folge einer Erkrankung eine Arbeitsunfähigkeit vorliegt und diese sowie deren Dauer durch ärztliches Attest nachgewiesen ist. Eine Infektion mit dem Coronavirus muss hingegen nicht zwangsläufig eine Arbeitsunfähigkeit nach sich ziehen. Gerade bei symptomlosen Verläufen bleibe ein infizierter Arbeitnehmer grundsätzlich arbeitsfähig. Eine körperliche Beeinträchtigung liegt in einem solchen Fall nicht vor, sodass der Klägerin ihre Arbeitsleistung faktisch möglich aber rechtlich verboten war. Insbesondere komme einer „bloß“ behördlichen Quarantäneanordnung dabei nicht derselbe Wert zu, wie einem ärztlichen Zeugnis über die Arbeitsunfähigkeit. Damit folgt das LAG Köln der bisherigen Rechtsprechung, wonach der Tatbestand des § 9 BUrlG eng auszulegen und nicht auf andere Sachverhalte auszudehnen ist. Insbesondere die individuelle Nutzbarkeit des Urlaubs sei kein Kriterium für eine Nachgewährung.

---

## FAZIT

Wird der gewährte Urlaub durch die Anordnung einer Quarantäne beeinträchtigt, besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Neugewährung des beeinträchtigten Urlaubs. Das Risiko einer behördlich angeordneten Quarantäne während des Erholungsurlaubs fällt in den Risikobereich der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Dies gilt sowohl für den Fall der Kontaktquarantäne als auch für den Fall einer symptomlosen Erkrankung. Etwas anderes gilt nur, wenn die Quarantäneanordnung wegen einer Infektion mit dem Coronavirus erfolgt und die daraus resultierende Arbeitsunfähigkeit im konkreten Fall durch ein ärztliches



Attest bescheinigt wird. Nicht ausreichend ist hingegen ein positiver Test und die korrespondierende Quarantäneanordnung ohne ärztlich festgestellte Arbeitsunfähigkeit. Der Arbeitgeber muss in einem solchen Fall den beeinträchtigten Urlaub somit nicht nachgewähren.



**CHRISTA HAGEN**  
Rechtsanwältin

#### PRAXISTIPP

Im Falle einer Quarantäneanordnung ist stets zu prüfen, ob der betroffene Arbeitnehmer infiziert ist oder nicht. Liegt keine Infektion vor, besteht mangels Erkrankung auch kein Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 3 EFZG. Ist der Arbeitnehmer infiziert, ist genauer zu prüfen, worauf die Arbeitsunfähigkeit beruht. Ist der Arbeitnehmer aufgrund seiner Infektion arbeitsunfähig, muss er dies zwingend durch ein ärztliches Attest nachweisen. Beruht die Arbeitsunfähigkeit jedoch – etwa bei einem milden oder symptomlosen Verlauf – nur auf der Quarantäneanordnung und nicht auf einer Erkrankung, besteht kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung.

## Beschäftigungsanspruch nach unternehmerischer Entscheidung zur Umorganisation

BAG, Urteil vom 15.6.2021 – 9 AZR 217/20

von Rechtsanwältin Luisa Victoria Jeck

Ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis gekündigt wurde, hat im Fall einer erfolgreichen Kündigungsschutzklage keinen Anspruch gegen den Arbeitgeber, wonach dieser seine Organisationsentscheidung, die zum Wegfall des bisherigen Arbeitsplatzes geführt hat, rückgängig machen muss. Dies entschied jüngst das BAG.

#### SACHVERHALT

Die Klägerin war bei der Beklagten als Assistentin der Geschäftsleitung tätig. Nach einem Wechsel der Geschäftsführung im Jahr 2016 verteilte die Beklagte die Aufgaben der Klägerin organisatorisch intern und extern neu und kündigte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin betriebsbedingt. Dabei berief sich die Beklagte auf den Wegfall des Arbeitsplatzes der Klägerin. Während des Kündigungsverfahrens beschäftigte die Beklagte die Klägerin zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung als Verkaufssachbearbeiterin an einem anderen Standort. Die Kündigungsschutzklage der Klägerin hatte Erfolg. Die Beklagte beschäftigte sie jedoch weiterhin als Verkaufssachbearbeiterin am anderen Standort. Hiergegen wandte sich die Klägerin und

forderte außergerichtlich die Beklagte auf, sie wieder an ihrem bisherigen Arbeitsplatz in H mit ihren bisherigen Aufgaben zu beschäftigen. Dies lehnte die Beklagte ab. Mit der daraufhin erhobenen zweiten Klage macht die Klägerin die Beschäftigung am bisherigen Standort mit den bisherigen Aufgaben geltend.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Die Revision der Klägerin bleibt ebenfalls ohne Erfolg.

#### DIE ENTSCHEIDUNG DES BAG

Das BAG stellt in seiner Entscheidung zunächst klar, dass die Klägerin als Arbeitnehmerin zwar grundsätzlich einen Anspruch auf vertragsgemäße tatsächliche Beschäftigung aus §§ 611a, 613 BGB i.V.m. § 242 BGB habe, sich aus diesem jedoch keine Beschäftigungsgarantie ergebe. Der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers sei nur mit Begrenzungen anzuerkennen, denn er setze voraus, dass das Interesse des Arbeitnehmers an seiner Beschäftigung das des Arbeitgebers an seiner Nichtbeschäftigung über-



wiegt. Nach Ansicht des BAG ist also stets eine Interessenabwägung erforderlich, in die alle Umstände des Einzelfalls einzubeziehen sind. Bestehen danach keine überwiegenden schutzwürdigen Interessen des Arbeitgebers, kann der Arbeitnehmer grundsätzlich eine vertragsgemäße Beschäftigung verlangen. Stehen hingegen überwiegende schutzwürdige Interessen der Beschäftigung entgegen, ist der Arbeitgeber nicht zur Beschäftigung des Arbeitnehmers verpflichtet.

Der Beschäftigungsanspruch könne daher ausgeschlossen sein, wenn eine Beschäftigung z.B. wegen Auftragsmangels oder eben einer Umorganisation, die auf einer rechtmäßigen unternehmerischen Entscheidung beruht, nicht mehr möglich ist. Der Arbeitgeber ist nach Ansicht des BAG zum einen nicht verpflichtet, für den von der Organisationsmaßnahme betroffenen Arbeitnehmer einen zusätzlichen Arbeitsplatz einzurichten. Zum anderen könne vom Arbeitgeber weder verlangt werden, auf die beschlossene Organisationsmaßnahme zu verzichten, wenn diese rechtlich nicht zu beanstanden ist, noch kann er gezwungen werden, seine Organisationsentscheidung mit dem Ziel zu „modifizieren“, eine Beschäftigungsmöglichkeit zu erhalten. Die unternehmerische Entscheidung sei dabei gerichtlich nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung oder ihre Zweckmäßigkeit zu überprüfen, sondern nur daraufhin, ob sie offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist. Auch sei dem Arbeitgeber nicht vorzuschreiben, welche und wie viele Arbeitsplätze er in seinem Betrieb vorzuhalten hat.

In dem vom BAG zu entscheidenden Fall wäre die Beschäftigung der Klägerin auf ihrem bisherigen Arbeitsplatz mit den bisherigen Aufgaben nur durch Rückgängigmachen der Organisationsentscheidung der Beklagten möglich gewesen. Da ein Arbeitnehmer jedoch hierauf eben keinen Anspruch hat, hat die Klägerin auch keinen Anspruch auf Beschäftigung auf ihrem bisherigen Arbeitsplatz mit den bisherigen Aufgaben.

## HINWEIS

Mit seiner Entscheidung stärkt das BAG die Organisationsfreiheit des Arbeitgebers. Auch im Falle einer rechtswidrigen Kündigung ist er nicht verpflichtet, eine rechtmäßige Organisationsentscheidung zu modifizieren oder rückgängig zu machen, um den Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers erfüllen zu können. Der Arbeitgeber verhält sich weder pflichtwidrig noch macht er sich schadensersatzpflichtig, wenn er an seiner unternehmerischen Entscheidung festhält, deren Umsetzung zur Unmöglichkeit einer vertragsgemäßen Beschäftigung des Arbeitnehmers führt.

Gleichwohl ist bei Beschäftigungsklagen Vorsicht geboten, denn der Erfolg einer solchen hängt entscheidend vom Ergebnis einer Interessenabwägung ab und diese kann je nach Umständen des Einzelfalls unterschiedlich ausfallen. Nicht ausgeschlossen ist, dass sich der Arbeitnehmer auf schützenswerte Belange, die eine Weiterbeschäftigung auf seinem bisherigen Arbeitsplatz gebieten, berufen kann und daher das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers das Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung überwiegt. Das gleiche gilt, sofern anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten im Betrieb bestehen. Daher ist eine genaue Prüfung der Umstände des Einzelfalls unerlässlich.



**LUISA VICTORIA JECK**  
Rechtsanwältin



# Nutzung privater Accounts bei LinkedIn und Xing – (K)ein Fall für die Abmahnung?

von Rechtsanwalt Maximilian Guthier

Das private Kommentieren, Liken und Teilen von Beiträgen in sozialen Netzwerken durch Mitarbeiter ist spätestens seit der Gründung von Facebook regelmäßig Gegenstand arbeitsrechtlicher Auseinandersetzungen. Während sich Facebook zwischenzeitlich gefühlt zum Festnetztelefon des Internets gewandelt hat – jeder hat es, aber kaum einer nutzt es noch – erfreuen sich soziale Netzwerke mit beruflichem Bezug, allen voran LinkedIn und Xing, einer stetig steigenden Beliebtheit. Doch auch bei LinkedIn und Xing wirft die private Nutzung der Netzwerke durch Mitarbeiter regelmäßig die Frage auf, ob und wie Arbeitgeber auf unangemessene Beiträge reagieren können.

Anders als bei der dienstlich veranlassten Nutzung sozialer Netzwerke stehen dem Arbeitgeber hinsichtlich der privaten Nutzung nur eingeschränkte Möglichkeiten zur Steuerung des Verhaltens seiner Mitarbeiter zur Verfügung. Insbesondere kann der Arbeitgeber seinen Mitarbeitern grundsätzlich keine Vorgaben zum Inhalt privater Beiträge in sozialen Netzwerken machen, da dieser private Bereich dem Weisungsrecht des Arbeitgebers entzogen ist.

Der Arbeitgeber kann jedoch arbeitsrechtliche Konsequenzen ergreifen – insbesondere eine Abmahnung, im Wiederholungsfall die ordentliche Kündigung und bei schwerwiegenden Fällen auch die fristlose Kündigung –, sofern ein Mitarbeiter bei der Social-Media-Nutzung gegen seine Loyalitätspflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB verstoßen hat. Danach ist jeder Mitarbeiter verpflichtet, die berechtigten Interessen seines Arbeitgebers zu wahren, und zwar auch im privaten Bereich. Ob eine Verletzung der Loyalitätspflicht vorliegt und wie schwer eine etwaige Pflichtverletzung wiegt, ist durch eine einzelfallbezogene Abwägung festzustellen. In die Abwägung miteinzubeziehen sind insbesondere das Recht zur freien Meinungsäußerung des Mitarbeiters und das berechtignte Interesse des Arbeitgebers am Schutz seines guten Rufs.

Bei der Abwägung hinsichtlich der Frage, ob die Loyalitätspflicht verletzt wurde, findet aber auch die Art des sozialen Netzwerks Berücksichtigung. So dienen Facebook und Instagram ganz überwiegend der privaten Nutzung. Bei dort getätigten Äußerungen könnte sich der Mitarbeiter – in Ab-

hängigkeit davon, wer sich in seiner Kontaktliste befindet und in welchem Umfang er die öffentliche Sichtbarkeit seiner Beiträge in den Einstellungen des sozialen Netzwerks eingeschränkt hat – darauf berufen, dass diese, vergleichbar zu Äußerungen in einem privaten Gespräch, niemals dazu gedacht waren, an die Öffentlichkeit zu gelangen. Bei beruflichen Netzwerken wie LinkedIn und Xing ist dies anders. Diese dienen gerade nicht dem bloßen Austausch im privaten Freundeskreis. Vielmehr gelangen dort getätigte Beiträge oder Likes oft auch anderen Mitarbeitern, Kunden oder Vertragspartnern des Arbeitgebers zur Kenntnis. Aus einem unangemessenen Verhalten eines Mitarbeiters bei LinkedIn und Xing folgt daher für den Arbeitgeber ein größeres Schadenspotential. Dies gilt erst recht vor dem Hintergrund, dass in einem LinkedIn- oder Xing-Profil eines Mitarbeiters immer auch der aktuelle Arbeitgeber erscheint und hierdurch automatisch ein Bezug zu dem jeweiligen Unternehmen hergestellt wird.

Auch in beruflichen sozialen Netzwerken liegt recht unproblematisch eine ggf. sogar die fristlose Kündigung rechtfertigende Verletzung der Loyalitätspflicht vor, wenn ein Mitarbeiter seinen Arbeitgeber, Kollegen oder Vorgesetzte öffentlich beleidigt oder verunglimpft. Schwieriger zu beurteilen sind die Fälle, bei denen die Verletzung der Loyalitätspflicht nicht ganz so offensichtlich zu Tage tritt wie bei einer öffentlichen Beleidigung. Beteiligt sich ein Mitarbeiter bei LinkedIn oder Xing beispielsweise unter dem Beitrag eines anderen Unternehmens an einer Diskussion zu dem Thema des jeweiligen Beitrags, generiert er dadurch, dass der Beitrag dann auch seinen Kontakten angezeigt wird, Aufmerksamkeit für das andere Unternehmen. Vor dem Hintergrund, dass soziale Netzwerke gerade auf einen Austausch und öffentlichen Diskurs ausgerichtet sind, wird man hierin aber noch keine Verletzung der Loyalitätspflicht sehen können.

Anders lässt sich dies aber beurteilen, wenn der Mitarbeiter durch sein Verhalten bei LinkedIn oder Xing indirekt Werbung für ein fremdes Unternehmen betreibt, so beispielsweise, wenn der Mitarbeiter unter seinen Kontakten die Stellenanzeige eines fremden Unternehmens teilt. In diesem Fall liegt eine Verletzung der Loyalitätspflicht nahe,

auf die der Arbeitgeber mit einer Abmahnung und im Wiederholungsfall mit einer Kündigung reagieren kann. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich die „Werbung“ des Mitarbeiters auf einen Konkurrenten des Arbeitgebers bezieht.

---

### FAZIT

Auch bei der privaten Nutzung von LinkedIn- und Xing-Accounts sind Mitarbeiter gehalten, ihre Loyalitätspflicht gegenüber dem Arbeitgeber zu beachten. Entsteht Streit über die Zulässigkeit eines bestimmten Verhaltens in sozialen Netzwerken, können sich Mitarbeiter zwar regelmäßig auf ihre Meinungsfreiheit berufen. Diese rechtfertigt aber nicht uneingeschränkt jedes (unangemessene) Verhalten.

Insbesondere bei einer Rufschädigung des Arbeitgebers oder indirekter Werbung für andere Unternehmen stehen dem Arbeitgeber regelmäßig arbeitsrechtliche Reaktionsmöglichkeiten wie eine Abmahnung oder ggf. auch die Kündigung des Arbeitsverhältnisses zur Verfügung. Entscheidend für die rechtliche Beurteilung sind aber – wie so oft – alle relevanten Umstände des konkreten Einzelfalls.



**MAXIMILIAN GUTHIER**  
Rechtsanwalt

---

## Lockdown und Betriebsrisiko: Kein Lohnanspruch bei coronabedingter Betriebsschließung

BAG, Urteil vom 13.10.2021 – 5 AZR 211/21

von Meike Leitz

Das BAG hat entschieden, dass ein Arbeitgeber, der seinen Betrieb aufgrund eines staatlich verfügten allgemeinen „Lockdowns“ zur Bekämpfung der Corona-Pandemie vorübergehend schließen muss, nicht das Risiko des Arbeitsausfalls trägt und daher nicht verpflichtet ist, seinen Beschäftigten Vergütung unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs zu zahlen.

### SACHVERHALT

Die Klägerin war als Verkäuferin auf Minijob-Basis in einem Ladengeschäft für Nähmaschinen und Zubehör tätig. Ihre monatliche Vergütung betrug EUR 432,00. Im April 2020 war das Ladengeschäft der Beklagten aufgrund der „Allgemeinverfügung über das Verbot von Veranstaltungen, Zusammenkünften und der Öffnung bestimmter Betriebe zur Eindämmung des Coronavirus“ der Freien Hansestadt Bremen vom 23. März 2020 geschlossen. Deshalb konnte die Klägerin nicht arbeiten und erhielt auch keine Vergütung. Als geringfügig Beschäftigte hatte die Klägerin – mangels Versicherungspflicht in der Arbeitslosenversicherung

– auch keinen Anspruch auf Kurzarbeitergeld. Mit ihrer Klage begehrte sie Annahmeverzugslohn für den Monat April 2020 und stützte sich dabei auf das Betriebsrisiko, das die Arbeitgeberin gemäß § 615 Satz 3 BGB zu tragen habe. Die Arbeitgeberin beantragte Klageabweisung und vertrat dabei die Auffassung, dass der „Lockdown“ ihres Betriebs unter das allgemeine Lebensrisiko falle. Dieses sei nicht beherrschbar und von allen gleichermaßen zu tragen und falle nicht unter das vom Arbeitgeber zutragende Betriebsrisiko. Außerdem argumentierte die Arbeitgeberin damit, dass im Falle der Lohnzahlung die Arbeitnehmerin gegenüber anderen Beschäftigten, die in Kurzarbeit wären und nur Kurzarbeitergeld bekämen, finanziell bessergestellt wäre.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Nach dem Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“, entfällt der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers, wenn es diesem unmöglich ist, die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. Hiervon macht das Gesetz in § 615 Satz 3 BGB eine Ausnahme. Sind die Umstände, welche die Erbringung der Arbeitsleistung





GESCHLOSSEN

unmöglich gemacht haben, der betrieblichen Sphäre des Arbeitgebers zuzurechnen, ist dieser zur Lohnzahlung verpflichtet. Nach Auffassung der Vorinstanzen ist diese Ausnahme auch im vorliegenden Fall einschlägig.

### DIE ENTSCHEIDUNG DES BAG

Die Entscheidung des BAG war somit wie ein Paukenschlag. Anders als die Vorinstanzen gab das BAG der Arbeitgeberin Recht. Es entschied, dass der Arbeitnehmerin kein Anspruch auf Entgeltzahlung unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs zustehe. § 615 Satz 3 BGB regelt selbst nicht, wann ein Fall des Betriebsrisikos vorliegt. Vielmehr ist auf die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zurückzugreifen. Danach trägt der Arbeitgeber das Betriebsrisiko, weil er den Betrieb leitet, die betrieblichen Abläufe organisiert, die Verantwortung trägt und die Erträge bezieht. Er muss für das Gefahrenpotential seines Betriebes eintreten. Über internen Störungen hinaus trägt der Arbeitgeber auch das Risiko für von außen auf das Unternehmen einwirkende Umstände. Eine Ausnahme davon kommt - wenn überhaupt - nur im Falle einer Existenzgefährdung des Betriebs in Betracht.

Das BAG ist im vorliegenden Fall der Auffassung, dass kein Fall eines Betriebsrisikos vorliegt. Die Arbeitgeberin trage nicht das Risiko des Arbeitsausfalls, wenn zum Schutz der Bevölkerung vor schweren und tödlichen Krankheitsverläufen infolge von Infektionen mit dem Coronavirus durch behördliche Anordnung alle nicht für die Versorgung der Bevölkerung notwendigen Betriebe geschlossen werden. In diesem Fall beruhe die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung auf einem staatlichen Eingriff zur Bekämpfung einer gesamtgesellschaftlichen Gefahrenlage. Denn es realisiere sich gerade nicht das in einem bestimmten Betrieb angelegte spezifische Betriebsrisiko, vielmehr handle es sich dabei um ein allgemeines Lebensrisiko. Solche Schließungen treffen den Arbeitnehmer nämlich ebenso wie den Arbeitgeber. Es realisiere sich ein gesamtgesellschaftliches Risiko,

das aber nicht der Betriebssphäre des jeweiligen Arbeitgebers zugeordnet werden könne. Der Arbeitgeber sei somit gerade nicht einstands- und zahlungspflichtig.

Das BAG sieht die Verantwortung vielmehr beim Staat. Dieser sei dafür verantwortlich einen adäquaten Ausgleich für die Beschäftigten zu schaffen, wenn diesen durch einen hoheitlichen Eingriff finanzielle Nachteile entstehen. Durch den erleichterten Zugang zum Kurzarbeitergeld habe der Staat bereits verdeutlicht, dass er geeignete Instrumente zum Ausgleich finanzieller Nachteile schaffen könne. Soweit ein solcher - wie bei der Klägerin als geringfügig Beschäftigte - nicht greife, beruhe dies auf einer Lücke im sozialversicherungsrechtlichen Regulationssystem. Aus dem Fehlen nachgelagerter Ansprüche lässt sich jedoch keine arbeitsrechtliche Zahlungspflicht der Arbeitgeberin herleiten.

---

### FAZIT

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer kann es in künftigen Situationen dieser Art sehr hart treffen. Vor allem wenn sie zu denen gehören, die durch das soziale Stützraster fallen. Diese Lücke ist dem BAG bewusst, es leitet aber auch aus dem Fehlen nachgelagerter Ansprüche keine Zahlungspflicht des Arbeitgebers her. Der Appell geht insoweit umso dringlicher an den Staat. Die Entscheidung des BAG erfolgte durchaus überraschend. Vor allem im Hinblick auf die bis dahin von der Rechtsprechung verfolgte Linie. Das Ergebnis des BAG erscheint aber gleichsam überzeugend und schafft vor allem die lang ersehnte Rechtssicherheit.



**MEIKE LEITZ**

Wissenschaftliche Mitarbeiterin



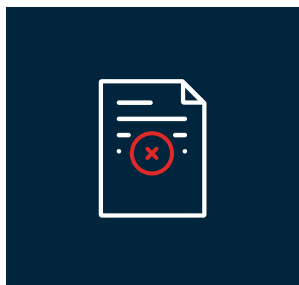
# DAS BESTE AUS DEM NETZ





## DAS BESTE AUS DEM NETZ

Unter dieser Rubrik findet sich immer eine kleine Auswahl all derjenigen Beiträge, die wir im letzten Quartal online veröffentlicht haben. Wer das Ganze bisher verpasst hat, kann das gerne und jederzeit über den beigefügten QR-Code nachholen.



### AUSWIRKUNGEN VON COMPLIANCE-ERMITTLUNGEN AUF DIE KÜNDIGUNGSERLÄUTERUNGSFRIST

Welche Auswirkungen umfangreiche Compliance-Ermittlungen auf den Ausspruch einer (außerordentlichen) Kündigung haben können.



#### MEHR ERFAHREN:

<https://rb-heidelberg.com/auswirkungen-von-compliance-ermittlungen-auf-die-kuendigungserklaerungsfrist/>



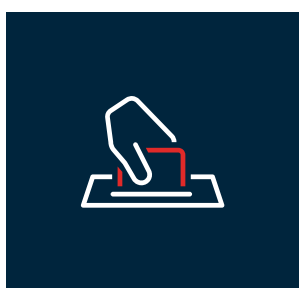
### REISERER BIESINGER VERTEIDIGT MANDANTIN ERFOLGREICH GEGEN LIZENZFORDERUNGEN IN ZWEISTELLIGER MILLIONENHÖHE

Mit Hilfe von Rechtsanwalt Christian Diener konnte die Mandantin vor einer Zahlung einer achtstelligen Summe an eine ehemalige Arbeitnehmerin bewahrt werden.



#### MEHR ERFAHREN:

<https://rb-heidelberg.com/reiserer-biesinger-verteidigt-mandantin-erfolgreich-gegen-lizenzforderungen-in-zweistelliger-millionenhoeh/>



### DIE BETRIEBSRATSWAHLEN 2022 STEHEN VOR DER TÜR – WAS ARBEITGEBER NUN BEACHTEN SOLLTEN

Durch das in Kraft getretene Betriebsrätemodernisierungsgesetz und die Änderung der Wahlordnung haben sich einige Neuerungen ergeben. Doch Welche genau?



#### MEHR ERFAHREN:

<https://rb-heidelberg.com/die-betriebsratswahlen-2022-stehen-vor-der-tuer-was-arbeitgeber-nun-beachten-sollten/>



### DIE VIRTUELLE HAUPTVERSAMMLUNG – VON DER AUSNAHME ZUR REGEL?

Ob und in welchem Umfang die Digitalisierung auch auf Hauptversammlungen Einfluss nimmt, wird in diesem Beitrag einer kritischen Prüfung unterzogen.



#### MEHR ERFAHREN:

<https://rb-heidelberg.com/die-virtuelle-hauptversammlung-von-der-ausnahme-zur-regel/>

# Verarbeitung der Beschäftigtendaten in der Corona-Pandemie

von Rechtsanwältin Madelaine Isabelle Baade

Obwohl die Corona-Pandemie unser Leben nun bereits seit geraumer Zeit prägt und viele Unternehmensabläufe umgekrempelt hat, bestehen nach wie vor Rechtsunsicherheiten bei der Verarbeitung personenbezogener Daten von Beschäftigten. Insbesondere die Verarbeitung besonderer personenbezogener Daten von Beschäftigten, worunter Gesundheitsdaten fallen, ist heikel und birgt einige Fallen. Die Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK) hat kürzlich eine Anwendungshilfe veröffentlicht. Darin gibt sie Antworten auf häufige Fragestellungen zur Verarbeitung von Beschäftigtendaten im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie, die wir nachfolgend zusammengefasst haben.

Die DS-GVO enthält in den Art. 6 Abs. 2 und Abs. 3 DS-GVO, Art. 9 Abs. 2 und Abs. 4 DS-GVO sowie Art. 88 Abs. 1 DS-GVO Öffnungsklauseln. Diese gestatten den Mitgliedsstaaten, spezifischere Vorschriften für die Verarbeitung von Beschäftigtendaten sowie für die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten i.S.d. Art. 9 Abs. 2 DS-GVO (z.B. Gesundheitsdaten) zu erlassen. Der nationale Gesetzgeber hat von dieser Möglichkeit u.a. mit dem Infektionsschutzgesetz (IfSG) Gebrauch gemacht. Zudem haben Landesgesetzgeber ergänzende Verordnungen zur Corona-Pandemie erlassen. Diese Vorschriften sind für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten von Beschäftigten zu berücksichtigen.

## Dürfen Beschäftigtendaten zur Pandemiebekämpfung verarbeitet werden?

Die DSK sagt – in sehr engen Grenzen – ja. Rechtsgrundlage ist § 6 Abs. 1 BDSG bzw. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO, jeweils i.V.m. den tarif-, arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen des nationalen Rechts. Werden Gesundheitsdaten verarbeitet, sind zudem spezialgesetzliche Bestimmungen wie die des IfSG sowie § 26 Abs. 3 BDSG und Art. 9 Abs. 2 lit. b DS-GVO zu beachten. Die seitens des Arbeitgebers ergriffenen Maßnahmen müssen jedoch – so die Anwendungshilfe – verhältnismäßig sein. Die Daten sind vertraulich zu behandeln, ausschließlich zweckgebunden zu verwenden und nach Wegfall des jeweiligen Verarbeitungszwecks (also spätestens am Ende der Pandemie) unverzüglich zu löschen.

## Dürfen Beschäftigtendaten mittels eines „Kontakt-Tagebuchs“ (berufsbedingte bzw. innerbetriebliche Kontakte) zur Pandemiebekämpfung verarbeitet werden?

Nach Ansicht der DSK grundsätzlich ja. Denn die Pandemiebekämpfung wird als berechtigtes Interesse von Arbeitgebern angesehen, das Ansteckungsrisiko in Unternehmen zu reduzieren bzw. schnell eingrenzen zu können, um so auch den Betrieb des Unternehmens unter den Bedingungen der Pandemie soweit wie möglich aufrecht zu erhalten. Das Kontakt-Tagebuch erleichtert es den Arbeitgebern nach der Information eines Beschäftigten, an COVID erkrankt zu sein, dessen berufsbedingte bzw. innerbetrieblichen Kontakte zu ermitteln, diese über die Risikobegegnung zu unterrichten und ggfs. innerbetriebliche Vorkehrungen wie Homeoffice treffen zu können. Rechtsgrundlage für diese Maßnahme ist nach Ansicht der DSK Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO.

Besonderheiten sind zu berücksichtigen, sollte die Berufsausübung des Beschäftigten einem gesetzlich angeordneten besonderen Geheimnisschutz unterliegen (z.B. betriebliche Datenschutzbeauftragte, Betriebsratsmitglieder oder im Betrieb angestellte Betriebsärzte). Sobald in diesen Fällen ein Kontakt-Tagebuch den Geheimnisschutz der Kontaktpersonen verletzen würde, fehlt es – so die DSK – an einem spezifischen gesetzlichen Erlaubnistatbestand zur Durchbrechung des Berufsgeheimnisschutzes. Eine Herausgabe oder Übermittlung der Kontaktdaten an Arbeitgeber ist in diesen Fällen unzulässig.

Im Zusammenhang mit dem Führen von Kontakt-Tagebüchern sind die allgemeinen datenschutzrechtlichen Grundsätze zu beachten. So dürfen gemäß der Einschätzung der DSK nach dem Grundsatz der „Zweckbindung“ (Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO) Arbeitgeber die Eintragungen in einem Kontakt-Tagebuch nur nutzen, wenn ein Infektionsfall vorliegt. Außerdem ist nach dem Grundsatz der „Datenminimierung“ (Art. 5 Abs. 1 lit. c DS-GVO) eine Erfassung nur derjenigen personenbezogenen Daten zulässig, die für die Kontaktnachverfolgung notwendig sind. Die Nutzung der Kontaktdaten ist hiernach zudem auf einen möglichst engen Kreis ermächtigter Personen zu beschränken. Gemäß der Anwendungshilfe erfordern darüber hinaus der Grund-

satz der „Speicherbegrenzung“ (Art. 5 Abs. 1 lit. e DS-GVO) und das Recht auf Löschung (Art. 17 DS-GVO), dass die Eintragungen regelmäßig nicht länger als zwei Wochen nach dem Kontakt gespeichert und nach der Zweckerfüllung gelöscht werden. Schließlich ist auch der Grundsatz der „Integrität und Vertraulichkeit“ (Art. 5 Abs. 1 lit. f DS-GVO) und deren Gewährleistung (Art. 24, 25 und 32 DS-GVO) zu wahren. Das Kontakt-Tagebuch müsse daher vor dem Zugriff unbefugter geschützt werden.

### **Dürfen private Kontaktdaten der Beschäftigten zur Pandemiebekämpfung verarbeitet werden?**

Auch diese Frage bejaht die DSK, sofern eine Einwilligung der Beschäftigten vorliegt. Die Einwilligung muss jedoch wirksam, insbesondere freiwillig erteilt werden. Die DSK ist der Auffassung, dass wegen des zwischen dem Arbeitgeber und Beschäftigten bestehenden Über- und Unterordnungsverhältnisses das Kriterium der Freiwilligkeit bei Beschäftigten regelmäßig nicht gegeben sein wird. Nach § 26 Abs. 2 Satz 2 BDSG hat der Gesetzgeber jedoch beispielhaft Indizien genannt, wann ausnahmsweise von der Freiwilligkeit einer Einwilligung ausgegangen werden kann.

Dies ist etwa dann der Fall, wenn für den Beschäftigten ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Vorteil erreicht wird oder Arbeitgeber und Beschäftigter gleichgelagerte Interessen verfolgen. Die DSK sieht die Pandemiebekämpfung als gleichgelagerte Interessen von Arbeitgeber und Beschäftigten. An dieser Stelle könne deshalb die Freiwilligkeit der Einwilligung ausnahmsweise angenommen werden. Allerdings müsse durch geeignete Maßnahmen gewährleistet sein, dass die Erteilung der Einwilligungen tatsächlich freiwillig, zweckgebunden sowie schriftlich oder elektronisch erfolge. Die privaten Kontaktdaten dürfen gemäß der Anwendungshilfe sodann nur zu dem in der Einwilligung angegebenen Zweck der Pandemiebekämpfung verarbeitet werden.

### **Dürfen positiv getestete Beschäftigte innerhalb der gesamten Belegschaft oder gegenüber ihren (möglichen) Kontaktpersonen namentlich bekanntgegeben werden?**

Da die namentliche Bekanntgabe der positiv getesteten Person innerhalb der gesamten Belegschaft für die Wahrnehmung des vom Arbeitgeber verfolgten Interesses der Pandemiebekämpfung nicht erforderlich ist, darf eine Namensnennung nach Auffassung der DSK i.d.R. nicht erfolgen. Stattdessen könne man einzelne Kontakte beim Erkrankten abfragen und diese im Anschluss – ohne Namensnennung – über eine mögliche Infektion informieren.

### **Dürfen Beschäftigtendaten mittels des Einsatzes von sogenannten Wärmebildkameras zur Pandemiebekämpfung verarbeitet werden?**

Grundsätzlich nein, sagt die DSK. Für die Temperaturmessung mittels Wärmebildkameras bedürfte es einer wirksamen Einwilligung des jeweiligen Beschäftigten. Die DSK sieht in der Pandemiebekämpfung zwar grundsätzlich gleichgelagerte Interessen von Arbeitgeber und Beschäftigten. Eine freiwillige und damit wirksame Einwilligung erscheint daher trotz des dem Arbeitsverhältnis immanenten Unter- und Überordnungsverhältnisses möglich. Dies aber nur, wenn der Beschäftigte eine echte Wahl hat. Sind also alle Betriebseingänge mit Wärmebildkamera ausgestattet, kann nach der Einschätzung der DSK eine Freiwilligkeit bei der Einwilligung nicht angenommen werden. Existieren hingegen Betriebseingänge ohne Wärmebildkamera, erscheint eine wirksame Einwilligungserklärung des Beschäftigten möglich. Die Einwilligung muss sich ausdrücklich auf das verarbeitete Datum (Körpertemperatur) beziehen, § 26 Abs. 3 Satz 2 BDSG.

### **Dürfen Beschäftigtendaten bei der Nutzung von Video-Konferenzsystem verarbeitet werden?**

Grundsätzlich ja, nach Auffassung der DSK. Je nach Kontext der Verarbeitungssituation kann sich eine Befugnissnorm aus Art. 6 Abs. 1 lit. a, b oder f DS-GVO, ggf. auch in Verbindung mit dem nationalen Recht, ergeben. ...

Den vollständigen Beitrag mit weiteren interessanten und praxisrelevanten Themenkomplexen zum Beschäftigtendatenschutz finden Sie auf unserer Webseite



#### **ZUM BEITRAG**

<https://rb-heidelberg.com/verarbeitung-der-beschaefigtendaten-in-der-corona-pandemie/>



**MADELAINE ISABELLE BAADE**  
Rechtsanwältin



# Schadensersatzanspruch gemäß Art. 82 Abs. 1 DS-GVO erfasst auch Bagatellschäden

LAG Hessen, Urteil vom 18. Oktober 2021 – 16 Sa 380/20

von Rechtsanwältin Madelaine Isabelle Baade

Seit Inkrafttreten der DS-GVO ist umstritten, ob der Ersatzanspruch aus Art. 82 Abs. 1 DS-GVO wegen des Verstoßes gegen die Verordnung eine gewisse Erheblichkeit des (immateriellen) Schadens voraussetzt. Aufgrund der Unsicherheiten in Rechtsprechung und Literatur legte der Oberste Gerichtshof in Österreich die Frage dem Europäischen Gerichtshof (EuGH), der hierzu allerdings noch keine Stellung bezogen hat, zur Vorabentscheidung vor. Nun hatte auch das Landesarbeitsgericht (LAG) Hessen über einen Fall zu entscheiden, in dem dieses Rechtsproblem zum Tragen kam.

## SACHVERHALT

Der Kläger war seit Dezember 2016 bei der Beklagten beschäftigt. Im Mai 2019 beantragte er eine einstweilige Verfügung mit dem Ziel, montags, dienstags und mittwochmorgens im Ort A vorläufig weiterbeschäftigt zu werden, da er an diesen Tagen in der Regel seine Kinder zu betreuen habe. Dies versicherte er eidesstattlich. Nach dem Verfahren vor dem Arbeitsgericht (ArbG) Frankfurt am Main am 27.05.2019, einem Montag, bemerkte der Prozessbevollmächtigte der Beklagten im ICE Richtung Ort B einen Mann, den er für den Kläger hielt. Das Fahrtziel widersprach seiner Auffassung nach dem Inhalt der eidesstattlichen Versicherung des Klägers. Er beauftragte daher eine Detektei mit der Observation des Klägers an jeweils drei Montagen und Dienstagen. Diese stellte fest, dass der Kläger seine Kinder an keinem der Observationstage betreute. Daraufhin hörte die Beklagte den Kläger zum Verdacht des Prozessbetrugs an und kündigte das Arbeitsverhältnis

anschließend fristlos. Hiergegen erhob der Kläger Kündigungsschutzklage beim Arbeitsgericht (ArbG) Frankfurt am Main. Einige Monate später erfolgte vorsorglich eine erneute außerordentliche Kündigung wegen des Verdachts des Vortäuschens einer Arbeitsunfähigkeit. Der Kläger wandte sich auch hiergegen mit einem Kündigungsschutzantrag und begehrte darüber hinaus unter anderem die Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes wegen der Detektivüberwachung seitens der Beklagten.

Das ArbG stellte fest, dass das Arbeitsverhältnis durch die beiden außerordentlichen Kündigungen nicht beendet wurde. Den Antrag des Beklagten auf Schadensersatz wies es allerdings ab. Die Beklagte legte gegen dieses Urteil beim LAG Hessen Berufung ein und rügte, dass das Gericht den Kündigungsschutzanträgen zu Unrecht stattgegeben habe. Der Kläger wiederum beantragte im Rahmen seiner Anschlussberufung unter anderem, die Beklagte zur Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes zu verurteilen.

## ENTSCHEIDUNG DES LAG HESSEN

Das LAG Hessen hielt die Berufung der Beklagten für teilweise begründet und erachtete jedenfalls die zweite außerordentliche Kündigung für wirksam. Allerdings war auch die Anschlussberufung des Klägers insoweit begründet, als es die Beobachtung des Klägers durch die Detektei für unzulässig hielt und dem Kläger wegen des hierdurch entstandenen immateriellen Schadens einen Ersatzanspruch aus Art. 82 Abs. 1 DS-GVO in Höhe von EUR 250,00 für jede





der sechs Observationen, also insgesamt EUR 1.500,00 zusprach.

Zwar könne in der Aufdeckung einer Straftat im Beschäftigungsverhältnis – vorliegend des versuchten Prozessbetrugs – ein berechtigtes Interesse der Beklagten im Sinne des § 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG liegen. Dies erfordere aber einen berechtigten Anlass, der nicht vorliege. Der Prozessbevollmächtigte hätte die Person im Zug vielmehr ansprechen können, um sich zu vergewissern, dass es sich tatsächlich um den Kläger handelt. Stattdessen habe er auf eine vage Vermutung hin eine Detektei mit der Observation beauftragt. Die Beobachtung des Klägers an sechs Tagen in seinem Privatleben verletze ihn auch in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Obwohl keine Foto- oder Videoaufnahmen angefertigt wurden hielt das Gericht aus Genugtuungs- und Präventionsgesichtspunkten einen Schadensersatz in der Höhe von insgesamt EUR 1500,00 für angemessen.

Nach Art. 82 Abs. 1 DS-GVO habe jede Person, der wegen eines Verstoßes gegen diese Verordnung ein materieller oder immaterieller Schaden entstanden ist, Anspruch auf Ersatz gegen den Verantwortlichen oder gegen den Auftragsverarbeiter wegen materieller und immaterieller Schäden. Der Schadensbegriff in Art. 82 Abs. 1 DS-GVO sei ein europarechtlicher, sodass nicht auf nationale Erheblichkeitsschwellen oder andere Einschränkungen abgestellt werden dürfe. Vielmehr sei durch die unionsrechtliche

Regelung auch der Ersatz vermeintlicher Bagatellschäden nicht ausgeschlossen.

## FAZIT

Angeichts dieses Urteils sei Arbeitgebern geraten, datenschutzrelevante Maßnahmen, die der Überprüfung eines Straftatverdachts im Beschäftigungsverhältnis dienen, erst dann zu ergreifen, wenn keine milderer Mittel zur Verfügung stehen. Empfindlichen Schadensersatzforderungen der betroffenen Arbeitgeber kann so jedenfalls effektiv begegnet werden. Das letzte Wort im Kontext des Schadensersatzanspruchs gemäß Art. 82 Abs. 1 DS-GVO ist aber noch nicht gesprochen. Zwar sind auch weite Teile der Literatur der Ansicht des LAG Hessen, dass die Erwägungsgründe sowie Ziel und Zweck der Anspruchsgrundlage und die dadurch bedingte weite Auslegung dem Erfordernis einer Erheblichkeitsschwelle entgegenstehen. Ob der EuGH im Rahmen der Vorlageentscheidung dieser Auffassung folgt, bleibt aber abzuwarten.



**MADELAINE ISABELLE BAADE**  
Rechtsanwältin



## Absenkung der BBG RV West

von Rechtsanwältin Dr. Simone Evke de Groot

Ausgehend von der wirtschaftlichen Entwicklung der vergangenen zwei Jahre hat sich der Gesetzgeber mit Wirkung zum 01.01.2022 erstmals zu einer (moderaten) Senkung der Beitragsbemessungsgrenze (BBG West) entschlossen. Dies liegt nunmehr bei 7.050,- € (statt zuvor 7.100,- €) monatlich, entsprechend 84.600,- € – statt zuvor 85.200,- € – jährlich.

### **FOLGEN FÜR DIE GESETZLICHE RENTENVERSICHERUNG**

Auf die gesetzliche Sozialversicherung wird dies kaum Einfluss haben. Zwar sind die Lohn- und Gehaltsabrechnungen entsprechend anzupassen und es werden auch entsprechend weniger Sozialversicherungsbeiträge fällig – was sich auch auf die Höhe der späteren Leistungen naturgemäß

auswirkt, indes ist der Effekt gering. Entsprechendes gilt für Zusatzversorgungswerke, die sich an die DRV anlehnen.

### **FOLGEN FÜR DIE BETRIEBLICHE ALTERSVERSORGUNG**

Spürbar können hingegen die Folgen für die bAV sein, für die sowohl von gesetzlicher als auch von vertraglicher Seite immer wieder auf die BBG abgestellt wird. Dies betrifft in erster Linie die Steuer- und Sozialversicherungsfreiheit gem. § 1 Abs. 1 Nr. 9 SVEV (für Direktversicherung, Pensionsfonds und Pensionskasse) sowie gem. § 14 SVEV (für die Entgeltumwandlung bei Direktzusage und Unterstützungskassenversorgung). Es hat aber auch Auswirkungen auf den Anspruch auf Entgeltumwandlung gem. § 1 a BetrAVG und die Höhe einer arbeitgeberseitigen Bezuschus-



sung der Entgeltumwandlung gem. § 1 a Abs. 1 a BetrAVG (siehe dazu den Beitrag in unserer Winterausgabe 2021).

Das bedeutet nunmehr:

- Der gesetzliche Anspruch auf Entgeltumwandlung beträgt nun maximal 3.384,- € jährlich (= 282,- € monatlich)
- Steuerfreiheit gem. § 3 Nr. 63 EStG für bis zu 6.768,- € jährlich (= 564,- € monatlich)
- Die Sozialversicherungsfreiheit ist begrenzt auf 3.384,- € jährlich (= 282,- € monatlich)
- Die Pflicht zum Arbeitgeberzuschuss gem. § 1 a Abs. 1 a BetrAVG sinkt
  - Bei konkreter Ermittlung der tatsächlichen Sozialversicherungsersparnis um den neuen individuell ermittelten Betrag
  - Bei Pauschalierung auf 15 % des Arbeitnehmerbeitrags entsprechend prozentual, der Zuschuss beträgt dann neu maximal 507,60 € jährlich (= 42,30 € monatlich)

## FAZIT

Von eklatant großer Bedeutung ist die Berücksichtigung der neuen Werte bei der Lohnbuchhaltung, vor allem soweit die Sozialversicherungs- und Steuerfreiheit zum Tragen kommt. Bei Anwendung der alten Grenzen würden ansonsten u.U. zu wenig Beiträge entrichtet, was sowohl als Steuerverkürzung als auch wegen Nichtentrichtens geschuldeter Sozialversicherungsbeiträge (§ 266 a StGB) empfindliche Folgen nach sich ziehen kann.

Sofern die Arbeitnehmer von der Höchstgrenze auf der Basis der Vorjahreswerte aus 2020 Gebrauch machen möchten ist zu prüfen, ob eine freiwillige Entgeltumwandlung in der alten Höhe ermöglicht werden kann (ggfs. sogar muss) und wenn ja, welche Umsetzungsakte bei einer mittelbar durchgeführten Versorgung erforderlich sind. Insoweit sind insbesondere die Versorgungs- bzw. Versicherungsbedingungen eines externen Trägers – soweit vorhanden – mit in den Blick zu nehmen.

Innerhalb der Mindest- und Maximalgrenzen, die gesetzlich und ggfs. vertraglich für die Entgeltumwandlung gesetzt sind, kann der Mitarbeiter grds. den Betrag, den er von seinem Entgelt für die bAV aufbringen möchte, frei wählen. Nicht wenige Arbeitnehmer haben diese Beträge

gerade unter dem Eindruck von pandemiebedingten Einschnitten in den letzten Monaten auch individuell neu bestimmt. Dies ist und bleibt auch in Zukunft möglich, ggfs. ist auch im Einzelfall gewünscht bedingt durch die Einsparung in der gesetzlichen Beitragspflicht zur Sozialversicherung etwas mehr in die bAV einzubringen.

Beim Arbeitgeberzuschuss ist Vorsicht geboten um nicht unbedacht eine etwaige betriebliche Übung dahingehend zu begründen, dass mehr Zuschuss als gesetzlich (oder tarifvertraglich) geschuldet ist, versprochen wird, der dann ggfs. auch in der Zukunft bei späteren Anhebungen der BBG entsprechend zum Tragen käme. Modelle, die sich prozentual am Arbeitnehmerbeitrag orientieren, haben den praktischen Nutzen, dass nicht jede Änderung der BBG im Einzelnen nachvollzogen werden muss. Auch hier ist aber auf die richtige Zuschusshöhe gemessen an der jeweils aktuellen BBG zu achten.

Die Praxis kennt Versorgungszusagen, die zwischen den Gehaltsbestandteilen unterhalb und oberhalb der BBG differenzieren, wobei sich die Leistungshöhe anhand unterschiedlicher Steigerungsfaktoren ermittelt (sog. „gespaltene Rentenformel“, insbesondere als Anreiz für Besserverdiener gewählt). Derartige Modelle passen sich i.d.R. Veränderungen der BBG dynamisch mit an, sie beziehen sich nach der Rechtsprechung des BAG, die der Senat zur Anhebung der BBG ab 2003 geprägt hat, somit jeweils auf die geltende BBG. Versorgungszusagen, die auf fixe Beträge in Euro abstellen, bleiben demgegenüber von der Absenkung der BBG unberührt, hier findet gerade kein Automatismus statt, sondern Änderungen sind im Einzelfall zu prüfen und dann mit dem bekannten betriebsrentenrechtlichen Instrumentarium umzusetzen. Werden dynamische und statische Verbindung zur BBG miteinander kombiniert (etwa durch Steigerungssätze auf der Grundlage der jeweiligen BBG in Verbindung mit einer Höchstgrenze für die Rente, die aber statisch auf einen bestimmten Eurobetrag festgeschrieben ist), dann kommt es auf die Auslegung der jeweiligen Zusage an.



**DR. SIMONE EVKE DE GROOT**  
Rechtsanwältin

# Ansprüche des Auftragnehmers bei Bauzeitverzug

Gastbeitrag von Rechtsanwalt Bernhard Leisner

Nicht selten kommt es bei mittleren und größeren Bauvorhaben, zu deren Umsetzung eine Vielzahl von Auftragnehmern für verschiedene Gewerke verpflichtet werden, zu Störungen im Bauablauf. Die Ursachen reichen von rein innerbetrieblich bedingten Verzögerungen der Bauausführung über teilweise überbetriebliche Verzögerungsursachen, z.B. pandemiebedingte Einschränkungen beim Personaleinsatz, bis hin zu Verzögerungen aus eingeschränkter oder unterbrochener Verfügbarkeit von Baustoffen.

Verzögerungen der Ausführung von Leistungen in den einzelnen Gewerken führen regelmäßig dazu, dass Leistungen in den Folgegewerken nicht begonnen werden können. Bei größeren Bauvorhaben werden Unternehmer in Folgegewerken üblicherweise bereits vertraglich gebunden, bevor die erforderlichen Leistungen von Vorunternehmern vollständig erbracht sind. Zumeist sind auch in diesen Verträgen Vertragsfristen vereinbart, die infolge des Bauverzugs nicht eingehalten werden können. Nicht selten kommt es in solchen Fällen dazu, dass ein Unternehmer wegen fehlender Vorunternehmerleistungen mit der Ausführung der eigenen Leistung erst Monate nach dem vertraglich vereinbarten Leistungsbeginn oder auch erst nach dem vertraglich vereinbarten Fertigstellungstermin beginnen kann.

In diesen Fällen stellt sich regelmäßig die Frage, welchen Ausgleich die Auftragnehmer für ihre Nachteile aus der Verzögerung verlangen können. Dabei ist zwischen jenen Nachteilen zu unterscheiden, die der Auftragnehmer in der Zeit zwischen dem vertraglich vereinbarten Leistungsbeginn und der tatsächlichen Leistungsaufnahme erleidet und denen, die ihm dann erst bei der tatsächlichen Leistungsausführung entstehen.

Für wirtschaftliche Nachteile, die der Auftragnehmer in Unkenntnis der späteren Bauverzögerung und im Vertrauen auf die vereinbarten Vertragstermine für die Leistungen in der Zeit erleidet, in der er seine Leistungen noch nicht ausführen kann, sieht das Gesetz in § 642 BGB einen Entschädigungsanspruch wegen fehlender Mitwirkung des Bauherren vor. Zum Inhalt des Entschädigungsanspruchs entschied der Bundesgerichtshof in der Grundsatzentscheidung vom 26.10.2017 – VII ZR 16/17, dass dem Grunde nach nur eine Entschädigung für die unproduktiv

bereitgehaltenen Produktionsmittel verlangt werden kann. Damit scheiden die wesentlichen Nachteile, welche die Auftragnehmer regelmäßig aus der zeitlich verzögerten Ausführung der Leistung erleiden, als Ersatzposition für den Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB aus. Diese dürften von Auftragnehmern nämlich vorwiegend in den allgemeinen Baupreis- und Lohnkostensteigerungen wahrgenommen werden. Für die Mehrkosten, die dem Auftragnehmer bedingt durch eine allgemeine Steigerung von Baustoffpreisen und Lohnkosten bei der späteren Ausführung entstehen, gewährt der Entschädigungsanspruch in § 642 BGB keinen Ausgleich, weil diese Nachteile dem Auftragnehmer erst entstehen, wenn er leistet und nicht in der Zeit entstehen, in der er noch nicht leisten konnte. Ersatzfähig sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs jedoch jene Nachteile, aus dem unproduktiven Bereithalten von Produktionsmitteln. Hierunter fallen etwa die Bereitstellung von Personal oder von Geräten oder sonstigen Baustellengemeinkosten verursachenden Kostenpositionen. Wird also vom Auftragnehmer Personal für die Baustelle bereitgestellt und kann dieses die Arbeiten wegen fehlender Vorunternehmerleistungen nicht aufnehmen, sondern muss untätig bleiben, so kann der Auftragnehmer eine Entschädigung für das Vorhalten des unproduktiv bereitgehaltenen Personals verlangen. Gleiches gilt grundsätzlich auch für auf der Baustelle bereitgestellte Geräte bzw. Maschinen wie etwa Kräne, Bagger oder Baustelleneinrichtung (Baucontainer). Der Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB hat nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur vergleichsweise geringe Anforderungen. Der Auftragnehmer muss - vereinfacht ausgedrückt - nur darlegen und nachweisen, dass er zur Leistung bereit war und Produktionsmittel bereitgestellt hat bzw. unmittelbar hätte bereitstellen können und, dass er mit der Ausführung der Leistung aufgrund nicht von ihm zu erbringender, fehlender Vorleistungen nicht beginnen konnte.

Konkrete Vorgaben, wie der Entschädigungsbetrag nach § 642 BGB im Einzelfall zu berechnen ist, enthält die Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26.10.2017 noch nicht abschließend. Mit einer Entscheidung vom 30.01.2020 konkretisierte der Bundesgerichtshof die anzuwendende Berechnungsmethodik dahingehend, dass die



Bestimmung einer angemessenen Entschädigung an den Vergütungsanteilen einschließlich der Anteile für allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn für die konkret unproduktiv bereitgehaltenen Produktionsmittel zu orientieren ist. In der instanzgerichtlichen Rechtsprechung werden die einzelnen vergütungsrelevanten Positionen uneinheitlich berücksichtigt. Regelmäßig wird es hiernach für den Auftragnehmer erforderlich sein, eine Entschädigungsforderung nach § 642 BGB mit konkreten Angaben dazu zu begründen, welche Produktionsmittel ab welchem Zeitpunkt unproduktiv bereitgehaltenen wurden und welche Vergütungsanteile für diese bei produktivem Einsatz im entsprechenden Zeitraum angefallen wären.

Eine gefestigte Rechtsprechung dazu, ob Zuschlagsanteile in der Vergütung für allgemeine Geschäftskosten und oder Wagnis und Gewinn bei der Ermittlung des Entschädigungsanspruchs zu berücksichtigen sind, ist noch nicht erkennbar.

Da bei größeren Bauvorhaben mitunter auch Verzögerungen im Umfang von mehreren Jahren eintreten können, erscheint es sachfremd und unangemessen, Auftragnehmern einen Entschädigungsanspruch für ein zeitlich unbegrenztes unproduktives Vorhalten von Produktionsmitteln zu gewähren. Diesen Umstand nahmen verschiedene Gerichte zum Anlass, danach zu differenzieren, ob das unproduktive Bereithalten der Produktionsmittel durch den Auftraggeber verlangt wurde oder nicht. Soweit dies nicht der Fall ist, steht der Auftragnehmer in der Pflicht, eigenverantwortlich vom unproduktiven Bereithalten Abstand zu nehmen und Produktionsmittel anderweitig einzusetzen. Praktisch wirkt sich dies auf die Frage aus, für welchen Zeitraum eine Entschädigung für das unproduktive Vorhalten eines konkreten Produktionsmittels angenommen werden kann. Konkrete zeitliche Vorgaben existieren hierzu nicht.

So Auftragnehmer-freundlich gering die Voraussetzung für einen Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB in mancher Hinsicht erscheinen, so eingeschränkt ist sein Anwendungsbereich. Die für den Auftragnehmer besonders relevanten Mehrkosten-Faktoren Baupreis- und Lohnkostensteigerungen werden bei lang andauernden Verzögerungen wirtschaftlich eine wesentlich größere Rolle spielen, als die Frage, ob beispielsweise die Kosten für einen nutzlos vorgehaltenen Baucontainer ersatzfähig sind. Dies umso mehr, weil die Zeiträume, für welche eine Entschädigung geltend gemacht werden kann, nach der Rechtsprechung ohnehin beschränkt sind. Die Beschränkung des Anwendungsbereichs des Entschädigungsanspruchs folgt

nicht zuletzt aus dem Umstand, dass es sich um einen verschuldensunabhängigen Anspruch handelt. Der Auftraggeber ist zur Entschädigung auch dann verpflichtet, wenn ihn an der Verzögerung kein Verschulden trifft.

Weitergehende Ansprüche, welche auch diese wesentlichen Mehrkostenfaktoren abdecken, kommen nur bei Vorliegen besonderer Umstände etwa nach § 2 Abs. 5, 5 VOB/B oder bei Verschulden des Auftraggebers in Betracht. Ist die Verzögerung etwa Folge einer bauzeitbezogenen Anordnung des Auftraggebers – wobei ein solches zeitliches Anordnungsrecht nach der wohl herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung nicht aus der VOB/B oder auch nicht aus den werkvertraglichen Regelungen des BGB abgeleitet werden kann, mithin im Vertrag geregelt sein muss – ergäbe sich ein Anspruch des Auftragnehmers auf Vergütung nach § 2 Abs. 5, 6 VOB/B. Ein solcher Anspruch umfasst die tatsächlich erforderlichen Kosten nebst angemessenen Zuschlägen für Wagnis und Gewinn.

Alternativ kann ein ebenfalls nicht mit den inhaltlichen Beschränkungen des Entschädigungsanspruches nach § 642 BGB behafteter Schadenersatzanspruch des Auftragnehmers bestehen. Über einen solchen können Mehrkosten ersetzt verlangt werden, die bei der verzögerten Ausführung von Leistungen entstehen. In der Praxis sind die Fälle, in denen ein Verschulden des Auftraggebers an der Verzögerung nachweisbar ist, jedoch selten.

---

## FAZIT

In den häufigen Fällen einer dem Auftragnehmer wegen fehlender Vorgewerke nur verspätet möglichen Leistungserbringung wird dieser zumeist nur für die aus der Verzögerung begründeten und in deren zeitlicher Dauer entstandenen Nachteile eine Entschädigung verlangen können. Mehrvergütungsansprüche wegen allgemeiner Steigerung von Baupreisen und Lohnkosten sind vom allgemeinen Entschädigungsanspruch nicht erfasst. Sie sind nur bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen im Einzelfall ersatzfähig. In jedem Fall ist die Beratung durch einen baurechtlich spezialisierten Rechtsanwalt zur Prüfung der konkreten Ansprüche zu empfehlen.



**BERNHARD LEISNER**  
Rechtsanwalt

# Einstweiliger Rechtsschutz für Gesellschafter bei zwangsweiser Einziehung des Geschäftsanteils im Start-Up-Umfeld.

OLG München vom 18.05.2021 – 7 W 718/21

von Rechtsanwalt Dr. Philipp Bollacher

Der BGH hatte bereits 2019 entschieden, dass ein GmbH-Gesellschafter, der durch Zwangseinziehung seinen Geschäftsanteil verliert in einem solchen Fall per einstweiliger Verfügung vorab die Unterlassung der Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste verlangen kann. Das OLG München führt diese Rechtsprechung nun konsequent fort, indem es dem betroffenen Gesellschafter – für den Fall, dass eine geänderte Gesellschafterliste bereits zum Handelsregister eingereicht wurde – auch einen Berichtigungsanspruch dahingehend einräumt, dass die Änderung der bereits eingereichten Gesellschafterliste verlangt werden kann und dieser Anspruch auch im Wege einer einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden kann.

## SACHVERHALT

Die Beteiligten stritten im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes über die zwangsweise Einziehung der Geschäftsanteile der Antragstellerin an der Antragsgegnerin. Die Antragstellerin ist Gründungsgesellschafterin der Gesellschaft und ein Beteiligungsvehikel ihres Geschäftsführers und Gesellschafters. Der Geschäftsführer der Antragstellerin war im Jahr 2020 ebenfalls Geschäftsführer der Antragsgegnerin, einem Start-up in der Rechtsform der GmbH.

Im Juni 2020 kam es zum Einstieg von Investoren in die GmbH. Zwischen den Beteiligten wurde ein Investment and Shareholders' Agreement (ISA) geschlossen, weiterhin wurde der Gesellschaftsvertrag neu gefasst: Der Gesellschaftsvertrag sah zur Einziehung von Anteilen u.a. vor, dass die Zwangseinziehung möglich ist, wenn ein wichtiger, den Ausschluss rechtfertigender Grund in der Person oder im Verhalten des Gesellschafters vorliegt. Das ISA sah vor, dass jede Gründungsgesellschaft aufgrund einer Call Option bei Eintritt eines „Bad-Leaver Events“ Anteile an die Gesellschaft oder die übrigen Gründer(gesellschaften) bei Ausübung der Option übertragen müsse. „Bad-Leaver Event“ im Sinne des ISA war insbesondere die Kündigung und/oder Abberufung als Geschäftsführer aus wichtigem Grund. Die Ausübungsfrist betrug sechs Monate.

Die Investoren führten im Zuge ihres Einstiegs eine Due Dilligence bei der GmbH durch. Im DD-Report wurde im Abschnitt „key man risk in Germany“ ausdrücklich ua hinsichtlich des Geschäftsführers festgestellt, er sei „not a good leader of people“. Anschließend lud der Geschäftsführer – nach eigenen Angaben in Vorbereitung der Rechtsverteidigung – tausende sensible Firmendateien auf einen Laptop und ein Speichermedium herunter. Im August 2020 wurde er als Geschäftsführer abberufen und sein Anstellungsvertrag fristlos gekündigt. Unmittelbar danach gab er Laptop und Speichermedium zurück. In einer eidesstattlichen Versicherung erklärte er, lediglich noch auf ca. 200 (u.a. gesellschaftsrechtliche) Dokumente Zugriff zu haben.

Dennoch verhandelten die Parteien ab Herbst 2020 über einen Kauf der Anteile der Antragstellerin. Nach dem Scheitern der Verhandlungen im Dezember 2020 machte die Gesellschaft im Januar 2021 von der Call Option „Bad Leaver“ nach dem ISA Gebrauch. Erst im März 2021 beschlossen die Gesellschafter schließlich die Einziehung der restlichen Anteile der Antragstellerin nach dem Gesellschaftsvertrag. Gegen diese Einziehung wandte sich die Antragstellerin mit ihrer einstweiligen Verfügung. Parallel erhob die Antragstellerin in der Hauptsache Anfechtungsklage gegen den Einziehungsbeschluss. Die Gesellschaft reichte in der Zwischenzeit eine geänderte Liste zum Handelsregister ein, die die Antragstellerin nicht mehr als Gesellschafterin auswies. Das OLG München erließ die beantragte einstweilige Verfügung.

## ENTSCHEIDUNG UND BEWERTUNG DES OLG MÜNCHEN

### ZUM VERFÜGUNGSANSPRUCH

Die Antragstellerin hat einen Anspruch auf einstweilige (Weiter-)Behandlung als Gesellschafterin und Eintragung einer geänderten Gesellschafterliste glaubhaft gemacht. Da es sich bei der einstweiligen Verfügung iSd §§ 935 ff. ZPO im Verhältnis zum Klageverfahren um ein Eilverfahren handelt, erfolgt eine „bloß“ summarische Prüfung der Erfolgsaussichten durch das Gericht. Der Verfügungs-

anspruch – wie auch der Verfügungsgrund – sind nach §§ 936, 920 iVm § 294 ZPO lediglich glaubhaft zu machen.

### **Maßstab für die Beurteilung der Erfolgsaussichten: Überwiegende Wahrscheinlichkeit ausreichend und keine Vorwegnahme der Hauptsache durch Antragstellung**

Anders als die bisherige Rechtsprechung, nach der die verlangte, dass „eindeutig“ oder „zweifelsfrei“ feststehe, oder zumindest eine „hohe Wahrscheinlichkeit“ dahingehend bestehe, dass die Einziehung rechtswidrig sei und „nur bei sehr eindeutiger Sach- und Rechtslage“ eine entsprechende Verfügung zulässig sei, ließ das OLG München es – unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des BGH aus dem Jahre 2019 ausreichen, dass eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass die Einziehung der Anteile der Antragstellerin rechtswidrig erfolgte. Auch eine Vorwegnahme der Hauptsache liege im Falle der Einreichung einer korrigierten Liste nach Ansicht des OLG München nicht vor, da gerade die Gesellschaft durch (verfrühte) Einreichung einer „falschen“ Liste vor Rechtskraft der Hauptsache selbst „vollendete Tatsachen“ geschaffen habe.

### **Rechtswidrigkeit der Einziehung überwiegend wahrscheinlich**

Die von der Antragsgegnerin vorgebrachten Gründe reichten nach Auffassung des OLG weder für sich genommen noch in einer Gesamtschau für eine Einziehung aus.

Zwangseinziehungen können immer nur ultima ratio sein, um Verwerfungen im Gesellschafterkreis zu beseitigen. Einziehungsgründen muss daher stets besonderes Gewicht zukommen. Vereinbaren die Gesellschafter die Einziehung „aus wichtigem Grund“ im Gesellschaftsvertrag, so kommen grundsätzlich Einziehungsgründe vergleichbar denen in §§ 723 I 2, 737 BGB und §§ 133, 140 HGB in Betracht. Ein solches Fehlverhalten kann die Einziehung jedoch nur dann rechtfertigen, wenn die Pflichtverletzung so schwerwiegend ist, dass sein Verbleib als Gesellschafter den übrigen Gesellschaftern unzumutbar ist, so z.B. wenn das Vertrauensverhältnis der Gesellschafter so nachhaltig zerrüttet ist, dass ein gedeihliches Miteinander nicht mehr gegeben ist.

### **Vorgebrachte Gründe reichen für Einziehung nicht aus**

Das OLG München verneint das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Ein wichtiger Grund könne sowohl in der Verletzung gesellschaftlicher Pflichten, aber auch in Eigenschaften des Gesellschafters oder in von ihm gesetzten äußeren

Umständen liegen. Auch eine Pflichtverletzung als Geschäftsführer kann einen wichtigen Grund darstellen, wenn das Verhalten als Geschäftsführer zu einer Zerrüttung des Gesellschafterverhältnisses führt, so dass ein gedeihliches Miteinander ausgeschlossen ist. Nach Ansicht des OLG München lagen die Voraussetzung für eine solche nachhaltige Störung des Vertrauensverhältnisses nicht vor:

Gegenstand der Überprüfung war – so das OLG klarstellend – nicht die Abberufung als Geschäftsführer und nicht die Kündigung des Geschäftsführerdienstvertrags, sondern einzig die Einziehung des Geschäftsanteils war. Bereits der zentrale Vorwurf des „missbräuchlichen Datenklau“ reichte nach Ansicht des OLG für eine Einziehung nicht aus. Der Geschäftsführer habe auf die Daten während seiner Tätigkeit ohnehin Zugriff gehabt. Auch sei aufgrund der Menge der heruntergeladenen Daten nicht pauschal anzunehmen, dass diese nicht für die Rechtverteidigung, sondern für missbräuchliche Zwecke verwendet werden sollten. Jedenfalls die Rückgabe der Daten mit Ablösung als Geschäftsführer sowie die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung spreche gegen die Annahme eines Missbrauchs.

Der weitere Vorwurf, dass der Geschäftsführer zum „Gegenangriff“ gegen seine beiden Mit-Geschäftsführer übergang und deren Abberufung forderte, kann, so das OLG München, ebenfalls nicht als Einziehungsgrund halten, da diesem Verhalten kein hinreichendes Gewicht zukäme.

Das OLG München stellt außerdem unter Bezugnahme auf den BGH klar, dass ein wichtiger Grund auch in der Gesamtheit der Vorwürfe liegen kann. Nach Ansicht des OLG München stellen sämtliche von der Antragsgegnerin angeführten Gründe aber auch in der Gesamtschau keinen „wichtigen Grund“ im o.g. Sinne dar.

### **Wichtiger Grund verliert mit Zeitablauf an Gewicht**

Das OLG München widmet im vorliegenden Fall insbesondere dem zeitlichen Ablauf bis zur Zwangseinziehung längere Ausführungen. Bei seiner Auslegung berücksichtigt das OLG insbesondere auch die im ISA gewählte zeitliche Begrenzung für die Ausübung der Call Option. Das OLG stellte insoweit fest, dass der wichtigste Grund „illegaler Datendownload“ zunehmend – insbesondere nach Ablauf von sechs Monaten – hier an Gewicht verloren habe.

Denn grundsätzlich verliert ein die Einziehung rechtfertigender wichtiger Grund mit zunehmendem Zeitablauf an Gewicht. Der Umstand, dass die Gesellschaft seit der

schwerwiegendsten Pflichtverletzung, dem Datendownload, sechs Monate bis zur bloßen Geltendmachung der „Bad Leaver“ Call Option verstreichen ließ, müsse daher Berücksichtigung finden. Im vorliegenden Fall sei für die Ausübung der Call Option im ISA ein zeitlicher Korridor von sechs Monaten vorgegeben worden. Das OLG München überträgt diese zeitliche von den Parteien gewählte Vorgabe, wenn auch im Gesellschaftsvertrag nicht explizit geregelt, auf den Gesamtkomplex der „Einziehung von Geschäftsanteilen“.

### **Zum Verfügungsgrund**

Nach dem OLG München überwiegen die Interessen der Antragstellerin und ein Verfügungsgrund sei glaubhaft gemacht. Ein Verfügungsgrund iSd § 940 ZPO liegt vor, wenn die einstweilige Anordnung notwendig ist, um wesentliche Nachteile oder drohende Gewalt vom Antragsteller abzuwenden oder wenn sie aus anderen Gründen nötig erscheint. Das Gericht hat hierbei die schutzwürdigen Interessen beider Beteiligten gegeneinander abzuwägen.

### **Notwendigkeit einer Anordnung aufgrund Besonderheiten der Geschäftsentwicklung bei Start-ups**

Nach Ansicht des OLG München hatte die Antragstellerin glaubhaft gemacht, dass ohne den Erlass der begehrten einstweiligen Verfügung bei der Gesellschaft eine Beschlussfassung über richtungsweisende Maßnahmen und Entscheidungen über wesentliche Investitionsmaßnahmen zulasten der Antragstellerin drohten.

Bei einem Start-up-Unternehmen drohen, anders als bei eingeschwungenen Unternehmen, in der Regel häufiger Beschlussfassungen über richtungsweisende Maßnahmen und Entscheidungen über wesentliche Investitionsmaßnahmen. Dass auch vorliegend wesentliche weitere Investitionsmaßnahmen anstanden und damit einhergehende irreparable Schäden für die Antragstellerin drohten, war nach Auffassung des OLG glaubhaft gemacht worden. Dem OLG erschien es daher geboten, die Antragstellerin in der vorliegenden Aufbauphase des Start-ups nicht von der Teilnahme an Gesellschafterversammlungen, die möglicherweise grundlegende Entscheidungen treffen, und von entsprechenden Informationsrechten, auszuschließen.

### **Keine anderweitige Beurteilung aufgrund bloßer Minderheitsbeteiligung**

Das OLG betont im Rahmen seiner Interessenabwägung, dass dem Verfügungserlass nicht entgegensteht, dass die Antragstellerin lediglich Minderheitsgesellschafterin war und ihr Stimmrecht aufgrund der Regelungen im Gesellschaftsvertrag während des Hauptsacheverfahrens ruhte. Denn ohne Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung wäre die Antragstellerin von jeder Information, insbesondere auch über anstehende Versammlungen, geplante Abstimmungen, vom – essenziellen – Einbringen ihrer Argumente in der Versammlung und auch von der gegebenenfalls rechtzeitigen Inanspruchnahme weiterer Rechtsmittel abgeschnitten.

### **Zum Inhalt der einstweiligen Verfügung**

Das OLG München gewährt der Antragstellerin in der Sache sowohl die Anordnung, die Antragstellerin bis zur Entscheidung in der Hauptsache einstweilen wie eine Gesellschafterin – mit der Maßgabe, dass ihr Stimmrecht aufgrund satzungsmäßiger Vorgaben ruht – zu behandeln, als auch die Eintragung einer korrigierten Gesellschafterliste.

Weiter führt das OLG aus, dass nach der Rechtsprechung des BGH der Anspruch auf einstweilige Untersagung der Eintragung einer geänderten Gesellschafterliste anerkannt ist. Vor diesem Hintergrund ist es nach Auffassung des OLG nicht nachvollziehbar, einen Anspruch auf Korrektur der bereits eingereichten Gesellschafterliste zu versagen, da es anderenfalls von zeitlichen Zufälligkeiten abhinge, ob aufgrund eines in der Hauptsache umstrittenen Gesellschaftsbeschlusses eine diesem Beschluss folgende Gesellschafterliste im Handelsregister eingetragen wird bzw. in selbigem unkorrigiert verbleibt.

Das OLG München bestätigt damit als erstes Obergericht, dass ein Gesellschafter nicht nur durch Klage, sondern auch vorgelagert im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes von der Gesellschaft die Korrektur einer zwischenzeitlich geänderten Gesellschafterliste verlangen kann.



**DR. PHILIPP BOLLACHER**

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht



## HINWEIS

Für den betroffenen Gesellschafter sind Streitige Auseinandersetzungen mit den (ehemaligen) Mitgesellschaftern und der Gesellschaft – gerade bei einem Zwangsausschluss aus der Gesellschaft – oft mit erheblichen Risiken verbunden: Wird nach beschlossener Zwangseinziehung des Anteils eine geänderte Gesellschafterliste zum Handelsregister eingereicht, so greift die sog. „Legitimationswirkung der Gesellschafterliste“. Der ausgeschlossene Gesellschafter gilt hiernach im Verhältnis zur Gesellschaft nicht mehr als Gesellschafter. Er darf an der Willensbildung der Gesellschaft nicht mehr teilnehmen und findet – schlimmstenfalls – sofern sein Ausschluss unwirksam war, nach Abschluss des Rechtsstreits ein völlig anderes Unternehmen vor, da in der Zwischenzeit weitreichende Veränderungen beschlossen und umgesetzt wurden. In einem solchen Fall ist der Rechtsschutz durch den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, die die bisherigen Anteilsverhältnisse sichert, essentiell. Da der Erlass einer einstweiligen Verfügung aber immer nur innerhalb eines engen zeitlichen Rahmens nach der Rechtsverletzung möglich ist (in der Regel innerhalb eines Monats, sog. „Dringlichkeit“) ist in diesen Fällen besondere Eile geboten. Da in der Praxis oft noch Zeit benötigt wird, um den Sachverhalt zu ermitteln, sollte um weitergehende Schäden zu vermeiden, schnellstmöglich rechtliche Beratung in Anspruch genommen werden. Wegen der durch das OLG München nun herabgesetzten Anforderungen an die Darlegung des Verfügungsanspruchs in einem solchen Fall – nämlich dass für die Anordnung der einstweiligen (Weiter-)Behandlung als Gesellschafter eine überwiegende Wahrscheinlichkeit genügt, dass die Anteilseinziehung rechtswidrig ist – sind auch die Erfolgsaussichten eines solchen Antrags vielversprechender als noch vor Erlass des Urteils.



# Zum Recht auf Waffengleichheit im einstweiligen Rechtsschutz – die Anhörung des Gegners vor dem Erlass einstweiliger Verfügungen oder „Wenn Richter (Verfassungsrichter) provozieren“

Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 1. Dezember 2021 - 1 BvR 2708/19

von Rechtsanwalt Christian Diener

## SACHVERHALT

In Anträgen auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gehört es zur wohl üblichen Anwaltsformulierung, diese „wegen Dringlichkeit ohne mündliche Verhandlung“ zu beantragen. Häufig kommen Gerichte dem auch nach und verzichten nicht nur auf eine mündliche Verhandlung, sondern auch gleich auf jegliche Anhörung des Gegners. Auch zeigt die Praxis, dass sich die Prüfung der Gerichte auch im Übrigen häufig auf eine reine Plausibilitätsprüfung – bisweilen auch nur des äußeren Umfangs einer Antragsschrift – beschränkt.

Für Antragsteller mag dies angenehm sein, für Antragsgegner stellt dies einen ganz erheblichen Eingriff in die eigene Rechtsposition dar, da gegen eine einmal erlassene einstweilige Verfügung zwar ein Widerspruch stets möglich ist, bis zur Entscheidung über diesen aber schnell mehrere Wochen, wenn nicht Monate vergehen können, in denen die einstweilige Verfügung Wirkung entfaltet.

Das Bundesverfassungsgericht hat daher bereits in einer Vielzahl von Entscheidungen klargestellt, dass das „Urrecht“ ( BVerfGE 70, 180 <188>) auf rechtliches Gehör und das (Grund)Recht auf prozessuale Waffengleichheit nur dann eingeschränkt werden dürfen, wenn ohne dies ein effektiver Rechtsschutz nicht möglich wäre.

Diese deutlichen Ansagen des Bundesverfassungsgerichts scheinen wie eingangs dargestellt bei den Instanzgerichten jedoch nicht auf größere Resonanz gestoßen zu sein. Dies veranlasste das Bundesverfassungsgericht nunmehr zu einer schon als drastisch zu bezeichnende Rüge des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg.

Hintergrund war ein presserechtlicher Fall, in welchem eine Reederei einem Presseorgan eine bestimmte Berichterstattung verbieten wollte. Das Oberlandesgericht hatte, nachdem das Landgericht den Erlass einer einstweiligen Verfügung abgelehnt hatte, diesem stattgegeben. Beide

Gerichte hatten den Antragsgegner nicht über den Antrag in Kenntnis gesetzt und ihm dementsprechend auch kein Gehör gewährt. Die einstweilige Verfügung wurde, nachdem der Antragsgegner im Widerspruchsverfahren erstmals angehört wurde, aufgehoben. Da hiermit die Wirkungen der einstweiligen Verfügung zwar für die Zukunft, nicht aber die Rechtsverletzung für die Vergangenheit beseitigt waren, erhob der Antragsgegner zusätzlich Verfassungsbeschwerde.

## ENTSCHEIDUNG DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS

Das Bundesverfassungsgericht hielt – wenig überraschend – an seiner bisherigen Rechtsprechung fest und betonte erneut die Wichtigkeit des Rechts auf rechtliches Gehör und auf prozessuale Waffengleichheit. Es wies auch darauf hin, dass dennoch nicht jede Verletzung von prozessualen Grundsätzen gleich zur Begründetheit einer Verfassungsbeschwerde führt. Vielmehr bedürfe es hierfür eines Feststellungsinteresses. Werde ein solches auf Wiederholungsgefahr gestützt setze dies voraus, „dass die Zivilgerichte die aus dem Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit folgenden Anforderungen grundsätzlich verkennen und ihre Praxis hieran unter Missachtung der verfassungsrechtlichen Maßstäbe nicht ausrichten“.

Diesen hohen Maßstab einer grundsätzlichen „Verkennung des Rechts“ durch die Zivilgerichte sah das Gericht im entschiedenen Fall, wie auch in einigen vorher entschiedenen Fällen als erfüllt an – eine Aussage, die kein Richter gerne hören sollte.

Dem aber nicht genug; das Bundesverfassungsgericht sah sich auch zu folgendem bemerkenswerten „Hinweis“ an das Hanseatische Oberlandesgericht genötigt:

„Der wiederholte Verstoß des Pressesenats des Oberlandesgerichts gegen das Gesetz der Waffengleichheit bei einstweiligen Anordnungen gibt Anlass, auf die rechtliche Bindungswirkung der Entscheidungen des Bundesverfas-



sungsgerichts hinzuweisen (§ 31 Abs. 1, § 93 c Abs. 1 S. 2 BVerfGG). Bei zukünftigen Verstößen gegen die Waffengleichheit durch den Senat wird die Kammer ein Feststellungsinteresse für eine Verfassungsbeschwerde oder einen Antrag auf einstweilige Anordnung gemäß § 32 BVerfGG stets als gegeben ansehen.“

## FAZIT

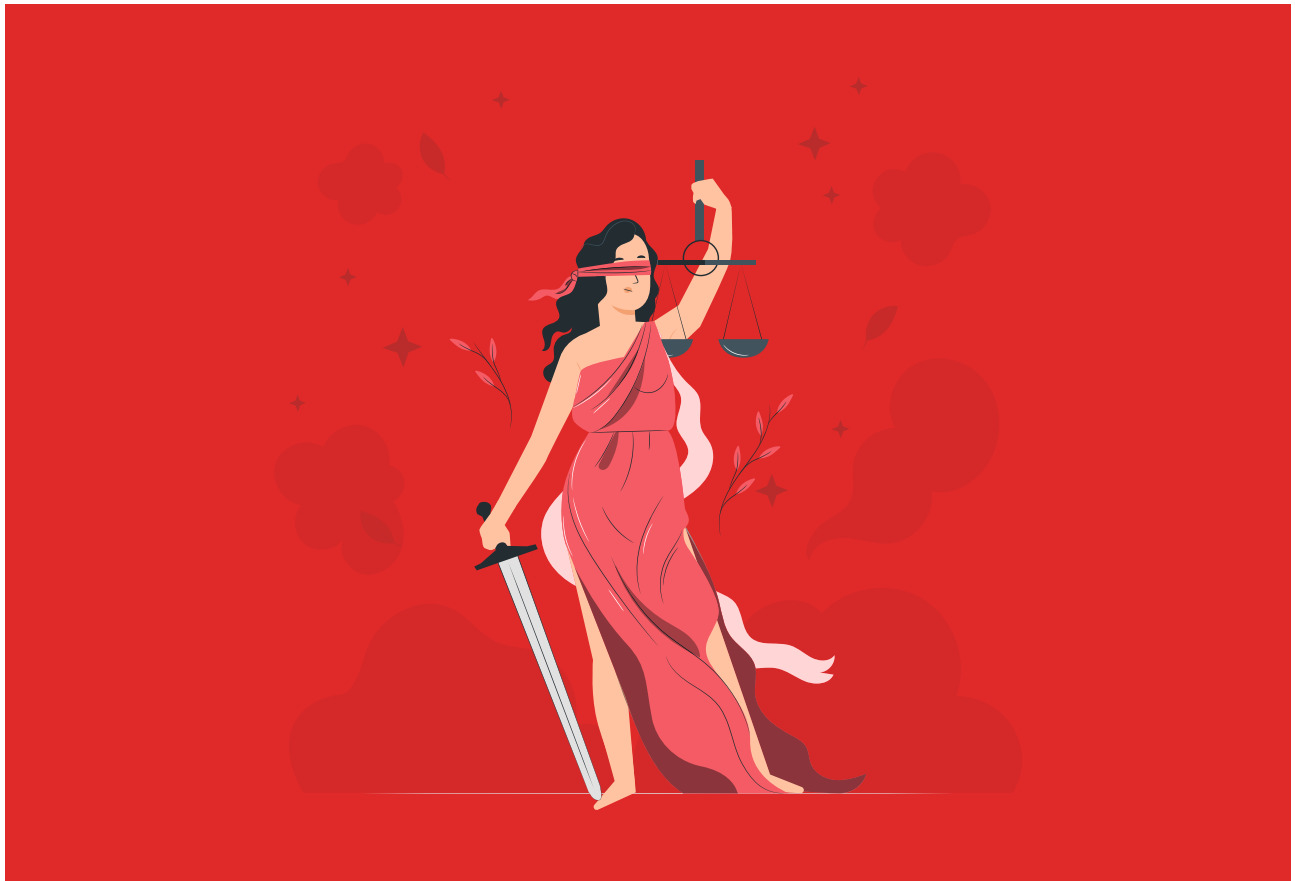
Mit dieser Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht den Pressesenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg gewissermaßen unter Führungsaufsicht gestellt. Offenbar ist man in Karlsruhe der Überzeugung, dass dem vom Verfassungsgericht insoweit gesetzten Recht auf anderem Wege nicht (mehr) zur Geltung verholfen werden kann. Es bleibt abzuwarten, ob diese Entscheidung (auch) andere Gerichte dazu bewegen wird, beim Erlass von einstweiligen Verfügungen vorsichtiger zu sein. Der Rechtssicherheit wäre hiermit geholfen. Nicht nur würde die Einholung einer Stellungnahme des Antragsgegners dabei helfen, die Entscheidung des Gerichts auf tatsächlich richtige Grundlagen zu stellen, auch den Gerichten selbst

wäre geholfen, wenn sie bei ihrer Entscheidungsfindung verschiedene Argumente abwägen können. Zwar gilt nach dem Grundsatz „iura novit curia“, dass das Gericht das Recht kennt (bzw. zu kennen hat), in der Praxis, insbesondere bei Eilentscheidungen, fällt aber auf, dass auch Richter nur Menschen sind und bisweilen Unterstützung durch nicht selten in Spezialfragen rechtskundigere Anwälte, auch wenn diese selbstverständlich ihre jeweiligen Parteien vertreten, nicht schadet.

Falsche einstweilige Verfügungen belasten den Antragsgegner nicht nur rechtlich, sondern häufig auch tatsächlich, wenn ihm bspw. erforderliche Handlungen untersagt werden. Es ist zu hoffen, dass durch diese deutliche Ansage des Bundesverfassungsgerichts die Anzahl an Fehlentscheidungen verringert wird.



**CHRISTIAN DIENER**  
Rechtsanwalt



# Anpassung der Gewerbemiete während des Corona-Lockdowns möglich

BGH, Urteil vom 12.01.2022 - Az. XII ZR 8/21

von Rechtsanwältin Darja Malinovski

Wie wir bereits im Frühjahr 2020 berichtet haben, erließ der Gesetzgeber am 27. März 2020 ein Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht. Ziel des Gesetzes war es, die Gefahr abzumildern, laufenden Verbindlichkeiten nicht ordnungsgemäß nachkommen zu können, die aufgrund der umfangreichen behördlichen Maßnahmen im Zusammenhang mit dem SARS-CoV-2-Virus und den damit verbundenen erheblichen Einkommensverlusten entstanden sind. Dieses Problem sollte dadurch gelöst werden, dass im Mietrecht betroffenen Mietern ein Zahlungsaufschub gewährt wurde und Vermietern das Recht zur Kündigung wegen Zahlungsverzugs eingeschränkt wurde. Die Verpflichtung zur Mietzahlung sollte aber im Grundsatz bestehen bleiben.

Nach der jüngsten Entscheidung des BGH haben nun gewerbetreibende Mieter, die im Corona-Lockdown ihr Geschäft schließen mussten, grundsätzlich einen Anspruch auf Anpassung der Miete wegen Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 1 BGB). Während der BGH eine pauschale Lösung, wonach die Miete bei Schließung des Geschäfts zwischen Vermieter und Mieter im Verhältnis 50:50 aufgeteilt wird, ablehnt, sei eine Anpassung der Gewerbemiete nach konkreter Einzelfallbetrachtung möglich.

## SACHVERHALT

In seiner Entscheidung beschäftigte sich der BGH mit der Klage des Vermieters einer an den Textil-Discounter KiK vermieteten Gewerbeeinheit. KiK zahlte an den Vermieter im April 2020 keine Miete, da das Geschäft aufgrund der wegen des Ausbruchs der Corona-Pandemie erlassenen Allgemeinverfügung in dieser Zeit geschlossen blieb. Hiergegen ging der Vermieter zunächst vor dem LG Chemnitz vor, welches dem Vermieter Recht gab und KiK zur gesamten Zahlung der Miete in Höhe von rund EUR 8.000 verurteilte. In zweiter Instanz hob das OLG Dresden das Urteil insoweit auf, als dass KiK nur zur Zahlung der hälftigen Miete verpflichtet sei. Das OLG Dresden führte aus, dass aufgrund der staatlichen Schließungsanordnung die Störung der Ge-

schäftsgrundlage des Mietvertrages nach § 313 Abs. 1 BGB gegeben sei und daher der Mietvertrag in der Weise angepasst werden müsse, dass die Kaltmiete für die Dauer der Schließung nur zur Hälfte vom Mieter getragen werden müsste.

## ENTSCHEIDUNG DES BGH

Der BGH hob das Urteil des OLG Dresden auf und lehnte die pauschale 50:50-Lösung ab. Der BGH führte zunächst aus, dass Allgemeinverfügungen, die im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie erlassen wurden, keinen Mangel der Mietsache nach § 536 Abs. 1 S. 1 BGB darstellen würden. Nach Auffassung des BGH stellt die pandemiebedingte Betriebsschließung zwar ein Gebrauchshindernis dar, das aber nicht auf Beschaffenheit, Zustand oder Lage der Mietsache beruhe, sondern allein das Verwendungsrisiko des Mieters betreffe. Zu dem typischen Verwendungsrisiko des Mieters gehöre vor allem das Risiko, mit dem Mietobjekt Gewinne erzielen zu können, so dass ein Mangel aus der Sphäre des Vermieters nicht vorliege. Auch die faktische Beschränkung bzw. Verhinderung des Zugangs zu den Mieträumen für potentielle Kunden stelle keinen Mangel dar, da die Zugangsbeeinträchtigung nicht auf der konkreten baulichen Gegebenheit der Mietsache beruhe. Der BGH stellte demnach fest, dass die hoheitliche Schließung wegen der Corona-Pandemie nicht mit dem Zustand oder der Lage des Mietobjekts zu tun habe.

Weiter kennt der BGH dennoch an, dass die vielfältigen Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie massive Auswirkungen auf das gesellschaftliche und wirtschaftliche Leben in Deutschland hatten, wodurch während des ersten Lockdowns im Frühjahr 2020 die sog. große Geschäftsgrundlage betroffen sei. Die wirtschaftlichen Nachteile eines Mieters bei einer pandemiebedingten Schließung seien keine Folge unternehmerischer Entscheidungen, sondern der umfangreichen staatlichen Eingriffe. Dafür sei keine der beiden Mietparteien verantwortlich. Es habe sich ein allgemeines Lebensrisiko verwirklicht, dass von der mietvertraglichen Risikoverteilung nicht erfasst sei.



Damit sei grundsätzlich die Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 1 BGB weggefallen, wenn vermietete Gewerbeeinheiten infolge staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie für den Betrieb des Mieters nicht oder nur mit erheblicher Einschränkung verwendbar sei.

Ist die Geschäftsgrundlage weggefallen, sei weiter nötig, dass das Festhalten am unveränderten Vertrag für eine Partei unzumutbar sei. Eine pauschale Betrachtungsweise, ob der Mieter nun die Miete entrichten muss oder nicht, komme daher nicht in Frage. Ebenso wenig komme eine pauschale Vertragsanpassung dahingehend in Betracht, dass jeder grundsätzlich die Hälfte der Miete zu zahlen hat. Vielmehr müsse eine Einzelfallprüfung durchgeführt werden, welche Nachteile dem Mieter durch die Geschäftsschließung und deren Dauer entstanden sind. Zu berücksichtigen könne auch sein, welche Maßnahmen der Mieter ergriffen hat oder ergreifen konnte, um die drohenden Verluste während der Geschäftsschließung zu vermindern. Bei der Prüfung der Unzumutbarkeit sind grundsätzlich auch finanzielle Vorteile zu berücksichtigen, die der Mieter aus staatlichen Leistungen zum Ausgleich der pandemiebedingten Nachteile erlangt hat. Auch Leistungen einer einstandspflichtigen Betriebsversicherung des Mieters können berücksichtigt werden. Staatliche Unterstützungsmaßnahmen, die nur auf Basis eines Darlehens gewährt wurden, blieben hingegen bei der gebotenen Abwägung außer Betracht, weil der Mieter durch sie keine endgültige Kompensation der erlittenen Umsatzeinbußen erreiche.

Damit müsse im Fall einer pandemiebedingten Geschäftsschließung der Mieter darlegen und ggf. beweisen, welche Nachteile ihm aus der Betriebsschließung entstanden sind, die ihm eine vollständige Mietzahlung für diesen Zeitraum unzumutbar gemacht haben und welche zumutbaren Anstrengungen er unternommen hat, um drohende Verluste auszugleichen. Behauptet der Mieter, keine staatlichen Unterstützungsleistungen erhalten zu haben, so müsse er darlegen und ggf. beweisen, dass er sich um mögliche Hilfeleistungen vergeblich bemüht hat. Gelingt ihm dies nicht,

müsse er sich so behandeln lassen, als hätte er die staatlichen Unterstützungsleistungen erhalten.

Mit dem Urteil des BGH steht damit der nicht zahlende Mieter grundsätzlich in der Pflicht, detailliert vorzutragen und zu beweisen, welche Nachteile ihm durch die Geschäftsschließung entstanden sind. Er muss sich demnach vor dem Vermieter völlig transparent zeigen und sowohl die Gewinnaussichten für den Schließungszeitraum anhand von geeigneten Dokumenten vorweisen als auch alle Maßnahmen aufzeigen, die er zur Verminderung dieser Nachteile unternommen hat und ggf. auch unternehmerische Entscheidungen im Einzelnen begründen. Ob dieser Aufwand für einen Gewerbetreibenden in Anbetracht der im Verhältnis wohl nur kurzen Zeit des Lockdowns lohnenswert ist, muss in der Abwägung eines jeden Mieters Berücksichtigung finden.

---

#### FAZIT

Der BGH hat in seinem Urteil nun klargestellt, dass bei einer pandemiebedingten Gewerbebetriebsschließung die Geschäftsgrundlage im Gewerbemietverhältnis gestört ist. Eine Anpassung der Gewerbemiete während des Lockdowns ist demnach möglich, wenn der Mieter die ihm dadurch tatsächlich entstandenen Nachteile darlegt und beweist. Damit hat der BGH verbindliche Leitlinien für alle Fälle geschaffen, die zuletzt noch in der Schwebe waren. Wegen der detaillierten Darlegungslast für den Mieter bleibt es insgesamt weiterhin sowohl auf Mieter- als auch auf Vermieterseite empfehlenswert, eine einvernehmliche Lösung zwischen den Parteien anzustreben.



**DARJA MALINOVSKI**  
Rechtsanwältin

# Diskriminierung nichtbinärer Personen beim Online-Shopping

OLG Karlsruhe, Urteil vom 14.12.2021 – 24 U 19/21

von Rechtsanwältin Darja Malinovski

Über das Thema der sprachlichen Gleichbehandlung der Geschlechter wird seit einigen Jahren so viel diskutiert wie selten zuvor. So beschäftigt die geschlechterneutrale und somit diskriminierungsfreie Anrede von Personen auch die deutschen Gerichte und das nicht nur im Arbeitsrecht, wie wir bereits in der RB News Herbstausgabe 2021 zum Gender-Sternchen in der Stellenausschreibung informiert haben. Auch Betreiber von Online-Shops sollten auf die Verwendung gendergerechter Formulierungen in ihrem gesamten Internetauftritt achten. Das OLG Karlsruhe entschied, dass eine Diskriminierung nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vorliege, wenn in der Kontaktangabe eines Online-Shops nur zwischen „Frau“ und „Mann“ als Anrede gewählt werden könne.

Die klagende Person erhob gegen ein Bekleidungsunternehmen Klage auf Unterlassung und Entschädigung in Höhe von EUR 2.500, da für die Registrierung und den Online-Kauf nur eine Auswahl zwischen den beiden Anreden „Frau“ und „Herr“ möglich war. Die Klage auf Unterlassung und Entschädigung hatte zwar weder vor dem LG Mannheim noch vor dem OLG Karlsruhe Erfolg, jedoch bejahte das OLG Karlsruhe dem Grunde nach eine nach dem AGG verbotene unmittelbare Benachteiligung der klagenden Person wegen des Geschlechts.

Zur Begründung führt das OLG aus, dass die klagende Person – anders als eine Person mit weiblichen oder männlichen Geschlecht – den Online-Kaufvorgang nicht hätte abschließen können, ohne im dafür vorgesehenen Feld eine Angabe zu machen, die der eigenen geschlechtlichen Identität nicht entspricht. Hierdurch sei das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der klagenden Person in seiner Ausprägung des Schutzes der geschlechtlichen Identität verletzt worden. Allerdings bestehe kein Unterlassungsanspruch gegen den Betreiber des Online-Shops, da die dafür erforderliche Wiederholungsgefahr bei dem Beklagten fehle. Der Betreiber habe zwischenzeitlich im Anredefeld neben den Bezeichnungen „Frau“ und „Mann“ die Auswahlmöglichkeit „Divers/keine Anrede“ aufgenommen und habe in E-Mails nur noch mit der Höflichkeitsform „Guten Tag [Vorname Nachname]“ angesprochen.

Auch ein Anspruch auf Entschädigung stehe der klagenden Person nicht zu, da nach Ansicht des Gerichts keine schwerwiegende Verletzung des Benachteiligungsverbots vorliege, denn nicht jede Benachteiligung löse einen Anspruch auf Geldentschädigung aus. Die Benachteiligung sei insbesondere nur im privaten Bereich und nicht in der Öffentlichkeit erfolgt, was weniger schwer wiege. Zudem sei das Verschulden des beklagten Bekleidungsunternehmens gering, da Zweck der Anredeausswahl nur dazu dienen sollte, eine im Kundenverkehr übliche korrekte Anrede der bestellenden Person im Rahmen der weiteren Abwicklung eines Massengeschäfts zu ermöglichen. Das Unternehmen habe zudem direkt nach der Beschwerde der betroffenen Person den Internetauftritt dahingehend geändert, dass es eine geschlechterneutrale Sprache wählte.

---

## FAZIT

Obgleich nach Auffassung des Gerichts im vorliegenden Fall weder ein Anspruch auf Unterlassung noch Entschädigung besteht, da die Diskriminierung insbesondere nicht die dafür erforderliche Intensität erreicht habe, sollten Betreiber von Online-Shops sich um die möglichst genderneutrale Sprache in ihrem gesamten Online-Inhalt bemühen und insbesondere bei der Aufnahme von Kontaktdaten dafür Sorge tragen, dass die Auswahl der Anredeformen auch geschlechtsneutral erfolgen kann. Andernfalls liegt eine generelle Diskriminierung von Personen nichtbinärer Geschlechtsidentität vor. Für gendergerechte Sprache muss neben der Sichtbarmachung auch die Neutralisierung, also die Verwendung möglichst geschlechtsneutraler Ausdrücke im gesamten Internetauftritt berücksichtigt werden.



**DARJA MALINOVSKI**  
Rechtsanwältin

# Onlinegründungen der GmbH und mehr – Digitalisierung des Gesellschaftsrechts durch das DiRUG

von Rechtsanwalt Till Kotterer

Die fortschreitende Digitalisierung hält auch im Gesellschaftsrecht Einzug. Am 10.06.2021 wurde ein Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1151 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.06.2019 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht vom Bundestag beschlossen. Dieses Gesetz zur Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) passierte am 25.06.2021 den Bundesrat und wurde am 13.08.2021 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht. Die Neuregelungen treten überwiegend zum 01.08.2022 in Kraft. Sie stellen einen ersten Schritt auf dem Weg zur Digitalisierung des Gesellschaftsrechts dar. Da die Regelungen aber teilweise sehr vom deutschen Verständnis der vorsorgenden Rechtspflege getragen sind, erfolgt die Reform gewissermaßen mit angezogener Handbremse. Im Folgenden sollen die wichtigsten Regelungen im Überblick dargestellt und dem Leser verständlich gemacht werden.

## I. ONLINEGRÜNDUNGEN DER GMBH UND DER UG

Der oft lästige Gang zum Notar ist für die Gründungsgesellschafter einer GmbH oder UG, dem DiRUG sei Dank, nicht mehr zwingend. Der Gesellschaftsvertrag bedarf zwar weiterhin der notariellen Beurkundung, diese kann nun aber gemäß des neuen § 2 Abs. 3 GmbHG im Rahmen einer Videokonferenz über ein ausschließlich von der Bundesnotarkammer betriebenes Videokommunikationssystem vorgenommen werden. Auch die im Rahmen der Onlinegründung gefassten Gesellschafterbeschlüsse können innerhalb der Videokommunikation mitbeurkundet werden. Zu beachten ist hierbei, dass die Onlinegründung nur für Bargründungen möglich ist, Sachgründungen sind ausdrücklich von der Möglichkeit der Onlinegründung ausgenommen. Außerdem besteht die Onlinegründungsmöglichkeit, wie dargestellt, nur für die GmbH und die UG. Andere Kapitalgesellschaften müssen weiter in Präsenz gegründet werden. Ein Hemmschuh, der die Onlinegründung vielfach erschweren wird, ist die Notwendigkeit der Unterzeichnung des Gesellschaftsvertrags mittels qualifizierter elektronischer Signatur. Hierzu muss man sich bei einem sog. Vertrauensdienstleister kostenpflichtig registrieren und sich ein Kartenlesegerät, eine Signaturkarte und die nötige Software

organisieren, was durchaus zeitaufwendig sein kann. Diese hohen Anforderungen konterkarieren leider den Gedanken der „bequemeren“ Digitalgründung.

## II. ONLINEBEGLAUBIGUNGEN UND EINTRAGUNG VON ZWEIGNIEDERLASSUNGEN

In bestimmten Fällen werden durch das DiRUG auch sonstige öffentliche Beglaubigungen durch eine Videokonferenz erlaubt. Gemäß neuem § 12 Abs. 1 S. 2 HGB können auf diese Weise Handelsregisteranmeldungen beglaubigt werden, wenn sie durch Einzelkaufleute oder Kapitalgesellschaften in den Rechtsformen der GmbH, AG und KGaA vorgenommen werden. Auch hierfür bedarf es allerdings einer elektronischen Signatur. Außerdem bietet sich fortan die Möglichkeit, Zweigniederlassungen auch digital eintragen zu lassen. Weiterhin wird ein grenzüberschreitender Informationsaustausch über europäische Zweigniederlassungen eingeführt.

## III. ABRUF VON REGISTERINFORMATIONEN

Für das Handelsregister, aber auch für das Vereins-, Partnerschafts- und Genossenschaftsregister soll außerdem nach dem DiRUG fortan ein „register only“-Prinzip gelten, nach dem es nicht länger einer separaten Bekanntmachung von Registereintragungen in einem Bekanntmachungsportal bedarf, sondern Eintragungen in den Registern zukünftig dadurch bekannt gemacht werden, dass sie in dem jeweiligen Register erstmalig (online) zum Abruf bereitgestellt werden. Zudem sollen Informationen in den Registern zukünftig ohne Abrufgebühren zugänglich sein. Die Kosten für die Bereitstellung der Dokumente und Datensätze sollen durch eine Bereitstellungsgebühr ausgeglichen werden.

## IV. DIRECTORS' DISQUALIFICATION

Weiterhin ist über das europäische System der Registervernetzung ein umfassender Informationsaustausch zu disqualifizierten Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern angedacht. Ziel ist es, über den Informationsaustausch Bestimmungshindernisse aus den jeweiligen Mitgliedsstaaten jeweils europaweit zu berücksichtigen. Gemäß neuem § 9c HGB wird das Unternehmensregister damit betraut, ausländische Anfragen zu beantworten und Informationersuchen deutscher Gerichte weiterzuleiten.

**FAZIT**

Der Gesetzgeber ist mit dem DiRUG einen ersten Schritt in Richtung der Digitalisierung des Gesellschaftsrechts gegangen. Dass dieser Schritt allerdings enttäuschend klein ausfällt, liegt am begrenzten Anwendungsbereich, der bspw. Onlinegründungen nur für die GmbH und die UG vorsieht. Auch Gesellschafterbeschlüsse von GmbHs bedürfen weiterhin der notariellen Beurkundung vor Ort. Die Onlinegründung einer GmbH oder UG mag zwar auf den ersten Blick verlockend erscheinen, da der Gang zum Notar erspart bleibt. Mit der Notwendigkeit einer elektronischen Signatur, die aufgrund ihrer sehr hohen Anforderungen auf anderen Gebieten kaum genutzt wird, wird dem digitalaffinen Unternehmer aber eine ähnlich unangenehme Hürde

in den Weg gestellt. Der Sicherheitsgedanke des deutschen Gesetzgebers führt aus diesem Grunde leider dazu, dass das Thema zeitgemäße Digitalisierung im Gesellschaftsrecht nicht konsequenter angegangen wird und über gute Ansätze, zu nennen ist hier vor allem das „register only“-Prinzip, letztlich kaum hinauskommt.

**TILL KOTTERER**

Rechtsanwalt

## Sittenwidrige Schädigung durch vorsätzliche Insolvenzverschleppung

BGH, Urteil vom 27.07.2021 – II ZR 164/20

von Anna Fischer

Das Thema Insolvenzverschleppung ist insbesondere seit der Beendigung der pandemiebedingten Aussetzung der Antragspflicht zum 01.05.2021 wieder ein heikles. Neben den strafrechtlichen Risiken ist insbesondere die weitgehende Geschäftsführerhaftung, mit der sich auch der Bundesgerichtshof (BGH) in der im Folgenden dargestellten praxisrelevanten Entscheidung auseinandersetzen durfte, höchst brisant.

**SACHVERHALT**

Der Kläger beauftragte im Januar 2015 eine GmbH, deren Geschäftsführer der Beklagte war, mit der Durchführung von Fassadenarbeiten. Diese wurden trotz Abschlagszahlungen und ergebnislosen Fristsetzungen nur teilweise erbracht. Im Dezember 2015 war die GmbH insolvenzreif, wovon der Kläger keine Kenntnis hatte. Dieser kündigte den Vertrag im August 2016 und verlangte erfolglos unter anderem die Beseitigung der Mängel der erbrachten Teilleistung. Sodann beantragte der Kläger – nach wie vor in Unkenntnis von der Insolvenzreife – ein selbständiges Beweisverfahren unter anderem über die behaupteten

Mängel, woraufhin gerichtlich eine sachverständige Begutachtung angeordnet wurde. Anfang Dezember 2016 erging gegen den Beklagten ein Strafbefehl wegen vorsätzlicher Insolvenzverschleppung und wenige Monate später wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet. Der Insolvenzverwalter der Schuldnerin gab im Juni 2017 bekannt, dass die Insolvenzmasse nicht in der Lage sei, die Kosten für die Vergütung des Sachverständigen zu tragen, der inzwischen im Zuge des selbständigen Beweisverfahrens ein Gutachten erstattet hatte. Schließlich verlangte der Kläger vom Geschäftsführer der insolventen GmbH den Ersatz der Kosten für das selbständige Beweisverfahren. Die Vorinstanzen verurteilten den Beklagten antragsgemäß.

**ENTSCHEIDUNG DES BGH**

Die Revision des Beklagten hatte keinen Erfolg. Doch anders als die Vorinstanzen, die den Anspruch des Klägers auf § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO stützten, legte der BGH seinem Urteil § 826 BGB zugrunde. Der Kläger könne hiernach die Kosten für das selbständige Beweisverfahren,



das er gegen die insolvente Schuldnerin führte, verlangen, da der Beklagte als Geschäftsführer der Gesellschaft seine Insolvenzantragspflicht verletzt und den Kläger dadurch sittenwidrig geschädigt habe. Trotz Kenntnis von der unabwendbaren Insolvenz der GmbH habe der Beklagte entgegen seiner Pflicht keinen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt. Hieraus folge auch die Sittenwidrigkeit der Insolvenzverschleppung. Umstände, die die Sittenwidrigkeit ausschließen könnten, beispielsweise eine Verzögerung der Antragstellung wegen Sanierungsbemühungen, hätten nicht vorgelegen.

Der für den Ersatzanspruch erforderliche Schädigungsvorsatz setze voraus, dass der Beklagte es jedenfalls für möglich hielt und billigend in Kauf nahm, dass die Gesellschaftsgläubiger durch die Verletzung der Antragspflicht geschädigt werden könnten. Eine genaue Kenntnis über die Anzahl der betroffenen Personen oder die Art des Schadens sei hierfür nicht erforderlich. Nach der Auffassung des Gerichts nahm der Kläger, indem er trotz Kenntnis von der Insolvenz keinen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellte, billigend in Kauf, dass Vertragspartner der Schuldnerin in vorhersehbarer Weise kostenauslösende Maßnahmen ergreifen – wie das streitgegenständliche Beweisverfahren –, die sich nachträglich angesichts der Insolvenz als wirtschaftlich unsinnig erweisen und von der Gesellschaft selbst nicht erstattet werden können.

Die Kosten für das Beweisverfahren seien daher ersatzfähig – unabhängig davon, ob der Anspruch auf Mängelbeseitigung bestanden hätte oder nicht.

Das Urteil setzt die höchstrichterliche Rechtsprechung zur deliktischen Geschäftsführerhaftung wegen Insolvenzverschleppung konsequent fort. In der bisherigen Rechtsprechung zu § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a Abs. 1 InsO war bereits anerkannt, dass Gläubigern, die nach Eintritt der Insolvenzreife mit der Schuldnerin ein Vertragsverhältnis begründet haben und Kostenersatz für den in Unkenntnis der Insolvenzreife gegen die Gesellschaft angestregten Prozess verlangen, ein Schadensersatzanspruch zustehen kann. Neu an der Entscheidung und von nicht zu unterschätzender praktischer Bedeutung ist, dass nunmehr auch Gläubiger in den weiter gefassten Schutzbereich des § 826 BGB einbezogen werden, die bereits vor Insolvenzreife mit der Schuldnerin in einem Vertragsverhältnis standen, wenn sich nach Eintritt der Insolvenzreife getroffene Maßnahmen aufgrund der Insolvenz als „wirtschaftlich unsinnig“ erweisen.

## FAZIT

Das Urteil hat sowohl für die Geschäftsführer (drohend) insolventer Gesellschaften als auch deren Gläubiger Bedeutung. Erstmals betont der BGH, dass der weite Schutzbereich des § 826 BGB nicht nur neue Gläubigern einer insolvenzreifen Schuldnerin, sondern auch Altgläubiger, die nach Eintritt der Insolvenzreife einen Schaden erleiden, erfassen kann. Dies legt nahe, dass Geschäftsführer auch Altgläubiger frühzeitig über die (drohende) Insolvenz der Gesellschaft in Kenntnis setzen sollten, damit diese keine Maßnahmen ergreifen, welche sich angesichts der Insolvenz als „wirtschaftlich unsinnig“ erweisen könnten. Darüber hinaus zeigt das Urteil einmal mehr die Relevanz einer rechtzeitigen Insolvenzantragstellung auf, um der persönlichen Geschäftsführerhaftung zu entgehen. Wird sich ernsthaft um eine Sanierung bemüht und die Antragstellung deshalb möglicherweise hinausgezögert, sollte eine Absicherung durch Gutachten von Wirtschaftsprüfern und eine sorgfältige Dokumentation erfolgen, um dem Vorwurf der Sittenwidrigkeit begegnen zu können.



**ANNA FISCHER**

Wissenschaftliche Mitarbeiterin



# DAS WICHTIGSTE ZUM SCHLUSS

## Der Hundertjährige, der vor Gericht zog und verlor

LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 19.11.2021 – L 1R 124/21

Dass Jugendliche sich mitunter älter machen als sie sind, um die Privilegien der „Erwachsenenwelt“ zu genießen, ist ein bekanntes Phänomen. Dass aber auch Personen, die die Volljährigkeit längst erreicht haben, ein paar Lebensjahre hinzudichten, um bestimmte Vorteile zu erhalten, ist eher ungewöhnlich, machen sie sich doch in der Regel jünger. Das Landessozialgericht (LSG) Niedersachsen-Bremen hatte es nun mit einem besonders dreisten Altersschwindel dieser Art zu tun.

Das Verfahren drehte sich um einen Vollzeit-Verwaltungsfachangestellten, der seinen Ruhestand antreten wollte. Nachdem er sich bereits erfolglos an die Rentenversicherung und das Sozialgericht gewandt hatte, wollte er seine Rente nunmehr vor dem LSG erstreiten. Seinen Rentenanspruch stützte er auf die Behauptung, stolze 102 Jahre alt zu sein. Zwar saß der zuständigen Kammer ein Mann in leicht gebeugter Haltung mit grau-meliertem Haar und der ein oder anderen Falte im Gesicht gegenüber. Dennoch war nicht nur für die Richter offensichtlich, dass sie es hier augenscheinlich nicht mit einem Greis zu tun hatten. Seine optische Erscheinung entsprach eher der eines knapp 50-Jährigen und auch sein Versicherungskonto bei der Rentenversicherung wies als Geburtsjahr 1973 und damit ein Alter von 48 Jahren aus – zu jung für einen Anspruch auf Altersrente.

Der Kläger ließ jedoch selbst nach mehreren richterlichen Hinweisen nicht locker und beharrte darauf, bereits mehr als ein Jahrhundert verlebt zu haben. Dies versuchte er durch eine selbst verfasste „Geburtsbescheinigung“ zu beweisen, die das Geburtsjahr 1919 auswies. Die Angaben der Rentenversicherung erklärte er für falsch. In Wahrheit habe er im Jahr 1973 einen Unfall erlitten, über den er aus Sicherheitsgründen nicht sprechen dürfe.

Die Richter ließen sich von der Geschichte über die vermeintliche Wiedergeburt des Klägers nicht überzeugen. Sie waren sich vielmehr sicher, dass der Zahn der Zeit noch nicht hinreichend an ihm genagt hatte. Angesichts der verhältnismäßig frischen Erscheinung des Klägers konnte man das behauptete Alter auch nicht mehr durch etwaige Schönheitseingriffe und Verjüngungskuren erklären. Es sei außerdem höchst ungewöhnlich, dass ein 102-Jähriger noch in Vollzeit berufstätig ist. Darüber hinaus ließ er in Anbetracht der offensichtlichen Lüge vor Gericht auch die für das behauptete Alter zu erwartende Altersweisheit missen. Daher war es letztlich keine Überraschung, dass das LSG die Klage abwies und den Kläger damit zum ersten Mal im Verfahren alt aussehen ließ.

---

### FAZIT

Das Verfahren stellt einmal mehr unter Beweis, dass das Alter zuweilen eben nicht nur eine Zahl ist. Dem Kläger ist jedenfalls zu wünschen, dass er sich nicht so alt fühlt wie er behauptet zu sein.

**DR. KERSTIN REISERER**

Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Arbeitsrecht  
Partnerin  
[k.reiserer@rb-heidelberg.com](mailto:k.reiserer@rb-heidelberg.com)

**FLORIAN CHRIST**

Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Partner  
[f.christ@rb-heidelberg.com](mailto:f.christ@rb-heidelberg.com)

**DR. PHILIPP BOLLACHER**

Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht  
Partner  
[c.diener@rb-heidelberg.com](mailto:c.diener@rb-heidelberg.com)

**CHRISTIAN DIENER**

Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz  
Partner  
[c.diener@rb-heidelberg.com](mailto:c.diener@rb-heidelberg.com)

**DR. SIMONE EVKE DE GROOT**

Rechtsanwältin  
Of Counsel  
[se.degroot@rb-heidelberg.com](mailto:se.degroot@rb-heidelberg.com)

**MADELAINE ISABELLE BAADE**

Rechtsanwältin  
Assoziierte Partnerin  
[m.baade@rb-heidelberg.com](mailto:m.baade@rb-heidelberg.com)



**MAXIMILIAN LACHMANN**

Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Assoziierter Partner  
[m.lachmann@rb-heidelberg.com](mailto:m.lachmann@rb-heidelberg.com)

**CARINA STANSKE**

Rechtsanwältin  
[c.stanske@rb-heidelberg.com](mailto:c.stanske@rb-heidelberg.com)

**MARIO DI GIORGIO**

Rechtsanwalt  
[m.digiorgio@rb-heidelberg.com](mailto:m.digiorgio@rb-heidelberg.com)

**DARJA MALINOVSKI**

Rechtsanwältin  
[d.malinovski@rb-heidelberg.com](mailto:d.malinovski@rb-heidelberg.com)

**JOHANNA TORMÄLEN**

Rechtsanwältin  
[j.tormaehlen@rb-heidelberg.com](mailto:j.tormaehlen@rb-heidelberg.com)

**CHRISTA HAGEN**

Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Arbeitsrecht  
[c.hagen@rb-heidelberg.com](mailto:c.hagen@rb-heidelberg.com)



**LUISA VICTORIA JECK**

Rechtsanwältin

[l.jeck@rb-heidelberg.com](mailto:l.jeck@rb-heidelberg.com)**TILL KOTTERER**

Rechtsanwalt

[t.kotterer@rb-heidelberg.com](mailto:t.kotterer@rb-heidelberg.com)**MAXIMILIAN GUTHIER**

Rechtsanwalt

[m.guthier@rb-heidelberg.com](mailto:m.guthier@rb-heidelberg.com)**ANNA FISCHER**

Wissenschaftliche Mitarbeiterin

**MEIKE LEITZ**

Wissenschaftliche Mitarbeiterin

**LAURA SCHMIDT**

Wissenschaftliche Mitarbeiterin

**DAS KOMPLETTE RB TEAM:**<https://rb-heidelberg.com/team/>

