

# Jus-Letter

# 01/16

## Inhaltsverzeichnis

---

### **Arbeitsrecht**

1. Unwirksame Pensionszusagen
2. Dienstbekleidung
3. Familienpflegezeitgesetz und Pflegezeitgesetz

### **Bau- und Immobilienrecht**

4. Sachmangel ohne Beeinträchtigung von Wert/Gebrauchstauglichkeit
5. Wann können Planungsunterlagen herausverlangt werden?
6. Risikozuschlag bei Kündigung des Bauvertrages

### **Erbrecht**

7. „Enterbung“ der Verwandtschaft zugunsten des Fiskus
8. Verweisung auf maschinell geschriebenen Testamentsteil
9. Der Nacherbe muss nicht informiert werden

### **Handels- und Gesellschaftsrecht**

10. Name der Personenfirma darf nicht irreführend sein
11. Herabsetzung der Vergütung des Vorstandes
12. Faktischer Geschäftsführer und Insolvenzverschleppung

### **1. Unwirksame Pensionszusagen**

Ein Arbeitgeber hatte einem Arbeitnehmer einzelvertraglich eine Pensionszusage gemacht, nach der dem Arbeitnehmer eine betriebliche Altersrente und dessen Ehefrau Witwenrente gezahlt werden sollte. § 6 der Zusage setzte voraus, dass der Arbeitnehmer den Unterhalt der Familie „überwiegend bestritten“ haben muss. Der Arbeitnehmer bezog zunächst die Altersrente. Nach der Insolvenz des

Arbeitgebers zahlte der Pensionssicherungsverein (PSV) die Rente weiter. Dieser teilte dem Arbeitnehmer mit, dass seine Frau keine Witwenrente beziehen könne, weil ihre eigene Rente höher sei. Aufgrund der Tatsache, dass der Arbeitnehmer während seiner Arbeitszeit mehr Geld verdient hatte, klagte er auf Feststellung, dass der PSV Witwenrente schulde. Es solle nicht auf die Altersbezüge ankommen.

Das BAG stellte fest, dass die Witwenrente zu zahlen ist.

Die Einkünfte während des Erwerbslebens und die Rentenbezüge seien nicht ausschlaggebend. Die „Haupternährerklausel“ sei unwirksam, weil sie nicht transparent und zu unbestimmt ist. Eine Auslegung der Klausel sei unmöglich. Im Übrigen sei der Rest der Pensionszusage auch ohne die „Haupternährerklausel“ verständlich, weshalb der Anspruch auf Witwenrente bestehe. Arbeitgeber sind gut beraten, den Begriff „Haupternährer“ klar zu definieren.

**(BAG, Urteil vom 30.09.2014 – 3 AZR 930/12)**

Bei Rückfragen wenden Sie sich bitte an Rechtsanwalt Wittstock.

## **2. Dienstbekleidung**

Ausgehend von einer Gesamtbetriebsvereinbarung waren Piloten zum Tragen einer Pilotenmütze verpflichtet, Pilotinnen aber nicht. Ein Pilot war der Ansicht, dass dies ihn wegen seines Geschlechts diskriminiere. Er erhob Klage auf Feststellung, dass er nicht zum Tragen der Mütze verpflichtet ist.

Das BAG hielt die verschiedenen Dienstbekleidungs Vorschriften für Männer und Frauen für ungerechtfertigt. Soweit die Dienstkleidung dem äußeren Erscheinungsbild des Unternehmens dient, unterliegen diese Regeln der Mitbestimmung. Ausschlaggebend sei der mit der Regelung verfolgte Zweck. Dient dieser der Zuordnung zu einer Berufsgruppe, reicht zur Begründung nicht aus, auf Unterschiede zwischen Mann und Frau abzustellen. Der arbeitgeberseitigen Begründung, dass es ein klassisches Pilotenbild gebe und Pilotinnen ihre Frisur anders gestalten, erteilte das Gericht deshalb eine Absage. Dies allein reiche nicht aus, um eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen. Piloten würden nur mit Mütze in der Öffentlichkeit als solche wahrgenommen. Pilotinnen würden deshalb aber ohne Mütze nicht unbedingt als Cockpit-Personal angesehen.

**(BAG, Urteil vom 30.09.2014 – 1 AZR 1083/12)**

Bei Rückfragen wenden Sie sich bitte an Rechtsanwalt Wittstock.

## **3. Familienpflegezeitgesetz und Pflegezeitgesetz**

Das Familienpflegezeitgesetz (FPfZG) und Pflegezeitgesetz (PflegeZG) wurden reformiert und bedeuten für Unternehmer sowie Arbeitnehmer zahlreiche praktische Änderungen. Es gibt nun einen Rechtsanspruch auf Familienpflegezeit, d.h. teilweise Freistellung, wenn der Arbeitgeber mehr als 25 Beschäftigte hat. Jeder

Arbeitnehmer hat das Recht, nahe pflegebedürftige Angehörige in einer häuslichen Umgebung zu pflegen. Die wöchentliche Mindestarbeitszeit beträgt 15 Stunden. Eingeführt wurde ein Anspruch auf ein zinsloses Darlehen, das bei dem Bundesamt für Familie und zivilgesellschaftliche Aufgaben beantragt werden muss. Einen Entgeltausgleich vom Arbeitgeber gibt es nicht mehr. Das Darlehen beträgt die Hälfte der Differenz zwischen dem Nettoentgelt vor und während der Freistellung.

Im PflegeZG wurde ein Anspruch auf Pflegeunterstützungsgeld (90 % des Nettoentgelts) eingeführt. Dieses können Arbeitnehmer bei einer kurzzeitigen Arbeitsverhinderung von bis zu 10 Tagen geltend machen. Es ist bei der Pflegeversicherung des nahen Angehörigen zu beantragen. Kann vom Arbeitgeber Entgeltfortzahlung verlangt werden, kann kein Pflegeunterstützungsgeld gewährt werden. Jeder Arbeitnehmer kann sich jetzt nicht nur für die häusliche Pflege naher Angehöriger freistellen lassen, sondern auch für die außerhäusliche Begleitung. Dies allerdings nur für 3 Monate. Die Freistellungsansprüche sind nur möglich bei Arbeitgebern mit mehr als 15 Beschäftigten. Auch in der Pflegezeit kann ein zinsloses Darlehen beantragt werden. Durch beide Gesetze gilt Kündigungsschutz maximal 12 Wochen vor der Freistellung. Auch gab es eine Ausweitung des Begriffs des nahen Angehörigen für beide Gesetze. Mitumfasst sind nun Schwägerinnen und Schwager, Partner einer lebenspartnerschaftsähnlichen Gemeinschaft und Stiefeltern.

Bei Rückfragen wenden Sie sich bitte an Rechtsanwalt Wittstock.

#### **4. Sachmangel ohne Beeinträchtigung von Wert/Gebrauchstauglichkeit**

Vom Auftragnehmer wurde ein Außenplatz mit Steinen gepflastert. Vertragsgrundlage mit dem Auftraggeber war die VOB/B. Nach dem Leistungsverzeichnis sollte Kies mit einer Körnung 0/5 verwendet werden, doch der Auftragnehmer verbaute Kies der Körnung 2/5. Dieser hatte keine besonders feinkörnigen Bestandteile, die kleiner als zwei Millimeter waren. Nach der Abnahme des Werkes kam es dazu, dass sich Fahrspuren bildeten und Pflastersteine nicht mehr fest lagen. Der Auftraggeber forderte die Beseitigung der Mängel, was vom Auftragnehmer verweigert wurde. Daraufhin begehrte der Auftraggeber Schadensersatz. Der BGH sah die Forderung als berechtigt an.

Selbst dann, wenn die Istbeschaffenheit von der vereinbarten Sollbeschaffenheit abweicht, aber keinerlei Wert- oder Gebrauchsbeeinträchtigung vorliegt, liegt ein Sachmangel vor. Bei geringfügigen Auswirkungen kann der Auftragnehmer einwenden, dass es unverhältnismäßig vom Auftraggeber ist, Nacherfüllung zu verlangen. Der Auftragnehmer hat dann aber aufgrund einer Beweislastverschiebung darzulegen und zu beweisen, dass die verlangte Nacherfüllung unverhält-

nismäßig ist. Hat der Auftraggeber bspw. nicht „nachgesandet“, kann das zu den Mängeln geführt haben.

**(BGH, Beschluss vom 30.07.2015 – VII ZR 70/14)**

Bei Rückfragen wenden Sie sich bitte an Rechtsanwalt Wittstock.

### **5. Wann können Planungsunterlagen herausverlangt werden?**

Gegen einen Bauträger wurden Ansprüche wegen Baumängeln erhoben und zusätzlich Planungsunterlagen (Baugenehmigung, Energieausweis, Kanaldichtigkeitsnachweis, Ausführungsplanung etc.) herausverlangt. Das OLG München urteilte vor Jahren, dass ein Herausgabeanspruch besteht, wenn dies im Vertrag geregelt ist oder ein konkretes, begründetes rechtliches Interesse besteht (OLG München, BauR 1992, 59). Heute ergibt sich hinsichtlich des Energieausweises ein berechtigtes Interesse aus der EnEV. Gleiches gilt für Unterlagen (Kanaldichtigkeitsnachweis), die der Grundstückseigentümer zur Erfüllung von öffentlich-rechtlichen Pflichten oder Betreiberpflichten benötigt. Verweist die Baubeschreibung auf die Erwerbsverträge, kann aus diesen Verträgen die Ausführungsplanung herausverlangt werden. In keinem Fall ist es ausreichend, wenn Erwerber nur leichte Mängel prüfen möchten und dazu die Herausgabe von Planungsunterlagen verlangen.

**(OLG Köln, Urteil vom 13.05.2015 – 11 U 96/14)**

Bei Rückfragen wenden Sie sich bitte an Rechtsanwalt Dr. Zacharias.

### **6. Risikozuschlag bei Kündigung des Bauvertrages**

Ein Auftragnehmer hatte seinem Angebot für Rohbauarbeiten eine Kalkulationsaufstellung beigefügt, in dem pauschal ein Risikozuschlag von 5 % für Wagnis und Gewinn enthalten war. Nach Vertragsabschluss kam es zur Verzögerung des Baubeginns in der Produktionshalle, weil der Auftraggeber die Voraussetzungen für den Baubeginn durch den Auftragnehmer nicht geschaffen hatte. Im Streit wurde der Werkvertrag vom Auftraggeber gekündigt.

Bei jedem Vertrag bestehen Chance und Risiko. Wenn der Auftraggeber einem Bauunternehmer kündigt, kann dieser seinen Risikozuschlag in voller Höhe verlangen, hat das OLG Düsseldorf entschieden.

Im Gegensatz dazu war der BGH im Jahr 1998 zu dem Ergebnis gekommen, dass ein Risikozuschlag insgesamt als erspart gilt, wenn die Kündigung des Bauvertrags noch vor Baubeginn erklärt wird.

Mit dem OLG Düsseldorf ist auch das OLG München (NZBau 2013, 495) der Auffassung, dass aufgrund hohen Aufwands für die Durchsetzung des Lohnanspruchs der Risikozuschlag nicht erspart ist. Zuschläge sind im Allgemeinen in den Verträgen nicht definiert. In der Praxis ist es daher für Auftraggeber emp-

fehlenswert, sich rechtlichen Rat einzuholen, um rechtssichere Formulierungen vor Vertragsschluss parat zu haben.

**(OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.07.2015 – I-5 U 53/14)**

Bei Rückfragen wenden Sie sich bitte an Rechtsanwalt Wittstock.

### **7. „Enterbung“ der Verwandtschaft zugunsten des Fiskus**

Die Erblasserin hatte in einem Testament ihren letzten Willen formuliert: „Erbin soll meine Mutter sein. Sollte sie bereits vor mir gestorben sein, soll mein Vater Erbe werden. Für den Fall, dass keiner von uns überlebt, soll mein gesamtes Vermögen einem wohltätigen Zweck zugeführt werden. Diese wohltätige Organisation ist zur Erhaltung meines Grabes verpflichtet.“ Benannt wurden vier Organisationen. Betont wurde mehrfach, dass die Verwandtschaft nichts erben sollte. Beide Elternteile waren vorverstorben, Kinder nicht vorhanden und auch kein Ehemann. Einer der Verwandten stellte beim Nachlassgericht den Alleinerbscheinsantrag. Eine der vier Organisationen legte Beschwerde ein.

Das OLG Düsseldorf wies den Antrag auf den Alleinerbschein zurück.

Die Erbrechtsfreiheit lässt ein Negativtestament zu. Gesetzlicher Erbe wäre der Fiskus, wenn alle Verwandten ausgeschlossen sein sollten. Bei Zweifeln, ob Erbeinsetzung oder alleinige Zweckauflage gewollt ist, gilt letzteres. Zu diesem Ergebnis kam das OLG durch Auslegung. Nach dem Wortlaut war ausdrücklich gewollt, dass die Verwandten nichts bekommen. Diese Anordnung ist möglich. Hauptziel der Erblasserin war es, den Nachlass wohltätigen Zwecken zur Verfügung zu stellen. Wem jedoch die Aufgabe der Verteilung zukommen sollte, war nicht festgelegt. Nach dem Gesetz fällt die Aufgabe dem Fiskus zu.

**(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02.09.2014 – I-3 Wx 80/13)**

Bei Rückfragen wenden Sie sich bitte an Rechtsanwalt Dr. Zacharias.

### **8. Verweisung auf maschinell geschriebenen Testamentsteil**

Der Erblasser hatte in seinem handschriftlich verfassten und unterschriebenen Testament verfügt, dass er den notariellen Testamentsentwurf akzeptiert. Dadurch hatte er aus einem eigenhändigen Testament heraus auf einen maschinellen Testamentsentwurf verwiesen.

Nach dem OLG Köln erfüllt diese Bezugnahme nicht die Formvorschriften, die an ein eigenhändiges Testament gestellt werden. Das Testament war deshalb formunwirksam. Zulässig sei grundsätzlich nur ein handschriftliches Testament mit Unterschrift oder ein öffentliches Testament durch Beurkundung eines Notars. Soll im Testament auf ein anderes Schriftstück verwiesen werden, so muss dieses dieselbe Form wahren. Bei einem handschriftlichen Testament muss das Schriftstück, auf das verwiesen wird, also auch handschriftlich geschrieben und

unterschrieben sein. Liegt ein notarielles Testament vor, muss das Schriftstück, auf das verwiesen wird, ebenfalls notariell beurkundet worden sein.

**(OLG Köln, Beschluss vom 06.10.2014 – 2 Wx 249/14)**

Bei Rückfragen wenden Sie sich bitte an Rechtsanwalt Dr. Zacharias.

### **9. Der Nacherbe muss nicht informiert werden**

Im Grundbuch des Grundstücks des Erblassers war ein Nacherbenvermerk eingetragen. Der Nacherbfall sollte eintreten, wenn die Vorerbin wieder heiratet. Die Vorerbin übertrug das Grundstück unentgeltlich auf eine Nacherbin. Vom Grundbuchamt wurde per Beschluss angekündigt, die übrigen Nacherben zu informieren. Dagegen legten die Vorerbin und die Nacherbin Beschwerde ein.

Das OLG Hamm hob den Beschluss des Grundbuchamts auf und half damit der Beschwerde ab.

Die Überschreibung des Grundstücks beeinträchtigt die Nacherben nicht in ihren Rechten. Sie seien grundbuchrechtlich ausreichend abgesichert über den Nacherbenvermerk im Grundbuch. Im Nacherbfall seien die entgeltlichen sowie die unentgeltlichen Verfügungen des Vorerben insoweit unwirksam, wie Rechte der Nacherben beeinträchtigt oder vereitelt würden. Sollte der Nacherbfall noch nicht eingetreten sein, so bleibe die Verfügung des Vorerben zunächst wirksam. Gegenüber den Nacherben lagen damit die Voraussetzungen für die Eintragungsbekanntmachung noch nicht vor.

**(OLG Hamm, Beschluss vom 16.01.2015 – I-15 W 302/14)**

Bei Rückfragen wenden Sie sich bitte an Rechtsanwalt Dr. Zacharias.

### **10. Name der Personenfirma darf nicht irreführend sein**

Es wurde beantragt, eine GmbH ins Handelsregister einzutragen. Unternehmensgegenstand war die Versicherungsvermittlung unter der Firma „X Versicherungsmakler GmbH“. Der „X“ war derjenige, der seinen Versicherungsbestand an denjenigen verkauft hatte, der den Eintragungsantrag gestellt hatte. „X“ sollte später Gesellschafter mit 2%iger Beteiligung werden. Seitens des Registergerichts wurde auf das Irreführungsverbot des Handelsgesetzbuchs hingewiesen und die Eintragung abgelehnt.

Das OLG Rostock war anderer Ansicht.

Im HGB ist verankert, dass keine Firma (Name des Unternehmens) gebildet werden darf, die Angaben enthält, die geeignet sind, über geschäftliche Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, ersichtlich irreführend. Die Aufnahme des Nachnamens eines Nicht-Gesellschafters in die Firma erfülle diese Voraussetzungen nur bei Relevanz des Namens für die angesprochenen Verkehrskreise. So z.B. bei Verwendung des Namens eines Prominenten. Außerdem müsse die Firma eine maßgebliche Beteiligung des Namensge-



bers am Unternehmen nahe legen. Im Fall sei den angesprochenen Verkehrskreisen -ausnahmsweise- egal gewesen, wer Gesellschafter der GmbH ist.

**(OLG Rostock, Beschluss vom 17.11.2014 – 1 W 53/14)**

Bei Rückfragen wenden Sie sich bitte an Rechtsanwalt Dr. Zacharias.

## **11. Herabsetzung der Vergütung des Vorstandes**

Gestritten wurde zwischen Kläger (Vorstandsmitglied der Z-AG) und dem Beklagten (Insolvenzverwalter der Z-AG) über Vergütungsansprüche des Klägers aus seinem Anstellungsvertrag. Der Kläger bezog vor der Insolvenz ein monatliches Bruttogehalt von 15.666,67 €. Der vorläufige Insolvenzverwalter ließ dem Aufsichtsrat die Aufforderung zukommen, die Vergütung aller Vorstandsmitglieder auf 2.500 € zu senken. Der Aufsichtsrat beschloss die Absenkung einstimmig. Später wurde der Beklagte Insolvenzverwalter und kündigte dem Kläger. Dieser verlangte die Zahlung seines ursprünglichen Lohns bis zur Vertragsbeendigung.

Das OLG Stuttgart gab dem Kläger Recht.

Aus dem Aktiengesetz ergebe sich, dass der Aufsichtsrat die Bezüge auf ein der Situation angemessenes Niveau herabsetzen „soll“. Bei der Entscheidung bzgl. des „Ob“ und des „Wie“ der Herabsetzung müsse das Ermessen nachvollziehbar und ohne sachfremde Erwägungen ausgeübt werden, was nicht erkennbar gewesen sei. Der Aufsichtsrat habe das ihm zustehende Ermessen nicht einmal erkannt, weil er nur der Aufforderung des Insolvenzverwalters gefolgt sei. Das Gericht könne die Ermessensentscheidung des Aufsichtsrats nicht ersetzen, weil ihm dies nicht zustehe. In der Folge war die Herabsetzung rechtswidrig.

**(OLG Stuttgart, Urteil vom 01.10.2014 – 20 U 3/13)**

Bei Rückfragen wenden Sie sich bitte an Rechtsanwalt Wittstock.

## **12. Faktischer Geschäftsführer und Insolvenzverschleppung**

Aus der Rechtsprechung des BGH ergab sich schon vor dem MoMiG (Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen), dass sich ein faktischer Geschäftsführer bei unterlassener oder verspäteter Insolvenzantragsstellung strafbar macht. Durch das MoMiG wurde in § 15a Abs.4 Insolvenzordnung (InsO) die Straftat der Insolvenzverschleppung festgelegt. § 15a InsO ersetzte die bis November 2008 vorhandenen verschiedenen Einzelgesetze zur Insolvenzantragsstellung. Im ersten Absatz ist geregelt, dass die Mitglieder des Vertretungsorgans (Geschäftsführer) oder die Abwickler einer juristischen Person, die zahlungsunfähig wird oder überschuldet ist, ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung einen Insolvenzantrag stellen müssen.

Der faktische Geschäftsführer gehört zu den genannten verantwortlichen Personen. Sprachlich sind alle existenten Formen von Gesellschaften gemeint. Mitglied des Vertretungsorgans der GmbH ist der Geschäftsführer. Nach der Rechtsprechung steht diesem der faktische Geschäftsführer gleich. Die Gesetzesbegründung spricht ebenfalls dafür, dass nur eine Zusammenfassung der verschiedenen Vorschriften in einem Gesetz gewollt war.

**(BGH, Beschluss vom 18.12.2014 – 4 StR 323/14)**

Bei Rückfragen wenden Sie sich bitte an Rechtsanwalt Dr. Zacharias.

### Vortragsreihe Produkthaftung I/2016

**Mi., 06.04.2016, 15 Uhr      Produkthaftung – Imageschaden**

Start der Vortragsreihe und Einführung anhand von prominenter Einzelfallrechtsprechung: Ziegenhaar, Contergan, Trinkmilch, Lederspray, Degussa, Lipobay, Enschede, Gammelfleisch und Eissporthalle Bad Reichenhall. Imageschäden sind bei strafrechtlicher Verfolgung vorprogrammiert. Daraus resultieren Konsequenzen für die Praxis.

**Mi., 13.04.2016, 15 Uhr      Verhaltensregeln bei Durchsuchungen**

Heilloses Chaos oder Ablauf nach Plan? Wie sollen sich Mitarbeiter und Leitung des Unternehmens bei einer Durchsuchung verhalten? Verdunkeln oder kooperieren? Wer sind die Ansprechpartner? Wie prüft man die Rechtmäßigkeit eines Durchsuchungsbeschlusses?

**Mi., 20.04.2016, 15 Uhr      Vertragliche Haftung wegen Sachmängeln**

Ein Vertrag bedeutet die Haftung für Mängel einer Sache, egal ob es ein Kaufvertrag, Werkvertrag, Werklieferungsvertrag oder eine selbstständige Garantie ist. Nacherfüllung, Rücktritt, Minderung und Schadensersatz sind die Rechte der Käuferseite. Für den Hersteller gibt es aber Abwehrmöglichkeiten.

Alle Veranstaltungen finden in der Anwaltskanzlei Dr. Zacharias in der Volmerstraße 5, 12489 Berlin-Adlershof statt. Bitte melden Sie sich telefonisch an.

**Impressum:**      Anwaltskanzlei Dr. Zacharias  
Volmerstraße 5 - 7  
12489 Berlin-Adlershof  
Tel. 030 / 6392 4567