

# Jus-Letter

02/15

## Inhaltsverzeichnis

---

### **Arbeitsrecht**

1. Grabschen ist (k)ein Grund zur fristlosen Kündigung
2. Die Vereitelung des Zugangs des Kündigungsschreibens
3. Wann ist eine befristete Arbeitszeitverringerung rechtmäßig?
4. Gesamtbetriebsvereinbarungen beim Asset-Deal

### **Bau- und Immobilienrecht**

5. Überzahlung und Rückforderungsanspruch
6. Inbetriebnahme der Nachunternehmerleistung bedeutet Abnahme

### **Erbrecht**

7. Pflichtteilsstrafklausel gleich Schlusserbeinsetzung!?
8. Laientestament - Formulierung: „Erbteil nur vom Inventar“
9. 75 % Wahrscheinlichkeit reichen nicht, um Erbe zu sein

### **Handels- und Gesellschaftsrecht**

10. Die Parteifähigkeit der gelöschten GmbH

Bitte beachten Sie unsere Vortragsreihe „**Kündigungsschutz im Arbeitsrecht**“ jeweils Freitags vom 2.10. bis 27.11.2015 um 15.00 Uhr u. a. mit den Themen: Fristlose Kündigung, personenbedingte Kündigung, verhaltensbedingte Kündigung, betriebsbedingte Kündigung, Änderungskündigung, Kündigungsschutz und Abfindung. Referent ist jeweils **Ass. Dirk Wittstock**. U.A.w.g. unter **6392 4567**

## **1. Grabschen ist (k)ein Grund zur fristlosen Kündigung**

Ein angestellter Klimaanlage-Techniker bat eine Rezeptionistin um Hilfe und teilte ihr zwischendurch mit, dass sie eine tolle Oberweite habe. Er fasste ihr sogar an den Busen. Sie war empört und sagte, sie habe kein Interesse. Der Techniker ging sofort weg. Am nächsten Tag ging er zu seinem Arbeitgeber, berichtete ihm alles und sagte, dass er sich geirrt habe. Der Arbeitgeber kündigte fristlos. Der Techniker entschuldigte sich bei der Frau. Er zahlte Schmerzensgeld im Rahmen eines Täter-Opfer-Ausgleichs und stellte den Frieden wieder her. Das Strafverfahren wurde eingestellt. Der Arbeitnehmer erhob Kündigungsschutzklage.

Das BAG entschied, dass zwar „an sich“ ein wichtiger Grund i. S. v. § 626 Abs. 1 BGB vorlag, da die Rezeptionistin zum Sexualobjekt erniedrigt worden war, aber im Ergebnis die Abmahnung zur Verhinderung einer Wiederholung ausgereicht hätte. Vom Gericht wurden Gewicht, Wirkung und Verschulden, die Gefahr der Wiederholung und das bisherige Verhalten des Arbeitnehmers in der Wertung herangezogen. Der Arbeitnehmer habe nach Realisierung seines Irrtums sofort aufgehört, er habe mehr als 16 Jahre beanstandungsfrei gearbeitet, sich entschuldigt, Schmerzensgeld gezahlt und den Täter-Opfer-Ausgleich durchgeführt. Der Verstoß sei einmalig gewesen. Den Freibrief zum Grabschen hat das BAG damit aber nicht erteilt.

**(Vgl. Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 20.11.2014 – 2 AZR 651/13)**

## **2. Die Vereitelung des Zugangs des Kündigungsschreibens**

In jedem Arbeitsverhältnis hat ein Arbeitnehmer Sorgfaltspflichten. Er muss damit rechnen, im Betrieb vom Arbeitgeber die Kündigung ausgehändigt zu bekommen. Das bloße Zeigen des Kündigungsschreibens reicht nicht aus, der Arbeitgeber muss versuchen es physisch zu übergeben. Die Annahme des Kündigungsschreibens darf vom Arbeitnehmer nicht grundlos verweigert werden. Der Arbeitgeber soll nicht auf eine „offizielle“ Zustellung der Kündigung über den Postweg verwiesen werden. Wird dem Arbeitnehmer beispielsweise bei einer Besprechung das Kündigungsschreiben ausgehändigt und geht er daraufhin weg, ohne das Schreiben mitzunehmen, gilt das Schreiben als zugegangen. Die Kündigung war bereits tatsächlich in die Verfügungsgewalt des Arbeitnehmers gelangt. Selbst wenn der Arbeitnehmer das Kündigungsschreiben noch nicht in seiner tatsächlichen Verfügungsgewalt hatte, ist das Schreiben dennoch zugegangen, wenn der Arbeitnehmer die Entgegennahme grundlos abgelehnt hat. Das ergibt sich aus den Grundsätzen von Treu und Glauben.

**(Vgl. Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 26.3.2015 - 2 AZR 483/14)**

### **3. Wann ist eine befristete Arbeitszeitverringerung rechtmäßig?**

Im diesem Fall war eine Arbeitnehmerin vor ihrer Elternzeit vollzeitbeschäftigt. Im Anschluss an die Elternzeit einigte sie sich mit ihrem Arbeitgeber auf eine befristete Arbeitszeitreduzierung zum Wiedereinstieg in den Job. Mit ihrer Klage wollte die Arbeitnehmerin erreichen, dass sie nach Fristablauf weiterhin in Teilzeit arbeiten kann, was ihr vom Arbeitgeber verwehrt worden war. Von der Arbeitnehmerin wurde die Unwirksamkeit der Befristung der Arbeitszeitverringerung geltend gemacht.

Das BAG gab dem Arbeitgeber Recht, der erreichen wollte, dass die Arbeitnehmerin wieder Vollzeit arbeitet. Das Gericht begründete seine Entscheidung und zog § 8 Teilzeitbefristungsgesetz (TzBfG) heran.

Danach kann Teilzeittätigkeit nicht befristet werden. Die Parteien hatten nicht nach dieser Vorschrift, sondern individualvertraglich Teilzeittätigkeit vereinbart. Die Vereinbarung war wirksam, es lag keine unangemessene Benachteiligung der Arbeitnehmerin vor. Orientiert hat sich das BAG an der Einkommenssicherheit der Arbeitnehmer. Diese sei gewährleistet, wenn nach Ablauf der Befristung wieder voll gearbeitet wird. Auch der Arbeitgeber brauche Planungssicherheit. Möchte der Arbeitnehmer dauerhaft weniger arbeiten, kann er einen Antrag nach § 8 TzBfG stellen.

**(Vgl. Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 10.12.2014 - AZR 1009/12)**

### **4. Gesamtbetriebsvereinbarungen beim Asset-Deal**

Schon im Jahr 2002 hat das BAG entschieden, dass eine Gesamtbetriebsvereinbarung eines Betriebs sich in eine Einzelbetriebsvereinbarung umwandelt, wenn ein Betrieb identitätswahrend (Asset - Deal) auf einen Käufer übergeht, der bisher ohne Betrieb ist.

Nun hatte sich das BAG damit auseinanderzusetzen, was mit einer Gesamtbetriebsvereinbarung geschieht, sollte der Käufer bereits andere Betriebe haben. Hintergrund des Ganzen war, dass ein Arbeitgeber seinen Betrieb an eine GmbH verkauft hatte. Für das Unternehmen des Arbeitgebers bestand eine Gesamtbetriebsvereinbarung, in der die betriebliche Altersversorgung geregelt war. Die den Betrieb erwerbende GmbH hatte bereits mehrere Betriebe. Ein Arbeitnehmer des übertragenen Betriebes klagte gegen die GmbH auf Zahlung von Rente auf Grundlage der Gesamtbetriebsvereinbarung. Das BAG entschied zu Gunsten des Arbeitnehmers.

Die Gesamtbetriebsvereinbarung ist auf die GmbH übergegangen. Voraussetzung war die identitätswahrende Übertragung des Betriebs auf die GmbH und, dass der Inhalt der Vereinbarung bei der GmbH normativ nicht ausgestaltet war. Das war der Fall und so gilt die Gesamtbetriebsvereinbarung kollektivrechtlich als

Einzelbetriebsvereinbarung weiter und verpflichtet die GmbH zur Zahlung von Rente an den Arbeitnehmer.

**(Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 05.05.2015 – 1 AZR 763/13)**

## **5. Überzahlung und Rückforderungsanspruch**

Dieser Entscheidung des Bundesgerichtshofs lag kein Bauvertrag, sondern ein Internet-System-Vertrag zugrunde. Vertragliche Leistung war die Erstellung, Nutzungsüberlassung und Betreuung einer Internetpräsenz. Der Auftraggeber kündigte ordentlich nach Zahlung von mehreren Abschlagszahlungen und klagte auf Rückzahlung der gezahlten Abschläge. Der BGH hielt das für berechtigt. Werden Abschlagszahlungen vereinbart, kann der Auftraggeber berechtigterweise verlangen, dass der Auftragnehmer die Abschläge in einer Endabrechnung berücksichtigt. Wegen des vorläufigen Status der Abschläge, hat der Auftragnehmer die Verpflichtung zur Rechnungserteilung. Dann muss der Auftraggeber seinen Anspruch auf Auszahlung eines Saldoüberschusses schlüssig darlegen. Ergibt sich ein Überschuss, muss der Auftragnehmer darlegen und beweisen, dass er den Überschuss behalten darf. Der Rückforderungsanspruch ist rein vertraglicher Art, die Grundsätze zur Darlegungs- und Beweislast des Bereicherungsrechts sind nicht anzuwenden.

**(Vgl. Bundesgerichtshof, Urteil vom 08.01.2015 – VII ZR 6/14)**

## **6. Inbetriebnahme der Nachunternehmerleistung bedeutet Abnahme**

Das OLG Brandenburg hatte zu entscheiden, ob die Inbetriebnahme einer Nachunternehmerleistung als Annahme gilt und hat dies bejaht. Der Hauptauftragnehmer sollte zwei Solaranlagen errichten. Er beauftragte zur Ausführung der Arbeiten einen Subunternehmer. Die Anlage wurde nach Fertigstellung dem Auftraggeber übergeben und ging in Betrieb. Dann monierte der Hauptauftragnehmer Mängel beim Subunternehmer. Letzterer übersandte die Schlussrechnung und klagte nach Ausbleiben der Zahlung.

Den Einwand fehlender Fälligkeit mangels Abnahme ließ das OLG nicht gelten. Es ging von einer fiktiven Abnahme i. S. v. § 12 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B aus. Leistet ein Subunternehmer, liegt die Abnahme vor, wenn der Hauptauftragnehmer die Anlage dem Auftraggeber zur Benutzung überlässt und dieser die Anlage in Betrieb nimmt. Die Abnahme wird aber dann nicht fingiert, wenn die Inbetriebnahme nur zur Schadensminderung erfolgt, was hier nicht der Fall war. Die Mängelrüge erfolgte zu spät und hinderte die Abnahme nicht.

**(Vgl. Oberlandesgericht Brandenburg, Urteil vom 18.6.2015 – 12 U 14/14)**

## **7. Pflichtteilsstrafklausel gleich Schlusserbeinsetzung!?**

Oft formulieren Laien ihre Ehegattentestamente selbst: „Wir setzen uns gegenseitig zu alleinigen Erben ein. Dasjenige Kind, das den Pflichtteil verlangt, soll im zweiten Erbfall enterbt und auf den Pflichtteil gesetzt werden.“ Problematisch ist, ob die Pflichtteilsstrafklausel eine konkludente oder bindende Schlusserbeinsetzung darstellen soll.

Stellt man nur auf den Wortlaut ab, ist der Ehegatte für den ersten Erbfall ausdrücklich als Erbe eingesetzt, im zweiten Erbfall ist jedoch unklar, wer Erbe sein soll. Klar ist nur, dass der Abkömmling, der den Pflichtteil verlangt, wenn der erste Ehegatte stirbt, enterbt wird.

Möglich ist es, auszulegen, dass die Kinder nach dem zweiten Erbfall gemeinsame Schlusserben sein sollen. Die Pflichtteilsstrafklausel wäre dann tatsächlich eine Schlusserbeinsetzung unter der Bedingung, dass nach dem Erstversterbenden kein Pflichtteilsanspruch geltend gemacht wird. Die Pflichtteilsstrafklausel kann durch Auslegung eine Schlusserbeinsetzung hergeben, wenn konkrete Anhaltspunkte gegeben sind. Die Gerichte, so auch das OLG Hamm, legen den Wortlaut aus und nutzen dabei die Andeutungstheorie sowie die allgemeine Lebenserfahrung. Werden in der Formulierung die Begriffe Erben und Erbschaft verwendet, kann das ein Indiz sein. Zur Vermeidung von Schwierigkeiten empfiehlt sich daher immer eine professionelle Formulierung mit Schlusserbeinsetzung.

**(Vgl. Oberlandesgericht Hamm, BeckRS 2010, 06633)**

## **8. Laientestament - Formulierung: „Erbteil nur vom Inventar“**

Testamentarisch hatte sich ein Ehepaar wechselseitig als „Vorerbe“ eingesetzt. „Nacherbe“ nach dem Letztversterbenden sollten beide Kinder sein. Allerdings stand im Testament, dass sich ein Sohn von der Familie losgesagt hatte. Dieser sollte deshalb seinen „Erbteil nur vom Inventar“ bekommen.

Beim Nachlassgericht stellte der andere Sohn einen Antrag auf Ausstellung eines Alleinerbscheins. Er meinte, sein (vorverstorbenen) Bruder sei nur mit einem Vermächtnis bedacht worden. Das Nachlassgericht lehnte den Antrag ab.

Das OLG bestätigte dies. Das Testament müsse ausgelegt werden und der wirkliche Wille der Erblasser erforscht werden. Am buchstäblichen Sinn der Worte sei nicht festzuhalten, da bei Laientestamenten die Abgrenzung zwischen Erbeinsetzung und Vermächtnis schwierig sei. Sachlich ging das OLG von Aufbau und Systematik des Testaments aus. Beide Söhne sollten nach dem Tod des Letztversterbenden gemeinsam Erbe werden. Die weitere Formulierung bedeutete jedoch, dass der abtrünnige Sohn seine Position verlieren sollte. Diese sollte auf den Urenkel übergehen. Dieser sollte also Miterbe werden, weshalb ein Erb-

schein nicht ausgestellt werden durfte. Der abtrünnige Sohn sollte nicht Erbe werden, sondern ein Vermächtnis erhalten.

**(Oberlandesgericht Karlsruhe, Beschluss vom 27.05.2015 - 11 Wx 123/14)**

### **9. 75 % Wahrscheinlichkeit reichen nicht, um Erbe zu sein**

Eine Erblasserin hatte zwei Kinder aus erster Ehe. Mit ihrem zweiten Ehemann hatte sie ein handschriftliches gemeinschaftliches Testament aufgesetzt, nach dem beide Alleinerben im Todesfall des jeweils anderen werden sollten. Nach dem Tod der Erblasserin beantragte der zweite Ehemann einen Alleinerbschein. Die beiden Kinder der Erblasserin hatten Zweifel an der Echtheit der Unterschrift der Erblasserin. Der Erbscheinsantrag wurde nach Einholung eines Schriftsachverständigengutachtens vom Nachlassgericht zurückgewiesen. Dieses hatte von Amts wegen zu ermitteln, ob das Testament gültig ist oder nicht. Absolute Gewissheit war nicht erforderlich, zur richterlichen Überzeugung genügte ein für das praktische Leben brauchbarer Grad an Gewissheit, der vernünftige Zweifel ausschließt. Dafür ist es ausreichend, wenn ein gewisser Grad an Gewissheit erreicht wird, der Zweifeln Einhalt gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (BGH, NJW 1994,1348).

Der Sachverständige kam anhand von Schriftbild, Schreibweise etc. zu dem Ergebnis, dass die Unterschrift zu 75 % echt war. Das entspricht nur leicht überwiegender Wahrscheinlichkeit. Erst ab überwiegender Wahrscheinlichkeit (90 %) oder hoher Wahrscheinlichkeit (95 %) gehen die Richter von einer echten Unterschrift aus.

**(Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschl. vom 17.11.2014 - I – 25 Wx 84/14)**

### **10. Die Parteifähigkeit der gelöschten GmbH**

Gegen eine GmbH wurde Klage auf Zahlung von Werklohn erhoben. Diese GmbH war wegen Vermögenslosigkeit aus dem Handelsregister gelöscht worden. Die beklagte GmbH hatte mit der Klägerin einen Vertrag über die Erbringung von Ingenieurleistungen geschlossen und Planungsleistungen beauftragt. Die Beklagte rechnete bei der Klägerin 160.000 € ab, die auf ein Konto der Schwestergesellschaft der Beklagten gezahlt wurden. Über das Vermögen der Schwestergesellschaft wurde dann auch das Insolvenzverfahren eröffnet. Nach Ansicht der Klägerin war die Beklagte parteifähig, da es an der vollständigen Beendigung fehlte. Trotz Löschung aus dem Handelsregister sei die Beklagte nicht vermögenslos wegen ihrer Ansprüche gegen die Schwestergesellschaft.

Der BGH vertrat die Ansicht, dass die Beklagte nicht mehr parteifähig ist, seitdem sie gelöscht wurde. Mit der Löschung einer vermögenslosen GmbH geht einher,

dass sie ihre Parteifähigkeit verliert. Sie ist nicht mehr existent. Das ist nur anders, wenn verwertbares Vermögen vorhanden ist. Dann bleibt die GmbH, obwohl sie gelöscht ist, rechts - und parteifähig. Ansprüche gegen die Schwes-tergesellschaft waren nach dem BGH nicht werthaltig, da sie nicht durchgesetzt werden konnten wegen Insolvenz.

**(Vgl. BGH Beschluss vom 20.5.2015 – VII ZB 3/13)**

## Vortragsreihe "Vorsorge und Erbrecht"

Referent: Rechtsanwalt Dr. Ulrich Zacharias

### **Mi., 04.11.2015, 17 Uhr Patientenverfügung**

Die Lebenserwartung steigt, aber gleichzeitig auch die Zahl betreuungsbedürftiger, pflegebedürftiger und schwerstkranker Menschen. Wenn Sie Ihren Willen und Ihre Wünsche berücksichtigt wissen wollen, müssen Sie über Vollmachten und Verfügungen nachdenken.

### **Mi., 11.11.2015, 17 Uhr Vorsorgevollmacht und Betreuungsverfügung**

Viele Menschen kommen im Alter nicht mehr allein zurecht. Sie haben aber niemanden, der ihnen hilft. Der Staat lässt diese Menschen nicht im Stich. Wer ganz oder teilweise geschäftsunfähig ist, bekommt einen Betreuer. So viel Fürsorge geht manchen zu weit. Sie brauchen deshalb eine Altersvorsorgevollmacht.

### **Mi., 18.11.2015, 17 Uhr Alles über Testament und Erbrecht**

Eine Einführung in die Struktur des deutschen Erbrechts. Wie plane ich meine Vermögensnachfolge? Wie sichere ich meine nächsten Angehörigen ab? Wen darf ich, wen muss ich berücksichtigen?

### **Mi., 25.11.2015, 17 Uhr Berliner Testament**

Das sogenannte Berliner Testament ist in Deutschland sehr beliebt. Es ist nur eine von vielen möglichen Varianten gemeinschaftlicher Testamente. Doch in vielen Fällen ist Vorsicht geboten, gerade bei sogenannten Patchworkfamilien.

**Mi., 02.12.2015, 17 Uhr      Spezielle Testamente**

Besondere Situationen müssen bei der Testamentserstellung berücksichtigt werden. Gerade bei sogenannten Patchworkverhältnissen sind die individuellen Verhältnisse zu berücksichtigen. Eltern eines behinderten Kindes müssen sich besonders Gedanken machen und besondere Vermögensverhältnisse erfordern ebenfalls eine entsprechende Berücksichtigung bei der Erbfolgeregelung.

**Mi., 09.12.2015, 17 Uhr      Pflichtteilsstrategien**

Nicht jeder, der mit mir verwandt ist, hat es auch verdient, zum Kreis meiner Erben zu gehören. Doch wer kann welche Pflichtteilsrechte geltend machen? In welchen Fällen können unbeabsichtigt Pflichtteilsansprüche entstehen? Wie können Streitigkeiten vermieden werden?

**Mi., 16.12.2015, 17 Uhr      Erbengemeinschaft**

Trauern Sie noch oder streiten Sie schon? So könnte die Werbung eines Spezialisten für Erbengemeinschaftsrecht lauten. Denn Erbengemeinschaften sind Zwangsgemeinschaften, deren Zusammensetzung sich keiner selbst aussuchen kann. Bis zur Teilung sind meist viele Streitigkeiten auszufechten. Das kostet viel Zeit und Geld und Nerven.

Die Veranstaltungen finden voraussichtlich in der **Neltestraße 26** in 12489 Berlin-Adlershof statt. Bitte melden Sie sich telefonisch an unter **030 / 6392 4567**. Es wird ein Unkostenbeitrag von 9,- Euro erhoben.

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