



INHALT

VOB/B: Keine kostenpflichtige Ersatzvornahme vor der Abnahme von Bauleistungen?	1
Fristlose Kündigung wegen Bedrohung eines Vorgesetzten - Lügendetektoren sind keine zulässigen Beweismittel!	2
Beschränkung der Innenhaftung des GmbH-Geschäftsführers bei Cyber-Angriffen	2
Die Löschung der GmbH im laufenden Steuerverfahren	3
Schenkweise Aufnahme (m)eines Kindes in die Gesellschaft	3
Änderung im Recht der Personengesellschaften durch Neueinführung des MoPeG	4

BAURECHT

VOB/B: Keine kostenpflichtige Ersatzvornahme vor der Abnahme von Bauleistungen?

[Daniel Schulte zur Oven](#)

Sachverhalt

Wenn der Auftragnehmer während der Ausführung – also vor der Abnahme – als mangelhaft oder vertragswidrig erkannte Bauleistungen trotz Fristsetzung nicht beseitigt hatte, konnte der Auftraggeber eines VOB/B-Bauvertrages ihm bislang eine Mängelbeseitigungsfrist setzen und androhen, den Vertrag nach fruchtlosem Fristablauf zu kündigen (§ 4 Abs. 7 Satz 3 VOB/B iVm § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B). Lief die Frist erfolglos ab, war der Auftraggeber zur Kündigung berechtigt. Die Mängel konnte er dann auf Kosten des Auftragnehmers durch ein Drittunternehmen beseitigen lassen (sog. Ersatzvornahme).

Entscheidung

Diesem Vorgehen erteilt der Bundesgerichtshof nun mit Urteil vom 19.01.2023 – VII ZR 34/20 eine Absage. Der für Baurecht zuständige VII. Senat hat § 4 Abs. 7 Satz 3 VOB/B iVm § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B einer Inhaltskontrolle unterzogen und für unwirksam erachtet. Zur Begründung führt der Senat aus, die Regelungen verstießen gegen wesentliche Grundgedanken der im BGB vorgesehenen Vorschriften zur Kündigung aus wichtigem Grund. Denn nach den VOB/B-Normen stehe dem Auftraggeber ein Kündigungsrecht selbst bei untergeordneten Mängeln zu. Laut BGB hingegen könne der Auftraggeber nur kündigen, wenn ihm die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar sei, weshalb die Hürden für eine Kündigung aus wichtigem Grund dort deutlich höher seien.



Praxishinweis

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes gilt nicht uneingeschränkt. Hat der Auftragnehmer die Verwendung der VOB/B im Vertrag vorgegeben oder haben die Vertragsparteien die VOB/B als Ganzes – d.h. ohne inhaltliche Abweichung – in den Vertrag einbezogen (vgl. § 310 Abs. 1 Satz 3 VOB/B), bleiben die Regelungen anwendbar. In der Praxis gibt jedoch zumeist der Auftraggeber die Vertragsbestandteile vor, und die Verwendung der VOB/B als Ganzes ist in den seltensten Fällen zweckmäßig.

Nach dem Urteil dürfte der Vereinbarung verbindlicher Zwischentermine für die vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistungen eine noch größere Bedeutung zukommen. Denn dem Auftraggeber können auch Schadensersatzansprüche zustehen, wenn der Auftragnehmer die zum jeweiligen Zwischentermin geschuldeten Leistungen nicht vertragsgemäß erbracht hat. Dies kann dem Auftraggeber die Möglichkeit geben, seine Rechte wegen vertragswidriger Leistungen des Auftragnehmers auch weiterhin schon vor der Abnahme durchzusetzen.

Kontakt: d.schultezuroven@rotthege.com

ARBEITSRECHT

Fristlose Kündigung wegen Bedrohung eines Vorgesetzten - Lügendetektoren sind keine zulässigen Beweismittel!

Dr. André Bienek

Sachverhalt

Der Arbeitnehmer war als Busfahrer beschäftigt. In einem Streitgespräch bedrohte der Arbeitnehmer den Personaldisponenten der Arbeitgeberin, der fünf Tage zuvor eine Abmahnung in den Briefkasten des Arbeitnehmers eingeworfen hatte, mit den Worten:

„Ihr Ochsen, wenn ich noch einmal einen von Euch vor meiner Haustür oder meinem Briefkasten sehe, werde ich Euch schlagen, dann kann nicht mal die Polizei Euch helfen.“ und „Ochse, Du musst in Zukunft auf Dich und Deine Familie achten.“

Daraufhin kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis fristlos. Der Arbeitnehmer erhob Kündigungsschutzklage. Er behauptete, er habe keine Bedrohung ausgesprochen und bot als Gegenbeweis zu dem Zeugen der Arbeitgeberin einen Lügendetektortest an. Hatte die Klage Erfolg?

Entscheidung

Nein! Das BAG wies die Klage des Arbeitnehmers ab. Die Drohung stand zur Überzeugung der Vorinstanzen nach Vernehmung des Personaldisponenten und Anhörung des Klägers fest. Eine ernstliche Drohung mit Gefahren für Leib oder Leben von Vorgesetzten oder Arbeitskollegen und/oder deren Verwandten, für die kein allgemeiner Rechtfertigungsgrund eingreift, kommt als wichtiger Grund im Sinne

von § 626 Abs. 1 BGB in Betracht. Das BAG bestätigte auch, dass es aufgrund der ernstzunehmenden Drohung keiner vorherigen Abmahnung bedurfte und die Kündigung auch nach den Umständen des Einzelfalls gerechtfertigt gewesen sei.

Dem Beweisangebot des Arbeitnehmers sich einem Lügendetektortest zu unterziehen, musste nicht nachgegangen werden. Ein Lügendetektor sei kein geeignetes Beweismittel.

Praxishinweis

Beleidigungen und Bedrohungen sind im Arbeitsverhältnis bei emotionalen Streitigkeiten nicht ausgeschlossen. Die Gerichte fahren hier – zu Recht – eine harte Linie und bestätigen darauf gestützte fristlose Kündigungen regelmäßig. Die Beweislast trägt allerdings der Arbeitgeber. Arbeitgebern ist zu empfehlen, bei zu erwartenden emotionalen Streitgesprächen Zeugen hinzuzuziehen, um im Prozess den erforderlichen Beweis führen zu können.

(BAG Urt. v. 28.2.2023 – 2 AZR 194/22)

Kontakt: a.bienek@rotthege.com

GESELLSCHAFTSRECHT

Beschränkung der Innenhaftung des GmbH-Geschäftsführers bei Cyber-Angriffen

Dr. Georg Rotthege und Pascal Potthoff

Das OLG Zweibrücken hat mit Urteil vom 27.10.2022 (Az. 4 U 198/21) strenge Anforderungen an die Schadensersatzhaftung des Geschäftsführers gegenüber der GmbH gestellt. Cyber-Kriminelle hatten gefälschte Zahlungsaufforderungen an den Geschäftsführer übersandt und dabei eine E-Mail-Adresse verwandt, die sich nur durch einen Buchstabendreher von derjenigen eines Lieferanten unterschied. Der Geschäftsführer veranlasste daraufhin die geforderten Überweisungen in sechsstelliger Höhe, auf deren Ersatz er von der GmbH in Anspruch genommen wurde.

Der Geschäftsführer hat nach § 43 GmbHG die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden und haftet für Pflichtverletzungen gegenüber der GmbH. Diese Organhaftung hat das OLG vorliegend für nicht anwendbar erklärt, weil Überweisungen als buchhalterische Tätigkeiten nicht zu den spezifischen Aufgaben eines Geschäftsführers zählten. Die Haftung richte sich stattdessen nach den allgemeinen Vorschriften, wobei der Geschäftsführer (gleich einem Arbeitnehmer) von einer Haftungsprivilegierung bei leichter Fahrlässigkeit profitiere; ein über diesen Maßstab hinausgehender Vorwurf sei in dem Übersehen der falschen E-Mail-Adresse nicht zu sehen. Darüber hinaus hatte der Alleingesellschafter der GmbH die gefälschten E-Mails in Kopie erhalten und den Zahlungsaufforderungen nicht widersprochen; dies habe der Geschäftsführer als stillschweigende Duldung verstehen dürfen und wirke haftungsbefreiend.

Das Urteil mindert nicht die Organisationsverantwortung des Geschäftsführers im Umgang mit Cyber-Risiken. Es liefert jedoch einen wichtigen Beitrag zur Reduzierung des organschaftlichen Haftungsrisikos, indem es klarstellt, dass Nachlässigkeiten nicht zwangsläufig zum Schadensersatz führen. Dies ist aus Sicht der Praxis zu begrüßen, denn die Organhaftung des Geschäftsführers ist bei Cyber-Angriffen oftmals das letzte Mittel betroffener Unternehmen, um ihren Schaden zu liquidieren.

Kontakt: g.rotthege@rotthege.com, p.pothhoff@rotthege.com

Die Löschung der GmbH im laufenden Steuerverfahren

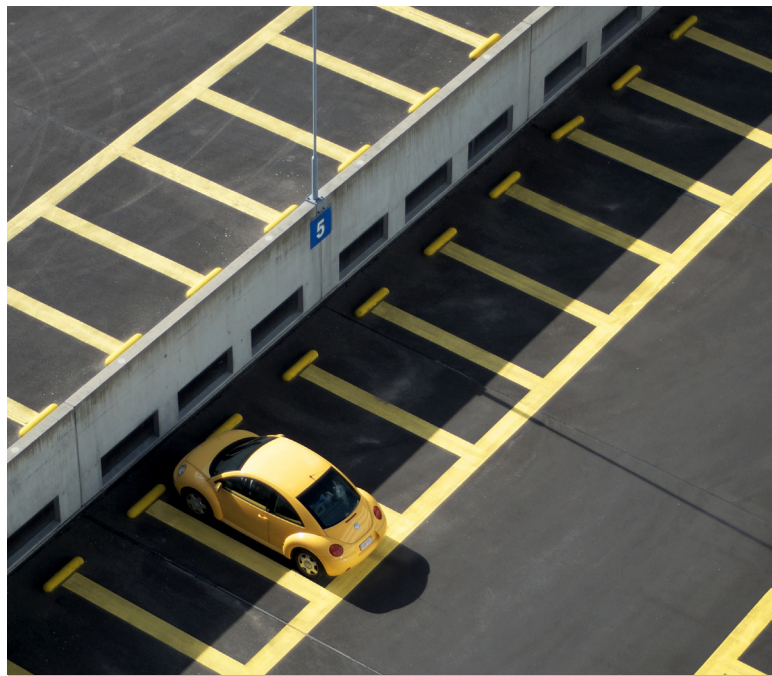
Kevin Sebastian Wilms

Hat der Liquidator einer GmbH – in diesem Verfahren trägt sie den Zusatz „i. L.“ („in Liquidation“) – die Liquidation der Gesellschaft beendet und den Abschluss der Liquidation beim Handelsregister angemeldet, kann die Gesellschaft endgültig gelöscht werden. Voraussetzung für die Beendigung des Liquidationsverfahrens und somit für die Löschung ist jedoch, dass die Gesellschaft tatsächlich vermögenslos ist.

Der Vermögenslosigkeit kann ein laufendes Steuerverfahren entgegenstehen. Ausstehende Steuererklärungen stehen der Löschung jedenfalls dann entgegen, wenn die Aussicht auf Steuerrückerstattungen besteht. Dies hat das OLG Hamm in seinem Beschluss vom 21.05.2021 (Az. 27 W 25/21) bestätigt und hierbei auf die zuvor ergangene Rechtsprechung und die herrschende Ansicht im Schrifttum verwiesen.

Dem BGH lag sodann eine Rechtsfrage zur Entscheidung vor, die inhaltlich konsequent und vor dem Hintergrund der Rechtssicherheit besonders zu begrüßen ist (Beschluss vom 17.05.2022, Az. II ZB 11/21): Der Liquidatorin einer GmbH wurde vom Finanzamt ein Bescheid zur Feststellung des Wertes des von ihr an der GmbH gehaltenen Anteils zum Zwecke der Schenkungsteuer zugestellt. Gegen diesen legte die Liquidatorin Einspruch ein. Die GmbH selbst wurde diesem Verfahren gem. § 360 Abs. 3 AO hinzugezogen. Gegen die Hinzuziehung hatte die GmbH ihrerseits Einspruch eingelegt. Das Finanzamt versagte seine Zustimmung zur Löschung der GmbH mit der Begründung, dass der GmbH nach ihrer Löschung die Einspruchsentscheidungen nicht mehr zugestellt werden könnten. Der BGH stellte in seinem Beschluss fest, dass das laufende Steuerverfahren keinen Bezug zum Vermögen der GmbH aufweise. Die Entgegennahme von Zustellungen reiche nicht aus, die Löschung zu verhindern, sofern Dritte zur Entgegennahme der finanzbehördlichen Entscheidung ermächtigt seien. Diese Entscheidung ist begrüßenswert, stellt sie doch noch einmal klar, dass auch laufende Steuerverfahren der Löschung einer GmbH nur dann entgegenstehen, wenn sie einen konkreten Bezug zum Vermögen der Gesellschaft aufweisen.

Kontakt: k.wilms@rotthege.com



Schenkweise Aufnahme (m)eines Kindes in die Gesellschaft

Dr. Katrin Feldmann, LL.M.

Die Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts hat Folgen für die Schenkung von Gesellschaftsanteilen an Minderjährige: Seit dem 01.01.2023 gibt der Gesetzgeber die Unterscheidung zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Übertragungen auf. Unerheblich ist auch, ob es sich um eine Personen- und Kapitalgesellschaft handelt. Folglich ist für alle Schenkungen von Gesellschaftsanteilen die Zustimmung des Familiengerichts einzuholen. Bisher war diese Zustimmung nur einzuholen, wenn der Minderjährige mit der Gesellschaftsbeteiligung eine Verbindlichkeit übernahm. Weil nur der Erwerb von Personengesellschaftsanteilen zu einer persönlichen Haftung führt, waren Schenkungen von GmbH- und Kommanditanteilen beliebt und in der Regel zustimmungsfrei. Zukünftig bleibt für die zwingende Einbindung des Gerichts nur noch entscheidend, ob die aufnehmende Gesellschaft ein Erwerbsgeschäft betreibt oder nur der privaten Vermögensverwaltung dient.

Häufig wollen Eltern minderjährige Kinder als Gesellschafter aufnehmen, um frühzeitig erbschaftsteuerliche Freibeträge in Anspruch zu nehmen. Für die ertragsteuerliche Anerkennung als Mitunternehmer muss der Minderjährige ein bestimmtes Maß an Unternehmerinitiative und -risiko übernehmen. Dann ist die Schenkung nicht immer lediglich rechtlich vorteilhaft, so dass Eltern zur Vertretung ihres Kindes eines Ergänzungspflegers bedürfen. Hieran hat die Reform nichts geändert.

Kontakt: k.feldmann@rotthege.com

Änderung im Recht der Personengesellschaften durch Neueinführung des MoPeG

Dr. Björn Zenzen, LL.M.

Zum 01.01.2024 tritt das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) in Kraft. Hierdurch werden gesetzesübergreifend zahlreiche Regelungen neu gefasst, welche die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), OHG und KG betreffen.

Die wohl bedeutendste Neuerung ist die Einführung des sog. Gesellschaftsregisters (GR), welches für die GbR eine vergleichbare Funktion wie das Handelsregister für OHG und KG übernehmen soll. In dieses GR können GbR's, die am Rechtsverkehr teilnehmen (sog. Außen-GbR), eingetragen werden. Neben dem Namen der GbR, sind auch Wohnort oder Sitz der Gesellschafter und deren Vertretungsbefugnis einzutragen. Die Eintragung ist zwar grundsätzlich freiwillig, wird jedoch für viele GbR's auf Sicht unumgänglich sein. Denn durch das neue Gesetz ändern sich zahlreiche Regelungen über die Eintragung von Rechten in öffentlichen Registern, wie etwa dem Grundbuch oder der Gesellschafterliste einer GmbH. So kann zukünftig eine GbR nur dann als Eigentümerin oder eines sonstigen Rechts an einem Grundstück in das Grundbuch eingetragen werden, wenn sie im Gesellschaftsregister eingetragen ist. Dies gilt für sämtliche Rechtsänderungen im Grundbuch, welche nach dem 01.01.2024 eintreten.

Nach ihrer Eintragung führt die GbR zwingend die Bezeichnung „eGbR“. Mit ihrer Eintragung im GR wird die eGbR auch umwandlungsfähig nach den Bestimmungen des Umwandlungsgesetzes (UmwG). Die Eintragung ist allerdings unumkehrbar; ein Weg zurück zur „normalen“ GbR (sog. „Delisting“) ist nicht vorgesehen.

Im Übrigen ergeben sich durch das MoPeG für alle Personengesellschaften nennenswerte Änderungen wie etwa hinsichtlich der Ermittlung von Gewinn- und Verlustanteilen sowie Stimmrechten, neuer Beschlussmängelrechte etc.

Praxishinweis:

Gesellschaftern von Personengesellschaften wird angeraten, sich frühzeitig mit den Gesetzesänderungen und insbesondere der Frage auseinanderzusetzen, ob im Hinblick hierauf ggf. Handlungsbedarf besteht. Anträge zur Aufnahme von GbR's in das GR werden erst ab dem 01.01.2024 entgegengenommen. Der Andrang zu Beginn dürfte groß sein, so dass hier mit Verzögerungen der Eintragung zu rechnen ist. Gerade dann, wenn für Anfang 2024 Vorhaben wie Erwerb oder Veräußerung von Grundstücken oder Beteiligungen an Kapitalgesellschaften oder Änderungen im Gesellschafterbestand anstehen, sollte die Planung der notwendigen Maßnahmen rechtzeitig erfolgen.

Kontakt: b.zenzen@rotthege.com



Daniel Schulte zur Oven

Rechtsanwalt

Dr. André Bienek

Rechtsanwalt und Partner
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Dr. Georg Rotthege

Rechtsanwalt und Partner
Fachanwalt für Steuerrecht

Pascal Potthoff

Rechtsreferendar



Kevin Sebastian Wilms

Rechtsanwalt

Dr. Katrin Feldmann, LL.M.

Rechtsanwältin

Dr. Björn Zenzen, LL.M.

Rechtsanwalt, Notar und Partner
Fachanwalt für Steuerrecht
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

ROTTHEGE Partnerschaftsgesellschaft mbB Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater

Standort Düsseldorf

Breite Straße 28
40213 Düsseldorf
T: +49 211 955991-0

Standort Essen

Alfredstraße 220
45131 Essen
T: +49 201 616260

info@rotthege.com

www.rotthege.com

Registrierangaben / Liste der Partner / Umsatzsteueridentifikationsnummer unter www.rotthege.com

Dieser Newsletter dient der allgemeinen Information. Die enthaltenen Informationen sind sorgfältig recherchiert, geben die Rechtsprechung und Rechtsentwicklung jedoch nur auszugsweise wieder und ersetzen nicht die Beratung im Einzelfall.