

## Mandantenrundbrief

Nr. 11 / November 2018

### Vorwort der Herausgeber

Seit der Sommerausgabe unseres Rundbriefs sind vier ereignisreiche Monate vergangen, in denen u. a. unsere Kollegin Rechtsanwältin von Auenmüller den theoretischen Teil ihrer Fachanwaltsausbildung zur Fachanwältin für Familienrecht mit erfolgreicher Prüfung abschließen konnte.

Seit Anfang August verstärkt Frau Alina Jütte als neue Auszubildende unser Team.

Inhaltlich haben uns nicht zuletzt die im Mai in Kraft getretene DSGVO und ihre Auswirkungen beschäftigt. Dementsprechend befasst sich unser Kollege Rechtsanwalt Marius Springer ausschließlich mit dem Thema Datenschutzrecht in einer Sonderausgabe unseres Rundbriefs, die wir ebenfalls noch im November vorab an die Abonnenten versenden und später auf unserer Website zum Download zur Verfügung stellen werden.

Uelzen im November 2018

Rechtsanwälte Zimmermann & Manke

### Themen der Ausgabe

Arbeit und Beruf .....	2
Schriftformzwang für Arbeitsverträge? .....	2
Beschäftigungsfalle bei Fortbeschäftigung eines Auszubildenden nach Ausbildungsende .....	3
Bau- und Handwerk .....	4
Berechtigte Verweigerung unverhältnismäßiger Mängelbeseitigung .....	4
Erbrecht und Steuerrecht .....	6
Gestaltung von Altenteilsrechten .....	6
Ehe und Familie .....	7
Anordnung einer Betreuung trotz Vorsorgevollmacht .....	7
Umgangsrecht und Kindeswille .....	8
Minderjährige Radfahrer auf dem Bürgersteig .....	8
Miet- und Nachbarrecht .....	9
Musizieren in der Nachbarschaft .....	9
Tipps und Hinweise aus der Gerichtspraxis .....	10
Haken und Ösen des gerichtlichen Mahnverfahrens .....	10
Impressum und Kontakt .....	12
Bislang erschienene Ausgaben des Mandantenrundbriefs .....	13

## Arbeit und Beruf

### Schriftformzwang für Arbeitsverträge?

Grundsätzlich besteht für den Abschluss und die Durchführung von Arbeitsverträgen Formfreiheit. Somit kann ein Arbeitsverhältnis ohne jegliche Dokumentation begründet und geführt werden. Dieser Grundsatz findet lediglich einer Einschränkung durch das Nachweisgesetz. Gemäß § 2 NachwG ist der Arbeitgeber spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses verpflichtet, die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich abzufassen, zu unterzeichnen und dem Arbeitnehmer auszuhändigen. Ein Verstoß gegen diese Verpflichtung berührt die Wirksamkeit des Arbeitsvertrages jedoch nicht.

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 25.10.2017 (7 A ZR 632/15) stellt diese Grundsätze für die tatsächliche Handhabung von Arbeitsverträgen in Frage.

Gegenstand der Entscheidung war ein Arbeitsvertrag, der eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Erreichen des Regelrentenalters vorsah. Es handelte sich somit um einen typischen Arbeitsvertrag wie er in der Praxis häufig gehandhabt wird. Im Rahmen des arbeitsgerichtlichen Prozesses hat der Arbeitnehmer geltend gemacht, dass das Arbeitsverhältnis nicht aufgrund der vertraglichen Regelungen endet. Hierbei hat er u.a. darauf verwiesen, dass dem Schriftformgebot des § 14 Abs. 4 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) nicht entsprochen sei. Er habe vor Beginn des Arbeitsverhältnisses keine von den Vertragsparteien gezeichnete Fassung des Arbeitsvertrages erhalten.

Das BAG hat in seiner Entscheidung bestätigt, dass auch auf eine arbeitsvertragliche Regelung, die eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Erreichen des Regelrentenalters vorsieht, ein befristetes Arbeitsverhältnis im Sinne des TzBfG darstellt und daher dem Schriftformerfordernis entsprechen muss. Dieses ist nur gewahrt, wenn beide Parteien auf einer Urkunde den Vertrag gezeichnet haben und dem Arbeitnehmer vor Beginn des Arbeitsverhältnisses ein Exemplar des Arbeitsvertrages zugegangen ist. In dem zu entscheidenden Fall stellte sich diese Frage, da der Arbeitsvertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer versandt wurde. Der Arbeitnehmer hat zunächst den von ihm gezeichneten Arbeitsvertrag an den Arbeitgeber versandt, dieser hat die von ihm gegengezeichnete Fassung möglicherweise jedoch nicht vor Beginn des Arbeitsverhältnisses an den Arbeitnehmer zurückgereicht, weswegen der Rechtstreit zur Aufklärung dieser Frage zurückverwiesen wurde.

### Konsequenzen für die Praxis

Nach der Entscheidung des BAG steht fest, dass die Wirksamkeit von Arbeitsverträgen, die eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Erreichen des Regelrentenalters vorsehen, nach den Maßstäben des TzBfG zu beurteilen ist. Es ist daher zwingend erforderlich, die Schriftform zu wahren. Hierbei ist zu beachten, dass die Zeichnung des Arbeitsvertrages vor Beginn des Arbeitsverhältnisses erfolgt und den Parteien wechselseitig zugegangen ist.

Zur Vermeidung von Beweisrisiken empfiehlt es sich, bei entsprechender Möglichkeit im Rahmen der Ortsverhältnisse gemeinsam mit dem Arbeitnehmer in einem gemeinsamen Termin vor Beginn des Arbeitsverhältnisses den Arbeitsvertrag zu zeichnen und hierbei eine

Empfangsquittung darüber vorzusehen, die sich über die Bestätigung des Empfangs des Arbeitsvertrages durch den Arbeitnehmer verhält. Sofern die Ortverhältnisse diese Handhabung nicht zulassen, ist dringend darauf hinzuwirken, dass die wechselseitige Versendung des gezeichneten Arbeitsvertrages so rechtzeitig erfolgt, dass beiden Parteien vor Beginn des Arbeitsverhältnisses ein jeweils gezeichnetes Exemplar vorliegt. Sofern der Arbeitgeber das von ihm gegengezeichnete Exemplar versendet, wird er zu Beweis Zwecken sicherstellen müssen, dass er auch den Zugang des gegengezeichneten Vertragsexemplars beweisen kann. Arbeitsverträge, die diese Formalien nicht gewahrt haben, sind unwirksam befristet, sodass nicht davon auszugehen ist, dass das Arbeitsverhältnis bei Erreichen des Regelrentenalters endet.

## **Beschäftigungsfalle bei Fortbeschäftigung eines Auszubildenden nach Ausbildungsende**

Eine nunmehr veröffentlichte Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) gibt Anlass bei Arbeitgebern mal wieder ein Risikobewusstsein darüber zu wecken, dass eine ungeregelte Beschäftigung eines Auszubildenden nach bekannt gewordenem Prüfungsabschluss erhebliche Konsequenzen haben kann.

In dem zu entscheidenden Fall beendete der Auszubildende – wie in der Praxis häufig – seine Ausbildung vorzeitig durch erfolgreich bestandene Prüfung. Die Parteien beabsichtigten eine befristete Anschlussbeschäftigung ohne Sachgrund. Sie schlossen den zwingend erforderlichen schriftlichen befristeten Arbeitsvertrag jedoch erst zum ursprünglich vorgesehenen Ausbildungsende. Bis dahin wurde der Auszubildende in einer unregelmäßigen Situation fortbeschäftigt, die zwar nur sieben Tage dauerte, jedoch erhebliche Konsequenzen für den Arbeitgeber begründete.

Die vorgesehene sachgrundlose Befristung scheiterte nach schlüssiger Begründung des BAG an einer Vorbeschäftigung des Auszubildenden, sodass die Befristung unwirksam war (BAG Ur. v. 20.03.2018 – 9 A ZR 479/17).

Gemäß § 21 Abs. 2 Berufsbildungsgesetz (BBiG) endet das Berufsausbildungsverhältnis mit Bekanntgabe des Ergebnisses über den erfolgreichen Prüfungsabschluss durch den Prüfungsausschuss an den Auszubildenden, unabhängig davon, welches Ausbildungsende im Ausbildungsvertrag festgelegt ist. Erfahrungsgemäß liegt somit das Ausbildungsende faktisch immer vor dem im Ausbildungsvertrag festgelegten Zeitpunkt. Erhält der Ausbilder Kenntnis von dem erfolgreichen Prüfungsabschluss und nimmt die Arbeitsleistung des Auszubildenden nach diesem Zeitpunkt an, so gilt ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit gemäß § 24 BBiG begründet.

Beachtet ein Arbeitgeber diese Rahmenumstände nicht, so nützt ihm auch ein später abgeschlossener befristeter Arbeitsvertrag nichts, da dieser bei einer sachgrundlosen Befristung in Folge der Vorbeschäftigung unwirksam ist. Das Arbeitsverhältnis endet somit nicht mit Ablauf der Befristung. Vielmehr wird sich der Arbeitgeber bei einem Trennungswillen mit der Frage befassen müssen, ob der Arbeitnehmer kündbar ist und hierbei im Falle der Einschlägigkeit des Kündigungsschutzgesetzes auch den Kündigungsschutz des Arbeitnehmers beachten müssen.

### **Konsequenzen für die Praxis**

Es sind zwingend organisatorische Maßnahmen dafür einzurichten, dass eine irgendwie geartete Fortbeschäftigung eines Auszubildenden nach Kenntnis seines erfolgreichen Prüfungsabschlusses unterbleibt. Sofern ein Interesse an einer sachgrundlosen befristeten

Fortbeschäftigung des Auszubildenden besteht, ist entweder ein entsprechender Arbeitsvertrag vor Ausbildungsende unter der Bedingung des erfolgreichen Prüfungsabschlusses zu schließen oder nach bestandener Prüfung, sofern sicher ausgeschlossen ist, dass keine irgendwie geartete Fortbeschäftigung stattgefunden hat.

Rechtsanwalt

Nikolai Manke

Fachanwalt für Arbeitsrecht

Fachanwalt für Insolvenzrecht

Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

## Bau- und Handwerk

### Berechtigte Verweigerung unverhältnismäßiger Mängelbeseitigung

Rügt ein Auftraggeber Baumängel und verlangt deren Beseitigung im Wege der Nacherfüllung, stellt sich für den Unternehmer regelmäßig die Frage, ob der die Mängel tatsächlich auf eigene Kosten beseitigen muss oder ob er die Nacherfüllung verweigern kann.

Mit dieser Frage befasste sich zuletzt das OLG Frankfurt in seinem Urteil vom 19.09.2018 (Az.: 29 U 152/17): Der Kläger verlangte vom beklagten Unternehmer einen Kostenvorschuss für die Beseitigung von Mängeln einer vom Beklagten ausgeführten Treppe. Die war möglicherweise tatsächlich mangelhaft, weil der Beklagte bei ihrer Errichtung die Toleranz einer einschlägigen technischen Norm von 5 mm um weitere 6 mm überschritten hatte. Im Ergebnis konnte das Gericht diese Frage aber offen lassen, denn der Beklagte verweigerte zu Recht die Nacherfüllung, weil die mit einem völlig unverhältnismäßigem Aufwand (die Treppe hätte vollständig zurückgebaut und neu errichtet werden müssen) verbunden gewesen wäre.

Letztlich konnte sich der Unternehmer zu Recht auf die Vorschrift des § 635 Abs. 3 BGB berufen, nach der die Nacherfüllung dann verweigert werden kann, „wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist“. Stellt sich die Frage, ab wann das der Fall ist. Dazu das OLG:

*„Die Nacherfüllung kann vom Unternehmer wegen unverhältnismäßigen Aufwandes oder unverhältnismäßigen Kosten in Ausnahmefällen verweigert werden. Unverhältnismäßig im Sinne des § 635 Abs. 3 BGB sind die Kosten für die Beseitigung eines Werkmangels dann, wenn der damit erzielbare Erfolg bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalls in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe der dafür aufzubringenden Kosten steht. Erfasst hiervon sind die Fälle eines objektiv geringen Interesses des Auftraggebers an einer mangelfreien Vertragsleistung bei gleichzeitig erheblichem und deswegen unangemessenem Aufwand für den Werkunternehmer. Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung kommt insbesondere bei Mängeln in Betracht, die den Wert oder die Gebrauchstauglichkeit nicht oder nicht erheblich beeinträchtigen (vgl. Kniffka/Koebler, 6. Teil Rn. 97 m.w.N.).“ (OLG Frankfurt a. a. O.)*

Bemerkenswert daran ist zunächst das Abstellen des Gerichts auch auf den Aufwand und nicht nur auf die Kosten der Nacherfüllung. Sodann stellt das Gericht Aufwand (des Unternehmers) und Ertrag (für den Auftraggeber) gegenüber und gelangt zu dem Ergebnis, letzterer könne jedenfalls dann keine Beseitigung eines Mangels im Wege der Nacherfüllung verlangen, wenn sein Interesse daran nur gering ist, weil sein dadurch erzielter Nutzen

ebenfalls nur gering sein kann, nachdem auch eine Nacherfüllung den Wert oder die Gebrauchstauglichkeit des (Bau-)Werks allenfalls noch geringfügig – wenn überhaupt – steigern kann. Sind Aufwand und Kosten des Unternehmers demgegenüber erheblich und damit unverhältnismäßig hoch, kann er sich zu Recht auf § 635 Abs. 3 BGB berufen und die Nacherfüllung verweigern.

### **Konsequenzen für die Praxis**

Ist die Beseitigung eines (Bau-)Mangels im Einzelfall mit einem hohen Aufwand und entsprechenden Kosten verbunden, sollte der Unternehmer vor Beseitigung des Mangels im Wege der Nacherfüllung zwingend prüfen, wie sich der dadurch für den Auftraggeber zu erzielende Nutzen zu Aufwand/Kosten verhält: Führt der Mangel zu keiner oder nur unerheblichen Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit des Werks und die Nacherfüllung dementsprechend zu einer allenfalls geringfügigen Verbesserung, spricht vieles für die Unverhältnismäßigkeit des Aufwands. In dem Fall könnte der Unternehmer die Nacherfüllung möglicherweise zu Recht verweigern und sollte daher nicht vorschnell zur Nacherfüllung schreiten.

Unabhängig von dieser rein rechtlichen Betrachtung steht es dem Unternehmer selbstverständlich frei, eine gütliche Erledigung der Angelegenheit gemeinsam mit dem Auftraggeber anzustreben, je nach Bedeutung von Auftrag und Auftraggeber und nicht zuletzt im Hinblick auf die eigene Reputation als Unternehmer: Von einer Nacherfüllung aus Kulanz bis hin zu einer Ermäßigung des vereinbarten Werklohns ebenfalls im Kulanzwege haben die Parteien insofern einen großen Spielraum.

Apropos Werklohn: Das OLG befasste sich en passant noch mit der Frage nach dessen Fälligkeit. Die setzt regelmäßig eine Abnahme der Werkleistungen voraus, ausnahmsweise kommt es – so wie hier – auf eine Abnahme aber nicht mehr an, denn der Auftraggeber hatte einen Kostenvorschuss für die ihm durch eine Beseitigung der Mängel im Wege der Selbstvornahme entstehenden Kosten verlangt (s. § 637 Abs. 3 BGB). Dadurch – so das OLG – ging der Vertrag in ein Abrechnungsverhältnis über. Für den Auftraggeber ist das günstig, denn der kann seinen Werklohn daraufhin auch ohne Abnahme des Werks abrechnen.

Zum möglichen Anspruch des Auftraggebers auf einen Kostenvorschuss entschied das OLG schließlich zweierlei: Verweigert der Unternehmer zu Recht die Nacherfüllung, kann der Auftraggeber keinen Kostenvorschuss (mehr) verlangen, denn der setzt 1. einen Nacherfüllungsanspruch des Bestellers und 2. dessen Willen voraus, den Mangel auch tatsächlich im Wege der Selbstvornahme zu beseitigen oder beseitigen zu lassen. Will er das nicht, sondern strebt tatsächlich Schadensersatz an, ohne dass dessen Voraussetzungen vorliegen, besteht kein Anspruch auf einen Kostenvorschuss.

Rechtsanwalt  
Dr. jur. Christian Behrens LL.M.  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

## Erbrecht und Steuerrecht

### Gestaltung von Altenteilsrechten

Die Ausgestaltung von Altenteilsvereinbarungen im Zusammenhang mit der Übergabe eines landwirtschaftlichen Betriebs führt nicht automatisch zu steuerrelevanten Sonderausgaben.

Mit Urteil vom 27.09.2017 hatte das FG Niedersachsen über einen Fall zu entscheiden, in dem der Sohn von seinem Vater dessen selbstbewirtschafteten Hof (Schweinemast und Ackerbau) im Wege der vorweggenommenen Erbfolge erworben und hierfür dem Vater ein lebenslanges Altenteilsrecht eingeräumt hatte, u.a. eine monatliche Barzahlung von 400,00 €. Der Hof hatte doch anschließend Verluste erzielt. Einige Jahre nach der Übergabe gab der Sohn die Schweinemast auf und verpachtete das Ackerland. Die Verpflichtung aus dem Altenteilsrecht blieb gleichwohl bestehen. Das Finanzamt vertrat die Auffassung, dass diese nicht als Sonderausgabe (dauernde Last) anzuerkennen sei, da die Leistungen in Folge der Verluste nicht durch Erträge des Hofes gedeckt wurden.

Das FG Niedersachsen stellte hierzu fest, dass Versorgungsleistungen, die der Vermögensübernehmer an den Übergeber erbringt, als dauernde Last abzugsfähig sind, wenn es sich typischer Weise um Erträge handelt, die sich der Übergeber bei der Vermögensübergabe vorbehält, aber nur vom Übernehmer erwirtschaftet werden müssen. Ein Wirtschaftsgut ist dann Gegenstand einer Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen, wenn der Vorgang einer Übertragung und der Nießbrauchsvorbehalt vergleichbar ist. Die Versorgungsleistungen müssen als zuvor vom Übergeber vorbehaltene – abgespaltene – Nettoerträge vorstellbar sein (FG Niedersachsen vom 27.09.2017, Az.: 4 K 318/15).

Maßgeblich für die Anerkennung der dauernden Last ist, dass der Übernehmer bei der Übergabe davon ausgehen konnte, die Versorgungsleistungen aus den Nettoerträgen des übernommenen Vermögens erwirtschaften zu können. Hierbei ist aber nicht die Erwartung steigender (Schweine-) Preise maßgeblich, da diese für keinen Marktteilnehmer vorhersehbar sind. Auch die angestrebte Ergebnisverbesserung durch verstärkten eigenen Arbeitseinsatz ist nicht erheblich, da diese nicht Ausdruck der Ertragsfähigkeit des Hofes ist. Ließe sich aber die Ertragsfähigkeit durch die Aufgabe der Schweinemast und die Verpachtung der Ackerflächen auf Basis der zu erzielenden Pachtzinsen verbessern, so genügt dies nach Auffassung des FG Niedersachsen. Eine auf die Verpachtungsmöglichkeit stützende Ertragsprognose, in der die Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden, hat festzustellen, ob die vorhandene Substanz einen Schluss auf die Ertragsfähigkeit des Betriebes zulässt.

Zu diesen Umständen gehört auch die Höhe des möglichen Pächterlöses, denn die Ertragsfähigkeit des Betriebes in der Form zur Zeit der Übergabe ist nicht allein maßgeblich. In die Prognose sind auch Erträge einzubeziehen, die auf einer veränderten Betriebsform beruhen, solange die Ergebnissteigerung nicht Folge vom Übernehmer vorgenommener wesentlicher Veränderungen sind. Die Verpachtung statt Selbstbewirtschaftung stellt keine solche wesentliche Änderung dar, sondern nur eine andere Nutzungsmöglichkeit.

### Konsequenzen für die Praxis

Das FG Niedersachsen hat die Revision zugelassen. Das Verfahren wird beim BFH zum Az.: X R 40/17 geführt. Es bleibt abzuwarten, ob der BFH zustimmt, dass es für eine ausreichende Ertragsprognose genügt, wenn zu einem Zeitpunkt der Vermögensübergabe noch keine ausreichenden Erträge erwirtschaftet werden, dieser aber durch Nutzungsänderungen des erworbenen Vermögens möglich erscheint.

Vorerst sollte der Übergabevertrag von Betrieben, die zum Zeitpunkt der Übergabe nicht ausreichend Erträge bringen, eine wirtschaftliche Prognoseberechnung enthalten, die auch vorsieht, in Fällen ausbleibender Ertragsverbesserung bei bisheriger Fortführung dadurch zu ausreichenden Nettoerträgen zu gelangen, dass Betriebsteile verkauft werden (Schulden- mit Zinsreduzierung) oder dass z. B. landwirtschaftliche Flächen verpachtet werden.

Rechtsanwalt

Johannes Zimmermann

Fachanwalt für Erbrecht

Fachanwalt für Steuerrecht

Zertifizierter Testamentsvollstrecker (AGT)

## Ehe und Familie

### Anordnung einer Betreuung trotz Vorsorgevollmacht

Das Landgericht Meiningen hat in seinem Beschluss vom 05.03.2018, Az.: (17) 4 T31/18 und (18) 4 T 32/18 klargestellt, dass die Anordnung einer Betreuung trotz Vorsorgevollmacht erforderlich ist, sofern ein Vorsorgebevollmächtigter durch eigenmächtiges Verhalten eines Dritten nicht in der Lage ist, zum Wohle des Betroffenen zu handeln. Als Betreuer ist in diesem Fall ein unbeteiligter Dritter zu bestellen.

Geklagt hatte die vorsorgebevollmächtigte Tochter deren Vater bereits zum zweiten Mal verheiratet war. Die Ehefrau des Betreuten kämpfte laut eigenen Angaben seit 2015 über das Recht zur Betreuung ihres Mannes. Sie habe seit 2015 ihre berufliche Tätigkeit aufgegeben und unternehme seither alles, um ihren Ehemann „wiederzuholen zu einem vollwertigen Leben“. Die vorsorgebevollmächtigte Tochter wandte sich mit Schreiben vom 02.12.2016 an das zuständige Amtsgericht und teilte mit, dass sie von der jetzigen Ehefrau ihres Vaters bei der Vollmachtsausübung massiv behindert werde und bat daher um Prüfung der Einsetzung eines Kontrollbetreuers. Zu diesem Schreiben nahm die Betreuungsbehörde Stellung und teilte mit, dass die erteilte Vorsorgevollmacht wirksam und gültig sei, sodass es einer Betreuungseinrichtung nicht bedürfe. Das mit dieser Angelegenheit befasste Gericht entschied anders. Es stellte fest, dass die Anordnung einer Betreuung erforderlich sein kann, wenn dies zum Wohle des Betroffenen ist. Ist der Vorsorgebevollmächtigte zwar redlich hinsichtlich seiner Vollmachtsausübung, jedoch in seiner Tätigkeit so massiv durch das eigenmächtige und störende Verhalten eines Dritten gestört, dass er nicht in der Lage ist, die ihm übertragene Aufgabe zu erfüllen, ist es zum Wohle des Betreuten erforderlich, einen unabhängigen Dritten als Betreuer zu bestellen.

### **Konsequenzen für die Praxis**

Eine solche Entscheidung führt zwar zu dem schmerzlichen Ergebnis, dass die vorsorgebevollmächtigte Person durch das Verhalten eines Dritten aus ihrer Position gedrängt wird. Jedoch steht das Wohl des Vollmachtgebers auch hier an erster Stelle. Für die Praxis bedeutet dieses Urteil, dass die Möglichkeit besteht, die vorrangige Betreuung durch einen Bevollmächtigten zum Wohle des Betreuten durch einen unabhängigen Betreuer ausüben zu lassen.

### **Umgangsrecht und Kindeswille**

Oftmals wird in Umgangsrechtstreitigkeiten durch einen Elternteil vorgebracht, dass das Kind den anderen Elternteil nicht sehen möchte und keinen Umgang mit ihm möchte. Ob diese Ablehnung durch das Kind vorgetäuscht ist oder ob es tatsächlich der Wille des Kindes ist, nicht mit dem anderen Elternteil den Umgang zu pflegen, muss vom Gericht ergründet werden. Hier gilt jedoch auch wenn das Kind den Umgang mit dem anderen Elternteil ablehnt, führt dies nicht zwangsläufig zu einer Versagung des Umgangsrechts. Jedoch darf der Kindeswille nicht einfach unbeachtet bleiben, da dies Auswirkungen auf die geistige Gesundheit des Kindes haben könnte. Um Gründe für die Ablehnung im Einzelfall genau zu erforschen, wird i. d. R. ein kinderpsychologisches Gutachten erforderlich sein. Ist der Kindeswille autonom, intensiv und stabil, wäre ein Übergehen dieses Kindeswillens in aller Regel kindeswohlgefährdend. Daher geht die Rechtsprechung davon aus, dass ab einem Kindesalter von ca. 11 Jahren eine Anordnung des Umgangs gegen den gefestigten Willen eines Kindes nicht mehr in Betracht kommt (OLG Schleswig, NZF 2016, 29).

### **Konsequenzen für die Praxis**

Wie in sämtlichen Kindschaftssachen steht das Kindeswohl an oberster Stelle. Dennoch ist derjenige Elternteil, bei dem das Kind aufwächst verpflichtet, das Umgangsrecht zu fördern. Er ist ebenso verpflichtet, Einfluss auf das Kind auszuüben, damit es motiviert wird, den Umgang wahrzunehmen.

[Rechtsanwältin](#)  
[Anisha von Auenmüller](#)

### **Minderjährige Radfahrer auf dem Bürgersteig**

Es prägt das tägliche Stadtbild: Kleine Kinder befahren mit ihren Velos den Fußweg. Dies ist auch gut so, denn nach der StVO müssen sie dies auch tun, bis sie acht Jahre alt werden. Doch wer zahlt, wenn der oder die Kleine das parkende Auto rammt?

Eine Haftung ist nach § 828 BGB ausgeschlossen, wenn das Kind noch keine sieben Jahre alt ist. Ist das Kind noch keine zehn Jahre alt, haftet es nur für vorsätzlich verursachte Schäden im Straßenverkehr (§ 828 Abs. 2 BGB).

Für diese Schäden haftet dann in der Regel die mit der Aufsicht des Kindes verpflichtete Person, wenn in jeweiligen Schadensfall die Aufsicht ungenügend war. Was (un)genügend ist, bestimmt sich aus einer Gesamtschau von der

#### **Persönlichkeit des Aufsichtsbedürftigen**

Dazu zählen: Alter, Charakter, Neigungen, Vorverhalten, Stand der Erziehung. Dabei gilt, je älter das Kind ist und je mehr es sich der Volljährigkeit nähert, desto geringer werden die Anforderungen an die Aufsicht.

sowie der

### **Gefahrenträchtigkeit der Situation**

In vielen normalen Alltagssituationen besteht kein besonderer Anlass für eine Aufsicht. Je gefährlicher jedoch ein Verhalten für Dritte sein kann, desto höher sind die Aufsichtspflichten. Bei hoher Gefahr besteht auch eine hohe Aufsichtspflicht. Als besonders gefahrenträchtig gelten dabei Waffen, Feuer und der Straßenverkehr.

Für den oben geschilderten Fall des Parkrempfers könnte eine Haftung der Aufsichtsperson zu verneinen sein, weil beispielsweise folgende Umstände zutreffen:

- Das Kind ist ein sehr sicherer Fahrer.
- Es ist mit den Verkehrsregeln betraut.
- Es wurde ausreichend beaufsichtigt.
- Es fährt regelmäßig seit es drei Jahre alt ist.
- Es ist noch nie zu einer Schädigung Dritter gekommen.
- Das Kind war nicht abgelenkt.
- Es handelt sich um ein unvorhersehbares Augenblicksversagen des Kindes.

In einem vom AG Augsburg, Urt. v. 24.01.2018, Az. 73 C 4417/17 entschiedenen Fall, fuhr das Kind vor seinem Vater auf dem Radweg und stieß gegen ein Auto. Das Gericht verneinte die Haftung des Vaters, denn der musste nicht in jedem Moment dazu fähig gewesen sein, einzugreifen. Dies wäre lebensfremd und würde dem Kind das normale Fahren unmöglich machen.

### **Konsequenzen für die Praxis**

Nicht nur weil das Kind noch jung ist, muss man die Außenwelt vor ihm beschützen wie ein rohes Ei. Dem Kind darf entsprechend seiner Reife durchaus was zugetraut werden, ohne dass sofort die Eltern in die Haftung müssen. Eine kindliche Entwicklung in der ständig Haftungsrisiken lauern, ist jedenfalls nicht hilfreich.

Auch im Recht gilt, was sich jedem aufdrängt: Die Anforderungen an die Aufsicht sind umso größer, je weniger Erfahrungen das Kind hat.

[Rechtsanwalt](#)  
[Marius Springer](#)

## **Miet- und Nachbarrecht**

### **Musizieren in der Nachbarschaft**

Wer in einer großen Nachbarschaft wohnt, kennt es, wenn am Nachmittag die zur musikalischen Ertüchtigung gehaltenen Kinder auf ihren Instrumenten klimpern. Nicht so schlimm, wenn das jeweilige Instrument denn auch perfekt beherrscht wird. Aber wie lange muss man sich Musizieren am Stück gefallen lassen? Grundlage des BGH-Urteils vom 26.10.2018 Az. V ZR 143/17 war ein Trompete spielender Berufsmusiker, der ein Reihenhaus bewohnte.

Nach eigenen Angaben übte dieser jeweils 180 Minuten an zwei Wochentagen. Die Nachbarn fühlten sich gestört und verlangten ein Ende.

Nachdem das Amtsgericht den klagenden Nachbarn noch Recht gab dem Musiker einen strengen Musizierplan auf der auf max. 10 Stunden pro Woche begrenzt war. Der BGH entschied: Häusliches Musizieren gehöre zur sozialadäquaten und üblichen Form der Freizeitbeschäftigung und kann von erheblicher Bedeutung für die Lebensfreude und das Gefühlsleben sein. Es ist daher von einem verständigen Durchschnittsmenschen hinzunehmen. Aber auch das gilt nicht grenzenlos. Es komme dabei immer auf die Umstände des Einzelfalls an.

In der vorliegenden Entscheidung betonte das Gericht noch einmal ausdrücklich, dass das werktägliche Musizieren drei Stunden nicht überschreiten sollte. Die Sache wurde in der Folge zur erneuten Entscheidung an das Amtsgericht zurückverwiesen.

### **Konsequenzen für die Praxis**

Es kann nicht jedes als störend empfundene Verhalten einfach so durch Gerichtsurteil beendet werden. Jeder Einzelfall ist anders und jeder Betroffene hat unterschiedliche Interessen, die es zu berücksichtigen gilt. Also Vorsicht vor einem zu schnellen Vorpreschen gegen als störend empfundene Nachbarn: Auch das oberste Gericht ist um eine belebte Nachbarschaft bedacht.

[Rechtsanwalt](#)  
[Marius Springer](#)

## **Tipps und Hinweise aus der Gerichtspraxis**

### **Haken und Ösen des gerichtlichen Mahnverfahrens**

Jeder Gläubiger einer Forderung darf beim zuständigen Mahngericht einen Antrag auf den Erlass eines Mahnbescheids gegen seinen Schuldner stellen. In der Praxis machen Gläubiger hiervon auch häufig Gebrauch, so führt die Statistik des Statistischen Bundesamtes für 2017 mehr als 5.120.000 Verfahren auf. Das Mahnverfahren ist somit von großer praktischer Relevanz.

Der Zugang zum Mahnverfahren ist verhältnismäßig niedrighschwellig, da das Mahngericht nicht prüft, ob der von einem Gläubiger behauptete Zahlungsanspruch tatsächlich besteht und ob er ggf. noch durchsetzbar ist usw. Erfüllt der Antrag die formellen Voraussetzungen, erlässt das Mahngericht den beantragten Bescheid und stellt ihn dem Schuldner zu. Das hat Vorteile, aber auch Nachteile und kann für den Gläubiger durchaus erhebliche Kostenrisiken mit sich bringen.

Von Vorteil ist die nur sehr eingeschränkte Prüfung des Antrags durch das Gericht, denn so muss der Antragsteller keinen Begründungsaufwand wie z. B. für die Fertigung einer schlüssigen Klage in der Hauptsache betreiben. Auch dadurch nimmt das Mahnverfahren deutlich weniger Zeit in Anspruch als ein Klageverfahren: Erhebt der Schuldner darüber hinaus keinen Widerspruch gegen den ihm zugestellten Mahnbescheid und legt er weiter keinen Einspruch gegen einen auf Grundlage des Mahnbescheids erlassenen Vollstreckungsbescheid ein, gelangt der Gläubiger recht schnell zu einem vollstreckbaren Titel.

Der wohl wichtigste Vorteil des Mahnverfahrens allerdings dürfte die verjährungshemmende Wirkung des dem Schuldner zugestellten Mahnbescheids sein: Ansprüche (§ 194 BGB) verjähren regelmäßig nach drei Jahren (§ 195 BGB). Die regelmäßige Verjährungsfrist beginnt mit dem Schluss des Jahres zu laufen, in dem der Anspruch entstanden ist (§ 199 Abs. 1 BGB). Alle im Jahr 2015 entstandenen Ansprüche verjähren also regelmäßig mit Ablauf des Jahres 2018. Die Ansprüche erlöschen dadurch zwar nicht, der Schuldner kann sich aber auf die Einrede der Verjährung berufen und die Erfüllung daher verweigern. Will der Gläubiger das verhindern, muss er verjährungshemmende Maßnahmen ergreifen. Die §§ 203 ff BGB regeln verschiedene Hemmungstatbestände, von denen hier nur der aus § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB interessiert: Die Zustellung des Mahnbescheids im Mahnverfahren.

Den Vorteilen des Mahnverfahrens stehen aber auch Nachteile gegenüber: Nur konsequent ist es z. B., nach Widerspruch gegen den Mahnbescheid nicht zu prüfen, ob der Schuldner sich zu Recht gegen die Forderung wehrt, sein Widerspruch also begründet ist oder nicht. Diese Prüfung obliegt nicht dem Mahngericht, sondern dem für das Hauptsacheverfahren zuständigen Gericht. Dementsprechend leicht kann sich ein Schuldner gegen einen Mahnbescheid zur Wehr setzen, denn er muss lediglich das dem Mahnbescheid beigefügte Formular korrekt ausfüllen – und das war es dann mit dem Mahnbescheid.

In diesem Fall ist es alleine Sache des Gläubigers, das Verfahren weiter zu betreiben oder nicht, wofür er ggf. eine den Anforderungen einer Klageschrift genügende Anspruchsbegründung fertigen (lassen) und beim Mahngericht einreichen müsste.

Ein weiterer damit in Zusammenhang stehender Nachteil des Verfahrens, der für den Gläubiger zugleich ein erhebliches Kostenrisiko bergen kann, folgt aus der Möglichkeit, bereits beim Beantragen des Mahnbescheids zugleich die Durchführung des streitigen Verfahrens für den Fall eines Widerspruchs des Schuldners gegen den Mahnbescheid zu beantragen. Erhebt der Schuldner dann Widerspruch gegen den Mahnbescheid, erhält der Gläubiger vom Mahngericht eine Widerspruchsnachricht und eine zweite Kostenrechnung über weitere Gerichtskosten, nach deren Zahlung das Mahngericht den Rechtsstreit an das für das Hauptsacheverfahren zuständige Gericht abgibt. Von dort erhält der inzwischen zum Kläger beförderte Antragsteller (Gläubiger) schließlich die freundliche Aufforderung, seinen ursprünglich mit dem Mahnbescheid geltend gemachten Anspruch binnen einer Frist von zwei Wochen „in einer Form zu begründen, die der einer Klageschrift entspricht“.

Nur am Rande bemerkt: Das Überschreiten dieser Frist ist für den Kläger unschädlich, das Gericht kann allerdings erst nach Eingang der Anspruchsbegründung einen Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmen. Bis zu ihrem Eingang dagegen kann es das nur auf Antrag der Antragsgegnerin oder des Antragsgegners, was dem Schuldner somit zugleich eine feine Möglichkeit bietet, den Gläubiger ordentlich unter Druck zu setzen, was hier aber nicht weiter vertieft werden soll.

Übersteigt die Höhe der Forderung 5.000,00 €, ist spätestens jetzt ein Rechtsanwalt mit der Fertigung der Anspruchsbegründung (= Klageschrift) zu beauftragen, denn vor den dann zuständigen Landgerichten herrscht Anwaltszwang.

Der Rechtsanwalt prüft nun zunächst die Rechtslage und dabei insbesondere die Erfolgsaussichten der Klage: Hat sie keine Aussicht auf Erfolg, weil der Anspruch gar nicht oder ursprünglich zwar entstanden war, gegenwärtig z. B. nach eingetretener Verjährung aber nicht mehr durchsetzbar ist oder der Schuldner etwa mit eigenen Forderungen aufrechnen kann, realisiert sich für den Gläubiger das voranstehend erwähnte Kostenrisiko. Betreibt er das Verfahren nicht weiter und nimmt er die Klage zurück, ermäßigen sich die Gerichtskosten zwar auf ein Drittel, was aber immer noch den sinnlosen Verlust von mehr als

1.600,00 € bei einem Gegenstandswert von 10.000,00 € und mehr als 2.200,00 € bei einem Gegenstandswert von 20.000,00 € (Anwalts- und Gerichtskosten) zur Folge hätte – um nur ein paar Beispiele zu nennen. Teures und vor allem unnötig gezahltes Lehrgeld.

### **Konsequenzen für die Praxis**

Auch wenn der Gläubiger einer Forderung selbst den Erlass eines Mahnbescheids beim zuständigen Mahngericht beantragen darf, können wir das aus voranstehend geschilderten Gründen nicht empfehlen. Stattdessen sollte die Forderung und ihre Durchsetzbarkeit zunächst anwaltlich geprüft werden und das gerichtliche Mahn- oder Klageverfahren nur bei hinreichender Erfolgsaussicht geführt werden. Andernfalls realisiert sich mit Pech das erwähnte Kostenrisiko.

Beantragt der Gläubiger den Erlass eines Mahnbescheids gleichwohl bereits selbst, empfehlen wir für den Fall eines Widerspruchs gegen den Mahnbescheid dringend, den weiteren Forderungseinzug spätestens mit Zugang der Widerspruchsnachricht in anwaltliche Hände zu geben. Keinesfalls aber sollten die weiteren Gerichtskosten ohne vorangegangene anwaltliche Prüfung beim Mahngericht eingezahlt werden – aus Gründen...

Rechtsanwalt  
Dr. jur. Christian Behrens LL.M.  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

## **Impressum und Kontakt**

Zimmermann & Manke Rechtsanwälte PartG mbB  
Ringstr. 7-9  
29525 Uelzen

Postfach 20 59  
29510 Uelzen

Telefon: 0581 – 90 10 0  
Telefax: 0581 – 90 10 20

E-Mail: [buero@zm-kanzlei.de](mailto:buero@zm-kanzlei.de)  
Website: <https://www.zm-kanzlei.de>

Partnerschaft mit beschränkter Berufshaftung  
Partner: Johannes Zimmermann, Nikolai Manke, Dr. jur. Christian Behrens LL.M.  
Sitz Uelzen, AG Hannover (PR 201047)  
USt.IDNr.: DE 154270332

## Bislang erschienene Ausgaben des Mandantenrundbriefs

- [Mandantenrundbrief Nr. 10 – Juli 2018 \(als PDF-Datei herunterladen\)](#)
- [Mandantenrundbrief Nr. 9 – März 2018 \(als PDF-Datei herunterladen\)](#)
- [Mandantenrundbrief Nr. 8 – Dezember 2017 \(als PDF-Datei herunterladen\)](#)
- [Mandantenrundbrief Nr. 7 – Oktober 2017 \(als PDF-Datei herunterladen\)](#)
- [Mandantenrundbrief Nr. 6 – 1. Quartal 2017 \(als PDF-Datei herunterladen\)](#)
- [Mandantenrundbrief Nr. 5 – 4. Quartal 2016 \(als PDF-Datei herunterladen\)](#)
- [Mandantenrundbrief Nr. 4 – 3. Quartal 2016 \(als PDF-Datei herunterladen\)](#)
- [Mandantenrundbrief Nr. 3 – 2. Quartal 2016 \(als PDF-Datei herunterladen\)](#)
- [Mandantenrundbrief Nr. 2 – 4. Quartal 2015 \(als PDF-Datei herunterladen\)](#)
- [Mandantenrundbrief Nr. 1 – 3. Quartal 2015 \(als PDF-Datei herunterladen\)](#)