

Mandantenrundbrief

Nr. 12 / April 2020

Vorwort der Herausgeber

Wir sehen bewusst davon ab, die gegenwärtige Krisensituation zum Anlass für Marketingmaßnahmen unter diversen Gesichtspunkten auszunutzen, zumal wir es für sinnlos halten unsere Mandanten, die ohnehin mit einer Fülle von „Informationen“ und Halbwahrheiten überfrachtet werden, mit zusätzlichen abstrakten Ausführungen zu konfrontieren.

Aufgrund unserer erheblichen Spezialisierungen, die jegliche krisenbedingte Entwicklung abdecken, stehen wir gerne anlassbezogen für Sie als Ansprechpartner zur Verfügung, es bedarf daher keiner weiteren Anpreisung unserer Leistungen. Sie sollten sich jedoch darüber im Klaren sein, dass zahlreiche Änderungen und Ergänzungen krisenbedingt verabschiedet wurden, die teilweise nicht medial thematisiert sind. Sie müssen daher davon ausgehen, dass auch im Tagesgeschäft nicht mehr die bisherigen „Spielregeln“ gelten.

Wir möchten die Gelegenheit nutzen, auf die Verstärkung unseres Teams hinzuweisen. Zum 01.01.2020 haben wir die Notarin und Fachanwältin für Familienrecht Frau Brigitte Wagner-Anders als Partnerin aufgenommen. Die häufige Anfrage unserer Mandanten zur Abdeckung notarieller Angelegenheiten hat uns dazu veranlasst, die Kollegin, die über eine jahrelange Erfahrung in ihren Spezialgebieten des Notariats und des Familienrechts verfügt, aufzunehmen.

Zudem haben wir zum 01.02.2020 die Kollegin Sarah Behnke als angestellte Anwältin aufgenommen. Die Kollegin wird sich zunächst mit der Einarbeitung in den Anwaltsberuf nach den Maßstäben unserer Partnerschaftsgesellschaft befassen. Erfahrungsgemäß wird sich im Verlauf der Zeit eine weitere Spezialisierung entwickeln, die zu unserem Portefeuille passt.

Bleiben Sie gesund!

Uelzen im April 2020

Zimmermann & Manke Rechtsanwälte PartG mbB

Themen der Ausgabe

Arbeit und Beruf.....	3
Urlaubsverfall nur nach konkreten Hinweisen des Arbeitgebers	3
Urlaubsabgeltung für Elternzeit – Eine unterschätzte Gefahr II.	4
Agrarrecht / Landpachtrecht.....	5
Keine stillschweigende Verlängerung eines Landpachtvertrages durch Weiterbewirtschaftung.....	5
Wildschaden aktuell	6
Mangelhafte Wildschadensvorbescheide wegen formeller Fehler	6
Bau- und Handwerk.....	7
Entschädigungsanspruch des Unternehmers bei unterlassener Mitwirkung des Bestellers während der Corona-Pandemie	7
Ehe und Familie	10
Gemeinsame elterliche Sorge: Anspruch eines Elternteils auf Herausgabe des Kinderreisepasses.....	10
Erben und Vererben	11
Feststellung der Testierfähigkeit des Erblassers	11
Impressum und Kontakt	12
Bislang erschienene Ausgaben des Mandantenrundbriefs	12

Arbeit und Beruf

Urlaubsverfall nur nach konkreten Hinweisen des Arbeitgebers

Aufgrund einer weiteren Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) vom 06.11.2018 (EUGH, ECLI:EU:C:2018:874 – Shimizu) hat das Bundesarbeitsgericht im Jahr 2019 wichtige Entscheidungen getroffen, die zu erheblichen Kapitalisierungsrisiken für Arbeitgeber führen.

Der EuGH hat in seinem Urteil geklärt, dass ein Arbeitnehmer seine erworbenen Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub nicht automatisch nur deswegen verliert, weil er keinen Urlaub beantragt hat. Vielmehr müsse der Arbeitgeber dafür sorgen, dass der Arbeitnehmer in der Lage sei, den bezahlten Jahresurlaub zu nehmen und ihn hierzu unter Hinweis auf die Tatsache auffordern, dass der Urlaub ansonsten am Ende des Bezugs- bzw. Übertragungszeitraums verfällt. In den Entscheidungen vom 19.02.2019 (IX AZR 423/16) und 22.10.2019 (IX AZR 98/19) hat das BAG Arbeitnehmern dementsprechend erhebliche Urlaubsabgeltungsansprüche anlässlich der Beendigung ihrer Arbeitsverhältnisse zugesprochen, da die jeweiligen Arbeitgeber ihre vorstehend dargestellten Obliegenheiten nicht erfüllt haben.

Problematisch ist der Umstand, dass noch keine Rechtsklarheit darüber zu bestehen scheint, über welchen Zeitraum der Abgeltungsanspruch kumulieren kann, so dass sich Arbeitgeber mittlerweile mit der Geltendmachung von Ansprüchen konfrontiert sehen, die sich auf Jahre unzureichend gewährten Urlaubs stützen und zu dementsprechend hohen Forderungen führen.

Konsequenzen für die Praxis

Sofern ein Arbeitgeber das Risiko von erheblichen Urlaubsabgeltungs- oder Nachgewährungsansprüchen ausschließen möchte, wird er seinen Arbeitnehmern **nachweisbar** vor Augen führen müssen, welcher Urlaubsanspruch besteht und darauf hinweisen müssen, dass der Urlaub nach Ablauf des Bezugszeitraums verfällt und daher rechtzeitig zu nehmen ist. Kann ein Arbeitgeber nicht darlegen und beweisen, dass sein Arbeitnehmer aus freien Stücken und in voller Kenntnis der Sachlage von der tatsächlichen Inanspruchnahme des Urlaubs abgesehen hat und in der Lage war diesen zu nehmen, besteht das Risiko von Abgeltungsansprüchen.

[Rechtsanwalt](#)
[Nikolai Manke](#)
Fachanwalt für [Arbeitsrecht](#)
Fachanwalt für [Insolvenzrecht](#)
Fachanwalt für [Handels- und Gesellschaftsrecht](#)

Urlaubsabgeltung für Elternzeit – Eine unterschätzte Gefahr II.

Wir haben bereits in unserem Homepageartikel aus September 2016 auf die Gefahr einer Urlaubsabgeltung für in der Elternzeit angefallenen Urlaub hingewiesen. Eine weitere Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 19.03.2019 (9 AZR 495/17) sowie entsetzte Anfragen von Mandanten in der jüngsten Vergangenheit veranlassen uns, dieses Thema nochmals aufzugreifen.

Viele Arbeitgeber sind sich nicht darüber im Klaren, dass das Arbeitsverhältnis während der Elternzeit nur ruht. Daher fällt in der Elternzeit Urlaub an. Wirtschaftlich tragisch kann daher der Fall werden, dass der/die Arbeitnehmer/in aus der Elternzeit zurückkehrt, das Arbeitsverhältnis kündigt und Urlaubsabgeltung für eine entsprechend lange Zeit verlangt. Gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) kann der Arbeitgeber den Erholungsurlaub, der dem Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin für das Urlaubsjahr zusteht, für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit um 1/12 kürzen. Von dieser Möglichkeit muss der Arbeitgeber jedoch auch Gebrauch machen, wenn er den vorstehend aufgezeigten Konsequenzen entgehen will. Nutzt er diese Möglichkeit nicht, hat er gem. § 17 Abs. 2 BEEG sowohl den Resturlaub, der vor Antritt der Elternzeit nicht genommen werden konnte, als auch den während der Elternzeit anfallenden Urlaub, nach der Elternzeit im laufenden oder im nächsten Urlaubsjahr zu gewähren oder – im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses - abzugelten.

In seinem Urteil v. 19.03.2019 hat das BAG weitere Rechtsklarheit über die zu wählenden Formalien in diesem Themenkreis geschaffen. Es ist klargestellt, dass die Kürzung des Urlaubsanspruchs frühestens erklärt werden kann, wenn der/die Arbeitnehmer/in seine/ihre Elternzeit in Anspruch nimmt. Es bedarf jedoch in jedem Fall einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung, die zwar konkludent oder stillschweigend erfolgen kann, jedoch reicht es für eine konkludente Kürzung nicht aus, in der Entgeltabrechnung eine bestimmte Anzahl von Urlaubstagen auszuweisen.

Konsequenzen für die Praxis

Die Erklärung zur Kürzung des Urlaubsanspruches kann unter Würdigung der BAG-Rechtsprechung nicht im Arbeitsvertrag vorsorglich erklärt werden. Arbeitgeber sollten den Automatismus einrichten, dass als Reaktion auf die Geltendmachung der Elternzeit eine entsprechende Kürzung erklärt wird. Hierbei ist dringend zu beachten, dass es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt. Der Arbeitgeber muss somit sicherstellen, dass der Zugang der Erklärung zu gegebener Zeit auch bewiesen werden kann.

[Rechtsanwalt](#)

[Nikolai Manke](#)

Fachanwalt für [Arbeitsrecht](#)

Fachanwalt für [Insolvenzrecht](#)

Fachanwalt für [Handels- und Gesellschaftsrecht](#)

Agrarrecht / Landpachtrecht

Keine stillschweigende Verlängerung eines Landpachtvertrages durch Weiterbewirtschaftung

Macht nach dem Ablauf der Pachtzeit eines Landpachtvertrages der Verpächter keinen Räumungsanspruch geltend und wirtschaftet der Pächter in Hoffnung auf eine Fortsetzung des Pachtvertrages einfach weiter, herrscht ein vertragloser Zustand. Der Pächter wirtschaftet dann auf eigenes Risiko. Entzieht der Verpächter dem Pächter schließlich den Besitz der noch von dem Pächter bewirtschafteten Flächen, besteht ein Schadensersatzanspruch des Pächters wegen nicht gezogener Nutzungen nicht.

Dies gilt aufgrund der Vorschrift des § 594 S. 2 BGB, die sich häufig modifiziert in Pachtverträgen wiederfindet. Eine automatische Vertragsverlängerung auf unbestimmte Zeit erfolgt nach der gesetzlichen Regelung, wenn die schriftliche Anfrage des einen Vertragsteils auf Fortsetzung des Pachtvertrages von dem anderen Vertragsteil nicht binnen einer Frist von drei Monaten ablehnend beantwortet wurde. Kann der Pächter eine solche schriftliche Anfrage nicht vorweisen und diese in einem ggf. zu führenden Prozess nicht beweisen, ist es nicht schlicht durch die Weiterbewirtschaftung der Fläche zu einer Verlängerung des Pachtvertrages gekommen. Denn für Landpachtverträge gilt die Regelung des § 545 BGB, wonach sich das Miet-/ Pachtverhältnis nach Ablauf der Vertragszeit auf unbestimmte Zeit verlängert, wenn der Gebrauch fortgesetzt wird und der Eigentümer nicht widerspricht, gerade nicht.

Folge des vertraglosen Zustandes ist, dass Schadensersatzansprüche des Pächters nicht bestehen. Der Pächter wurde zu einem nichtberechtigten Besitzer und kann daher nach dem Entzug der Fläche durch den Verpächter keine entgangenen Nutzungen geltend machen.

Konsequenzen für die Praxis

Eine bloße Weiterbewirtschaftung einer Fläche nach Ablauf der vertraglichen Laufzeit eines Pachtvertrages führt nicht automatisch zur Verlängerung des Pachtvertrages. Ein Pächter sollte daher bei dem Verpächter schriftlich (mit Nachweis) hinsichtlich der Fortsetzung des Pachtverhältnisses anfragen. Nur, wenn es dem Pächter möglich ist, die schriftliche Anfrage und deren Zugang beim Verpächter zu belegen, könnte er Schäden, die ihm durch den Entzug der Flächen durch den Verpächter entstehen, diesem gegenüber auch geltend machen.

[Rechtsanwältin](#)

[Sibylle Wierling](#)

Fachanwältin für [Familienrecht](#)

Absolventin des Kurses zur Qualifizierung als Fachanwältin für Agrarrecht

Wildschaden aktuell

Mangelhafte Wildschadensvorbescheide wegen formeller Fehler

Erhalten Sie einen Wildschadensvorbescheid von der zuständigen Behörde, lohnt sich ein Blick auf die Einhaltung der Verfahrensvorschriften. Liegt ein formeller Verstoß vor, ist der Vorbescheid aufzuheben. Eine Klage wäre dann nicht von Erfolg gekrönt.

Zuletzt hat sich das Landgericht Lüneburg (Urteil vom 25.02.2019, Az: 4 S 9/18) mit der Frage auseinandergesetzt, inwieweit ein Vorverfahren in Wild- und Jagdschadenssachen auf seine formelle Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen ist. Zwar ist grundsätzlich nach § 8 Abs.1 S. 3 der Verordnung über das Vorverfahren in Wild- und Jagdschadenssachen Niedersachsen eine solche Prüfung nicht vorzunehmen. Allerdings könne dieses gesetzlich vorgesehene Vorverfahren nicht beliebig sein und dürfe nicht die Intention des Gesetzes unterlaufen, wonach der ortsnahen Gemeinde die wichtige Aufgabe zukommt, den streitigen Wildschaden im Rahmen eines Vorverfahrens einer gütlichen Einigung zuzuführen. Ein Vorverfahren ist nach der Entscheidung des Landgericht Lüneburg verfahrensfehlerbehaftet und damit ist der Vorbescheid aufzuheben, wenn ein Verfahrensbeteiligter nicht ordnungsgemäß zu einem Ortstermin geladen worden ist. Dieser Verfahrensfehler sei erheblich, die Klage wäre dann als unzulässig abzuweisen. Den Verfahrensbeteiligten würde anderenfalls die Wahrnehmung ihrer Rechte im Vorverfahren abgeschnitten. Diese würden in das Gerichtsverfahren verlagert (so auch Amtsgericht Neuburg, Urteil vom 10.05.2017, Az: 2 C 66/17).

Das Landgericht Würzburg (Urteil vom 23.08.2019, Az: 52 S 507/19) bejahte einen Verfahrensfehler, der zur Aufhebung des Vorbescheides führte, weil der Termin zur Schätzung des Wildschadens von der Gemeinde nicht unverzüglich nach der Schadensanzeige erfolgt sei. Der Schätztermin mit Probenentnahme fand in dem entschiedenen Fall erst 10 Monate nach der Anzeige der Schäden bei der Gemeinde statt. Die auf der Probenentnahme beruhende Begutachtung mit ihren Befundergebnissen sei in diesem Fall keine taugliche Grundlage für einen Vorbescheid. Auch eine Schätzung, die 6 Monate nach der Schadensanzeige erfolge, genüge dem Erfordernis der Unverzüglichkeit nicht. Liegen derartige Verfahrensmängel im Rahmen des notwendigerweise durchzuführenden Vorverfahrens vor, so ist der Vorbescheid in toto, also gänzlich, aufzuheben (vgl. Amtsgericht Winsen, Urteil vom 05.06.2018, Az: 24 C 693/17).

Konsequenzen für die Praxis

Erreicht Sie ein Vorbescheid von der Gemeinde im Zusammenhang mit einem Wildschaden, macht es Sinn, das Vorverfahren auf Verfahrensmängel hin zu überprüfen und eine Unwirksamkeit ggf. zur argumentativen Grundlage eines Klagverfahrens zu machen, um eine schnelle Abweisung der Klage zu erreichen.

Rechtsanwältin

Sibylle Wierling

Fachanwältin für Familienrecht

Absolventin des Kurses zur Qualifizierung als Fachanwältin für Agrarrecht

Bau- und Handwerk

Entschädigungsanspruch des Unternehmers bei unterlassener Mitwirkung des Bestellers während der Corona-Pandemie

Im Einzelfall kann der (Bau-)Unternehmer auf die Mitwirkung des Bestellers angewiesen sein, soll das Werk wie vertraglich vereinbart ausgeführt werden. Unterlässt der Besteller die erforderliche Mitwirkung und gerät dadurch in Annahmeverzug, kann der Unternehmer von ihm eine angemessene Entschädigung verlangen (s. § 642 Abs. 1 BGB).

In der Praxis stellt sich in derartigen Fällen die Frage, wann genau eine Entschädigung „angemessen“ ist. Damit hatte sich zuletzt der Bundesgerichtshof (BGH) in seinem Urteil vom 30.01.2020 (Az.: VII ZR 33/19) zu befassen.

In aller Kürze zusammengefasst dargestellt, erfordert diese Vorschrift – so der BGH – „eine Abwägungsentscheidung des Tatrichters auf der Grundlage der in § 642 Abs. 2 BGB genannten Kriterien. Dabei ist die angemessene Entschädigung im Ausgangspunkt an den auf die unproduktiv bereitgehaltenen Produktionsmittel entfallenden Vergütungsanteilen einschließlich der Anteile für allgemeine Geschäftskosten sowie für Wagnis und Gewinn zu orientieren.“ Bis zu der Entscheidung des BGH war die Frage, welchen Inhalt der Entschädigungsanspruch gemäß § 642 BGB hat, insbesondere wie er zu bemessen ist, nicht geklärt.

Bislang hatte der VII. Senat (Bausenat) dazu lediglich ausgeführt, der Begriff "angemessene Entschädigung" in § 642 Abs. 1 BGB mache deutlich, dass

„es sich bei dem Anspruch aus § 642 BGB nicht um einen umfassenden Schadensersatzanspruch handelt, sondern um einen verschuldensunabhängigen Anspruch sui generis¹, auf den die Vorschriften der §§ 249 ff. BGB zur Berechnung von Schadensersatz nicht anwendbar sind (BGH, Urteil vom 26. Oktober 2017 - VII ZR 16/17 Rn. 27, BGHZ 216, 319; Urteil vom 24. Januar 2008 - VII ZR 280/05 Rn. 11, BGHZ 175, 118).“

Auf weitere Einzelheiten soll es hier nicht ankommen, insofern sei auf das lesenswerte Urteil des VII. Senats verwiesen. Im Ergebnis hat der BGH sehr anschaulich dargestellt, wie der Tatrichter die angemessene Entschädigung im Rahmen einer Abwägungsentscheidung zu bestimmen hat, dabei auf dessen Ermessensspielraum hingewiesen, der dem Gericht die Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls ermöglicht und schließlich die Möglichkeit des Tatrichters zur Schätzung (s. § 287 ZPO).

Das alles galt noch Ende Januar 2020. Angesichts der gegenwärtigen Corona-Pandemie stellt sich darüber hinaus die Frage nach deren Auswirkungen. So könnten von Vorunternehmern auszuführende Leistungen, die bedingt durch die Corona-Pandemie nicht erbracht werden, unterlassene Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers begründen, zugleich dessen Annahmeverzug und damit letztlich Entschädigungsansprüche des Auftragnehmers auslösen.

¹ = „eigener Art“.

Mit dieser und anderen bauvertraglichen Fragen zur Corona-Pandemie befasst sich der [Erlass des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat vom 23.03.2020 \(„Bauvertragliche Fragen in Bezug auf die Corona-Pandemie“\)](#).

Darin vertritt das BMI die Auffassung, die Corona-Pandemie sei

„grundsätzlich geeignet, den Tatbestand der höheren Gewalt im Sinne von § 6 Abs. 2 Nr. 1 lit. c VOB/B auszulösen. Höhere Gewalt ist ein unvorhersehbares, von außen einwirkendes Ereignis, das auch durch äußerste, nach der Sachlage zu erwartende Sorgfalt wirtschaftlich vertretbar nicht abgewendet werden kann und auch nicht wegen seiner Häufigkeit hinzunehmen ist.

Das Vorliegen dieser strengen Voraussetzungen kann auch in der jetzigen Ausnahmesituation nicht pauschal angenommen werden, sondern muss im Einzelfall geprüft werden. Grundsätzlich muss derjenige, der sich darauf beruft, die die höhere Gewalt begründenden Umstände darlegen und ggf. beweisen. Beruft sich der Unternehmer also auf höhere Gewalt, müsste er darlegen, warum er seine Leistung nicht erbringen kann.“ (Erlass, S. 2 von 4)

Wegen weiterer Einzelheiten zu der Frage, wann die Auswirkungen der Corona-Pandemie den Tatbestand der „höheren Gewalt“ erfüllen können, sei auf den Erlass verwiesen, der über voranstehenden Link von der Internetseite des Ministeriums heruntergeladen werden kann.

Zu der oben aufgeworfenen Frage stellt das Ministerium jedenfalls fest, bei

„höherer Gewalt gerät auch der Auftraggeber nicht in Annahmeverzug; die Voraussetzungen des § 642 BGB liegen nicht vor (vgl. BGH, Urteil vom 20.4.2017 – VII ZR 194/13; die dortigen Ausführungen zu außergewöhnlich ungünstigen Witterungsverhältnissen sind nach hiesiger Ansicht – erst recht – auf eine Pandemie übertragbar).

Das gilt insbesondere auch für Fallkonstellationen, in denen ein Vorgewerk aufgrund höherer Gewalt nicht rechtzeitig erbracht werden kann und nun das nachfolgende Gewerk deswegen Ansprüche wegen Behinderung gegen den Auftraggeber erhebt.“ (S. 3 von 4)

Diese Auffassung des Ministeriums wird in der Praxis kritisch gesehen, etwa von KREBS (IBR-Online: IBR 2020, 2531), denn die voranstehend in Bezug genommenen Ausführungen des BGH zu außergewöhnlich ungünstigen Witterungsverhältnissen sind nicht pauschal – so aber das Ministerium – „erst recht – auf eine Pandemie übertragbar“, denn in einem späteren Urteil vom 26.10.2017 (Az.: VII ZR 16/17) hatte sich der Bausenat des BGH erneut mit der Frage nach einer Entschädigung des Auftragnehmers gemäß § 642 BGB befasst. Dabei entschied der Senat (wie zuletzt), dass es sich bei dem Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB um einen **verschuldensunabhängigen** Anspruch eigener Art handelt. Voraussetzung – so das Gericht – ist eine erforderliche Mitwirkungshandlung des Bestellers bei der Herstellung des Werks. Mitwirkungshandlungen des Bestellers sind dabei in einem weiten Sinn zu verstehen und können sowohl in einem Tun als auch in einem Unterlassen bestehen. Maßgebend ist, dass ohne die Mitwirkung des Bestellers die Herstellung des Werks nicht erfolgen kann (vgl. BGH, Urteil vom 20. April 2017 - VII ZR 194/13, BauR 2017, 1361 Rn. 18 = NZBau 2017, 596). „Mitwirkungshandlung“ in diesem Sinne können u. a. von einem Vorunternehmer des Auftragnehmers auszuführende Leistungen sein.

Anders als der Schuldnerverzug setzt der im Rahmen des § 642 BGB relevante Annahmeverzug des Bestellers kein Verschulden voraus. Damit besteht im Gegensatz zum Schadensersatzanspruch auch keine Rechtfertigung, dem Unternehmer jedweden Nachteil zu ersetzen, der ihm aus dem Annahmeverzug des Bestellers entsteht (Sonntag, NZBau 2017, 525, 527; Sienz, BauR 2014, 390, 391). Das entspricht auch dem Sinn und Zweck des Entschädigungsanspruchs aus § 642 BGB, denn diese Vorschrift will dem Unternehmer

eine angemessene Entschädigung dafür gewähren, dass er während des Annahmeverzugs des Bestellers infolge Unterlassens einer diesem obliegenden Mitwirkungshandlung Personal, Geräte und Kapital, also die Produktionsmittel zur Herstellung der Werkleistung, bereithält (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2008 - VII ZR 280/05, BGHZ 175, 118 Rn. 11; Urteil vom 7. Juli 1988 - VII ZR 179/87, BauR 1988, 739, 740).

Konsequenzen für die Praxis

Für den Auftraggeber / Bauherrn kann das im Ergebnis misslich sein, so sachgerecht es auch sein mag, denn unabhängig davon, aus welchen Gründen – und sei es eine Pandemie – der Vorunternehmer ausfällt, kann der Bauherr in Annahmeverzug geraten. Allerdings gerät er ggf. nicht automatisch in Annahmeverzug, denn der wiederum setzt die Leistungsfähigkeit und -bereitschaft des (später eine Entschädigung nach § 642 BGB begehrenden) Auftragnehmers voraus. Fehlt es daran, etwa weil der Auftragnehmer selbst durch die Auswirkungen der Pandemie an der Ausführung gehindert wäre, liegt kein Annahmeverzug des Auftraggeber vor. Die Beweislast für die fehlende Leistungsfähigkeit des Auftragnehmers allerdings obliegt dem Auftraggeber.

Der Auftragnehmer sollte in derartigen Situationen die eigene Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft (Vorhaltung der Produktionsfaktoren) vorsorglich gut dokumentieren, um für einen etwaigen Streitfall gerüstet zu sein.

Das Ministerium schließlich weist in seinem Erlass weiter darauf hin, dass, der bloße Hinweis auf die Corona-Pandemie und eine rein vorsorgliche Arbeitseinstellung den Tatbestand der „höheren Gewalt“ aber nicht erfüllen. Ebenso bittet die Verfasserin (MinDir`n Christine Hammann, Abteilungsleiterin BW)

„um besonderes Augenmerk, falls der Auftragnehmer schon bei der bisherigen Leistungserbringung Schwierigkeiten hatte und sich nun auf die Corona-Pandemie beruft.“

Dem ist erst einmal nichts weiter hinzuzufügen – bleiben Sie gesund!

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

Ehe und Familie

Gemeinsame elterliche Sorge: Anspruch eines Elternteils auf Herausgabe des Kinderreisepasses

Der 12. Zivilsenat des BGH hat mit Beschluss vom 27.03.2019 klargestellt, dass der personensorgeberechtigte Elternteil, wie auch der umgangsberechtigte Elternteil grundsätzlich einen Anspruch auf Herausgabe des Kinderreisepasses haben. Der BGH schränkte diesen Herausgabeanspruch jedoch in zweierlei Hinsicht ein. Zum einen besteht der Herausgabeanspruch nur insoweit, als der berechtigte Elternteil für die Ausübung seines Rechtes den Kinderreisepass benötigt. Zum anderen besteht kein Herausgabeanspruch, sofern die berechtigte Besorgnis besteht, dass der die Herausgabe begehrende Elternteil mit Hilfe des Kinderreisepasses seine elterlichen Befugnisse überschreiten will. Eine Überschreitung der elterlichen Befugnisse wäre bspw. die Entführung des Kindes ins Ausland. Sofern dies vorliegt, kann das dem Herausgabeanspruch entgegenstehen.

In seinen Ausführungen bezieht der BGH sich auf § 1684 Abs. 2 BGB. Diese Norm regelt, dass Eltern alles zu unterlassen haben, was das Verhältnis des Kindes zum jeweils anderen Elternteil beeinträchtigt oder die Erziehung erschwert. Entsprechendes gilt, wenn sich das Kind in der Obhut einer anderen Person befindet.

Der BGH führt in seinem Urteil dazu aus:

„Das gilt freilich nur insoweit, als der jeweils berechtigte Elternteil für die Ausübung der Personensorge oder des Umgangsrechtes tatsächlich auf die Urkunden oder Sachen, deren Herausgabe er begehrt, angewiesen ist. [...] Aber auch der umgangsberechtigte Elternteil, der mit dem Kind bspw. eine (Auslands-) Reise unternehmen will, bedarf namentlich des Kinderreisepasses.

Die berechtigte Besorgnis, dass der die Herausgabe begehrende Elternteil mit Hilfe des Kinderreisepasses seine elterlichen Befugnisse überschreiten (etwa das Kind ins Ausland entführen) will, kann dem Herausgabeanspruch allerdings im Einzelfall unter Berücksichtigung der wechselseitigen Loyalitätspflichten entgegenstehen.“

Konsequenzen für die Praxis

Es kommt daher auf den Einzelfall an, ob die begehrten Dokumente oder Sachen für die Ausübung der Personensorge oder des Umgangsrechtes erforderlich sind und ob insoweit der Hergabe der Dokumente oder Sachen berechtigter Zweifel entgegenstehen.

Rechtsanwältin
Anisha von Auenmüller

Erben und Vererben

Feststellung der Testierfähigkeit des Erblassers

Die Frage der Testierfähigkeit, d. h. ob der oder die Erblasser (in) ein Testament rechtswirksam errichten konnte, ist regelmäßig Gegenstand von Erbstreitigkeiten. Ein Testament ist nur gültig, wenn es unbeeinflusst vom Willen Dritter entstanden ist und der Verfasser testierfähig war. Nach § 2229 BGB besteht Testierfähigkeit bei allen geistig gesunden Personen, die ihr 16. Lebensjahr vollendet haben. Die Person muss die Tragweite und Konsequenz ihrer Entscheidungen einschätzen und erkennen können. Betreute Personen können testierfähig sein und dürfen ihren letzten Willen ohne Zustimmung des Betreuers verfassen.

Psychische Erkrankungen wie Demenz können zu einer Testierunfähigkeit führen. Beispielsweise bei alters- oder krankheitsbedingter Demenz ist das Gehirn der betroffenen Person erkrankt, was dazu führen kann, dass eine erkrankte Person testierunfähig ist. Im Erbfall kommt es dann zu Streitigkeiten, weil der Enterbte die Testierfähigkeit zum Zeitpunkt der Testamentserstellung in Frage stellt. Hierfür ist im Streitfall derjenige, der sich auf die Testierunfähigkeit beruft im Zivilprozess beweispflichtig. Im Erbscheinsverfahren kommt es bei hinreichenden Anhaltspunkten zu umfassenden Sachverständigengutachten, wodurch zumindest das Erbscheinsverfahren erheblich in die Länge gezogen und die Erteilung des Erbscheins erheblich verzögert wird.

Um dem vorzubeugen, greifen Erblasser und später beteiligte Erben zu den unterschiedlichsten Mitteln. In notariellen Testamenten finden sich bspw. Klauseln, wonach der Notar sich vor Beurkundung in einem längeren Gespräch mit dem Erblasser über dessen Einsichtsfähigkeit überzeugt hat. Gelegentlich wird die Stellungnahme des seit Jahren behandelnden Hausarztes eingeholt usw. Ob dies bei einem späteren Streit über die Testierfähigkeit des Erblassers genügt, muss zumindest in Zweifel gezogen werden.

Das OLG München hat mit Beschluss vom 14.01.2020 (Az: 31 Wx 466/19) die ständige Rechtsprechung bestätigt, wonach die Beurteilung der Testierfähigkeit des Erblassers im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (z.B. Erbscheinsverfahren) grundsätzlich Fachärzten für Psychiatrie vorbehalten ist. Aufgrund der mit der Feststellung der Frage der Testierfähigkeit verbundenen besonderen Schwierigkeiten kommt im Hinblick darauf von vorneherein nur die Begutachtung durch einen Facharzt für Psychiatrie in Betracht.

Hinweis für die Praxis

In Zweifelsfällen, insbesondere wenn der spätere Erblasser bereits wegen Demenz behandelt wird, ist das Gutachten eines Facharztes für Psychiatrie empfehlenswert. Beginnende, leichte Demenz muss der Testierfähigkeit nicht entgegenstehen. Bei einer Demenzerkrankung wird zunächst von der Testierfähigkeit des Erblassers ausgegangen. Leichte Demenz und zusätzliche Warnsymptome sowie mittelschwere und schwere Demenz können die Testierfähigkeit beeinträchtigen.

[Rechtsanwalt](#)
[Johannes Zimmermann](#)
Fachanwalt für [Erbrecht](#) und für [Steuerrecht](#)
Zertifizierter Testamentsvollstrecker (AGT)

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
Website: <https://www.zm-kanzlei.de>

Partnerschaft mit beschränkter Berufshaftung
Partner: Johannes Zimmermann, Nikolai Manke, Dr. jur. Christian Behrens LL.M., Brigitte Wagner-Anders

Sitz Uelzen, AG Hannover (PR 201047)

USt.IDNr.: DE 154270332

Bislang erschienene Ausgaben des Mandantenrundbriefs

- [Mandantenrundbrief Nr. 11 – November 2018 \(als PDF-Datei herunterladen\)](#)
- [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 \(als PDF-Datei herunterladen\)](#)