

## Mandantenrundbrief

Nr. 4 / 3. Quartal 2016

### Aktuelles aus der Kanzlei

Seit Juli 2016 verstärkt Rechtsanwältin [Anisha von Auenmüller](#) als neue Berufsträgerin unsere Kanzlei. Die Kollegin studierte Rechtswissenschaften an der Friedrich-Schiller-Universität in Jena mit dem Schwerpunktbereich Europäisches Wirtschaftsrecht. Ihr besonderes Interesse im Übrigen galt dem Kartellrecht sowie dem gewerblichen Rechtsschutz, insbesondere dem Marken- und Urheberrecht. Ihr Referendariat absolvierte sie in Mühlhausen / Thüringen, bevor wir sie unmittelbar nach Abschluss des zweiten Staatsexamens für unsere Kanzlei gewinnen konnten.

Ebenfalls seit dem 01.07. verstärkt Frau Huneck als neue Sachbearbeiterin [unser Team](#).

Nach wie vor möchten wir unserer Verantwortung als ausbildendes Unternehmen gerecht werden und freuen uns daher besonders über Frau Balhas und Frau Muskalla, die ihre Ausbildung am 01.08.2016 bei uns begonnen haben.

Uelzen im September 2016  
Rechtsanwälte Zimmermann & Manke

### Themen der Ausgabe

Arbeit und Beruf .....	2
Einsicht in Personalakte mit anwaltlicher Begleitung .....	2
Nachwirkender Kündigungsschutz für stellvertretende Datenschutzbeauftragte .....	2
Bau und Handwerk .....	3
Keine Haftung des Bauherrn für Nachfolgeunternehmer (OLG Celle).....	3
Die Kostenvorschussklage: Stiefmütterlich behandelt und häufig unterschätzt.....	4
Ehe und Familie .....	5
Trennung: Ab wann muss eine Erwerbstätigkeit aufgenommen werden?.....	5
Erben und Vererben .....	6
BGH: Banken und Sparkassen können in vielen Fällen keinen Erbschein mehr verlangen .	6
Erbschaftssteuerfreie Zuwendung des Familienheims.....	7
Bundesgerichtshof (BGH): Mangelhafte Patientenverfügungen.....	9
Landwirtschaft und Jagd .....	10
Landpachtvertrag: Acker wird zu Grünland – Auswirkungen.....	10
Mieten – Vermieten – Wohnen .....	12
Außerordentliche Insolvenzrisiken für Vermieter bei Fortführung eines Mietverhältnisses trotz angefallener Mietschulden.....	12
(Tier-)Arzt und Patient.....	13
Beweislastumkehr bei groben Behandlungsfehlern von Tierärzten.....	13

## Arbeit und Beruf

### Einsicht in Personalakte mit anwaltlicher Begleitung

Aus der Praxis sind immer wieder Fälle bekannt, in denen Arbeitnehmer Einsicht in ihre Personalakten verlangen und zu den Akteneinsichtsterminen anwaltliche Hilfe hinzuziehen wollen. Alsdann entsteht regelmäßig Streit darüber, ob die Hinzuziehung des Anwalts zum Akteneinsichtstermin durch den Arbeitgeber zu gestatten ist. Eine ähnliche Konfliktsituation ist aus den Gesprächsterminen im Rahmen des Betrieblichen Eingliederungsmanagements bekannt.

Für den Themenkreis der Personalakteneinsicht hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) nunmehr Rechtsklarheit hergestellt. In seinem Urteil vom 12.07.2016 ([9 AZR 791/14 \[Pressemitteilung\]](#)) hat das BAG ausgeführt, dass i.d.R. kein Anspruch auf Hinzuziehung eines Anwalts besteht. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gestattet, Kopien von den Schriftstücken in seiner Personalakte anzufertigen.

#### Konsequenzen für die Praxis

Sofern der Arbeitgeber tatsächlich Anstoß daran nimmt, dass ein Arbeitnehmer seinen Anwalt zur Einsicht in die Personalakte hinzuziehen will, so steht es ihm frei, diese Hinzuziehung zu verweigern. Es muss dann jedoch sichergestellt sein, dass der Arbeitnehmer die Möglichkeit hat, Kopien aus der Personalakte zu fertigen. Um Veränderungen in der Personalakte von vornherein auszuschließen, bietet sich die Paginierung an, alternativ die Abstellung eines anderen Mitarbeiters, der ggf. gewünschte Kopien alsdann fertigt.

### Nachwirkender Kündigungsschutz für stellvertretende Datenschutzbeauftragte

Trotz zunehmender Datenmengen und Notwendigkeiten zur Datenpflege, ist das Thema Datenschutz vor allem in kleineren Betrieben häufig stark vernachlässigt. So ist es teilweise noch nicht einmal bekannt, dass in Betrieben mit mind. 10 beschäftigten Arbeitnehmern gemäß [§ 4 f Abs. 1 Satz 1 und Satz 4 Bundesdatenschutzgesetz](#) (BDSG) ein betrieblicher Datenschutzbeauftragter zu bestellen ist. Nach den Vorgaben des Gesetzes ist er der Unternehmensleitung unmittelbar zu unterstellen und im Rahmen seiner Tätigkeit weisungsfrei. Er darf wegen der Erfüllung seiner Aufgaben nicht benachteiligt werden.

Aufgrund der verantwortungsvollen Aufgabe und der daraus resultierenden Konfliktpotentiale genießt der Datenschutzbeauftragte gemäß [§ 4 f Abs. 3 Satz 5 BDSG](#) einen besonderen Kündigungsschutz. Das Arbeitsverhältnis eines solchen Mitarbeiters ist nicht ordentlich kündbar. Es kann ausschließlich außerordentlich bei Vorliegen eines wichtigen Grundes gekündigt werden. Dieser Kündigungsschutz wirkt ein Jahr nach Beendigung der Tätigkeit nach.

Das Arbeitsgericht Hamburg hat in seinem [Urteil vom 13.04.2016 \(27 Ca 486/13\)](#) auch dem stellvertretenden Datenschutzbeauftragten diesen Kündigungsschutz zugestanden, sofern

er in seiner Amtszeit tatsächlich die Tätigkeit eines Datenschutzbeauftragten ausgeübt hat. Diese Entscheidung entspricht den Grundsätzen, die bereits zum Kündigungsschutz von Ersatzmitgliedern in Betriebsräten höchstrichterlich geklärt sind, sodass davon auszugehen ist, dass sie – sofern tatsächlich Rechtsmittel ergriffen werden – einer weiteren Überprüfung standhält.

### **Konsequenzen für die Praxis**

Ein Arbeitgeber, der pflichtwidrig keinen Datenschutzbeauftragten bestellt hat, handelt ordnungswidrig und kann mit einem Bußgeld bis zu 50.000,00 € geahndet werden. Der Arbeitgeber kommt somit an der Bestellung eines Datenschutzbeauftragten nicht vorbei. Sofern er die Konsequenzen zum besonderen Kündigungsschutz vermeiden will, bedarf es der Bestellung eines externen Datenschutzbeauftragten.

Rechtsanwalt  
Nikolai Manke  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Fachanwalt für Insolvenzrecht  
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

## **Bau und Handwerk**

### **Keine Haftung des Bauherrn für Nachfolgeunternehmer (OLG Celle)**

Verstößt ein Nachfolgeunternehmer gegen seine Prüf- und Hinweispflichten hinsichtlich Mängeln eines Vorgewerks, ist dieser Verstoß dem Bauherren nicht (als Mitverschulden) zuzurechnen, denn im Verhältnis zum Handwerker des Vorgewerks ist der nachfolgende Unternehmer kein Erfüllungsgehilfe des Bauherren.

Das OLG Celle stellte das nochmals mit Urteil vom 02.12.2015 (Az.: 7 U 75/15) klar. Die Entscheidung ist rechtskräftig (Rücknahme der Nichtzulassungsbeschwerde; Bundesgerichtshof, Beschluss v. 01.06.2016, Az.: VII ZR 294/15).

Der Entscheidung des OLG liegen folgende Überlegungen zugrunde: Für Mängel haftet der (Bau-)Unternehmer grundsätzlich unabhängig davon, auf welchem Umstand der Mangel beruht, denn die Haftung für Mängel ist verschuldensunabhängig. Ein etwaiger Verstoß eines Nachfolgeunternehmers gegen eigene Prüfungs- und Hinweispflichten hinsichtlich des Vorgewerks, das der Beklagte erstellt hatte, wäre dem Bauherrn nicht als Mitverschulden anzurechnen (§§ 254, 278 BGB). Der Unternehmer kann eine Mitverantwortung des Bestellers für Mängel grundsätzlich nicht darauf gründen, dass der nachfolgende Unternehmer seine Prüfungspflicht verletzt hat, deshalb den Mangel des Vorgewerks nicht bemerkt hat und dadurch schließlich – insofern auf dem Mangel des Vorgewerks aufbauend – seinerseits nur mangelhaft erfüllte. Denn der nachfolgende Unternehmer ist im Verhältnis zu dem ersten Handwerker nicht Erfüllungsgehilfe des Bauherrn (Kniffka/Koeble, Kom-

pendium des Baurechts, 4. Aufl., 2014, 6. Teil, Rnr. 75; BGH, Urteil vom 01. Juli 1971 - VII ZR 224/69 -, BGHZ 56, 312; [OLG Frankfurt, Urteil vom 14. März 2011- 1 U 55/10](#) -, BauR 2011, 1506).

Allenfalls – so das OLG – könnten etwaige Pflichtverletzungen des Folgeunternehmers im Hinblick auf die Geeignetheit des Vorgewerks für die eigenen Arbeiten dazu führen, dass beide Unternehmer – gegenüber dem Bauherrn jeweils in voller Höhe – als Gesamtschuldner haften.

### **Konsequenzen für die Praxis**

Zumindest aus Sicht des Bauherrn eine zu begrüßende Entscheidung des OLG: Erfüllt ein Bauunternehmer und – auf dessen bereits mangelhaftes Vorgewerk aufbauend – dessen Nachfolgeunternehmen nur mangelhaft, kann er beide evtl. sogar als Gesamtschuldner in Anspruch nehmen. In jedem Fall aber in voller Höhe der für die Mangelbeseitigung erforderlichen Kosten (und ggf. auf weiteren Schadensersatz), denn der Bauunternehmer kann dem Bauherrn kein Mitverschulden entgegenhalten, da er sich etwaige Pflichtverstöße des Nachfolgeunternehmers nicht zurechnen lassen muss.

Wer als Bauunternehmer das von ihm vertraglich geschuldete Bausoll nur mangelhaft erfüllt, sollte sich besser nicht darauf verlassen, dass ein ihm nachfolgender Unternehmer den Mangel in Erfüllung eigener Prüf- und Hinweispflichten bemerkt und den Bauherrn entsprechend darauf hinweist oder zumindest nicht seinerseits weiter mangelhaft erfüllt. Ein Verstoß des Nachfolgeunternehmens gegen diese Pflichten ist dem Bauherrn jedenfalls nicht als Mitverschulden zuzurechnen, da der Nachfolgeunternehmer im Verhältnis zum für das Vorgewerk zuständigen Unternehmer nicht Erfüllungsgehilfe des Bauherrn ist. Dadurch haftet der Auftragnehmer im Verhältnis zum Auftraggeber in voller Höhe und kann den Nachfolgeunternehmer sodann allenfalls – bei gesamtschuldnerischer Haftung mit ihm – im Wege des Gesamtschuldnerausgleichs in Anspruch nehmen.

### **Die Kostenvorschussklage: Stiefmütterlich behandelt und häufig unterschätzt**

Nicht selten stellen Auftraggeber zum Teil erhebliche Mängel des (Bau-)Werks fest, deren Beseitigung entsprechende Kosten auslöst. Vor allem Verbraucher bzw. private Bauherrn können dann vor dem Problem stehen, nicht mehr über hinreichende finanzielle Mittel zu verfügen, um die Mängel im Wege der Selbstvornahme zunächst auf eigene Kosten zu beseitigen, insoweit also in Vorleistung zu treten, obwohl der Bauunternehmer die Beseitigung der Baumängel auf eigene Kosten schuldet, das aber verweigert.

Obwohl er nach Selbstvornahme auf zunächst eigene Kosten vom Bauunternehmer eine Erstattung dieser Kosten verlangen kann (s. [§ 637 Abs. 1 BGB](#)), mag sich dieser Anspruch des Bauherrn letztlich als nicht werthaltig erweisen, etwa wenn das Bauunternehmen inzwischen insolvent ist.

Um überhaupt eine Beseitigung von Mängeln durch den Besteller im Wege der Selbstvornahme zu ermöglichen oder zumindest das Ausfallrisiko des Werkunternehmers zu minimieren, kann der Auftraggeber vom Auftragnehmer einen Vorschuss verlangen (§ 637 Abs. 3 BGB), der eingeklagt werden kann, sollte der Auftragnehmer ihn nicht freiwillig zahlen.

## Konsequenzen für die Praxis

Bei nur mangelhafter Erfüllung durch den Auftragnehmer sollte im Einzelfall stets geprüft werden, ob eine Klage auf Kostenvorschuss sinnvoll ist, wenn er die Beseitigung von Mängeln verweigert und dem Auftraggeber auf dessen Verlangen hin auch keinen Vorschuss auf die für die Mangelbeseitigung aufzuwendenden Kosten zahlt.

Je nach Umständen des Einzelfalls kann eine Kostenvorschussklage sogar sinnvoller als z. B. ein selbständiges Beweisverfahren (geregelt in den [§§ 485 ff. ZPO](#)) sein: Ursprünglich sollte das eine isolierte Beweisaufnahme sozusagen vorwegnehmende Verfahren der Beschleunigung dienen, da es ein Hauptsacheverfahren (streitiges Klageverfahren) tatsächlich überflüssig machen kann. Inzwischen aber zeigt sich, dass ein selbständiges Beweisverfahren ebenfalls erhebliche Zeit (mitunter mehrere Jahre...) in Anspruch nehmen kann, so dass eine beschleunigte Erledigung der Sache möglich, aber nicht zwingend ist. Vor allem aber entscheidet das Gericht im Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens nicht in der Sache, d. h. es wird nicht durch Urteil oder Beschluss (jedenfalls nicht über den Streitgegenstand selbst) beendet, wodurch doch noch das Klageverfahren betrieben werden muss, was durch das Beweisverfahren gerade vermieden werden sollte, wenn sich die Parteien am Ende nicht einigen können.

Daher kann und sollte im Einzelfall besser gleich eine Kostenvorschussklage erhoben werden, denn die führt im Erfolgsfall (versteht sich) in jedem Fall zu einer titulierten Forderung – und sei es durch einen vom Gericht protokollierten Vergleich.

[Rechtsanwalt](#)  
[Dr. jur. Christian Behrens LL.M.](#)

## Ehe und Familie

### Trennung: Ab wann muss eine Erwerbstätigkeit aufgenommen werden?

Haben sich Eheleute getrennt und hat ein Ehegatte während der Ehe nicht gearbeitet, so gilt grundsätzlich, dass dieser auch während des ersten Trennungsjahres nicht arbeiten muss. Er hat gegen seinen Ehepartner einen Trennungunterhaltsanspruch. Erst nach dem Ablauf des Trennungsjahres ist der während der Ehe nicht berufstätige Ehegatte verpflichtet, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Unterlässt er dies, werden ihm fiktive Einkünfte zugerechnet, die den Trennungunterhalt schmälern oder ausschließen. Die Erwerbsobliegenheit besteht grundsätzlich folglich erst mit Ablauf des Trennungsjahres. Von diesem Grundsatz ist das [Oberlandesgericht Koblenz in seiner Entscheidung vom 10.02.2016 \(Beschluss, Az.: 7 WF 120/16\)](#) erstmals abgewichen.

Das Oberlandesgericht sieht eine Erwerbsverpflichtung bereits vor Ablauf des Trennungsjahres, bereits gut sechs Monate nach der Trennung.

Gemäß [§ 1361 Abs. 2 BGB](#) kann ein nicht erwerbstätiger Ehegatte nur dann darauf verwiesen werden, seinen Unterhalt durch eine Erwerbstätigkeit selbst zu verdienen, wenn dies

von ihm nach seinen persönlichen Verhältnissen, insbesondere wegen einer früheren Erwerbstätigkeit und unter Berücksichtigung der Dauer der Ehe und nach den wirtschaftlichen Verhältnissen beider Ehegatten erwartet werden kann.

Das Oberlandesgericht konstatiert, dass daher nicht per se davon auszugehen ist, dass im ersten Trennungsjahr eine Erwerbstätigkeit nicht aufgenommen werden muss. Ist der Ehegatte, der die Zahlung von Trennungsunterhalt begehrt, während der Zeit des ehelichen Zusammenlebens (weitgehend) erwerbstätig, kann der Anspruchsteller bereits mit der Trennung zur Aufnahme oder Fortsetzung seiner Erwerbsbemühungen verpflichtet sein, auch, wenn er zum Zeitpunkt der Trennung erwerbslos ist. Wurde folglich keine klassische Hausfrauenehe geführt, kann eine Erwerbsobliegenheit bereits vor Ablauf des Trennungsjahres bestehen. Setzt der Anspruchsteller seine Erwerbsbemühungen nicht fort, werden ihm fiktive Einkünfte angerechnet mit der Folge, dass kein oder nur ein geringer Trennungsunterhaltsanspruch besteht.

### **Auswirkungen für die Praxis**

Ist die Trennung der Eheleute erfolgt, kann der Trennungsunterhaltsberechtigte folglich in Zukunft nicht grundsätzlich darauf vertrauen, dass im gesamten ersten Trennungsjahr ein Trennungsunterhaltsanspruch besteht, auch nicht, wenn er zum Zeitpunkt der Trennung erwerbslos war.

Es muss damit gerechnet werden, dass eine Erwerbsobliegenheit bereits früher besteht. Es ist in jedem konkreten Einzelfall zu prüfen, ob eine Verpflichtung des Trennungsunterhaltsberechtigten besteht, bereits vor Ablauf des Trennungsjahres einer Erwerbstätigkeit nachzugehen oder zumindest intensive Erwerbsbemühungen aufzunehmen und diese auch nachzuweisen.

Der potentiell Unterhaltspflichtige sollte, wenn in der Ehezeit weitgehend eine Berufstätigkeit des Ehepartners bestand, diesen auffordern, Erwerbsbemühungen zu entfalten und entsprechend aussagekräftige Bewerbungsunterlagen vorzulegen.

[Rechtsanwältin](#)  
[Sibylle Wierling](#)  
Fachanwältin für [Familienrecht](#)

## **Erben und Vererben**

### **BGH: Banken und Sparkassen können in vielen Fällen keinen Erbschein mehr verlangen**

Banken und Sparkassen verlangen i. d. R. die Vorlage eines Erbscheins, bevor sie den Erben Einblick in die Kontounterlagen gewähren und/oder Verfügungen über die Konten gestatten. Aus Sicht der Banken ist dies nachvollziehbar, da diese in den Genuss der Rechtswirkungen der [§§ 2366, 2367 BGB](#) gelangen. Daraus folgt aber nicht, dass das

Kreditinstitut einschränkungslos oder auch nur im Regelfall die Vorlage eines Erbscheins verlangen kann (BGH WM 2005 S. 1432).

Nach Auffassung des BGH in einer Entscheidung vom 05.04.2016 muss ein handschriftliches Testament genügen, wenn dieses die Erbfolge mit der im Rechtsverkehr erforderlichen Eindeutigkeit nachweist. Das eigenhändige, vom zuständigen Amtsgericht eröffnete Testament ist hinreichend der Nachweis, dass der Erbe in die Kontoverträge eingetreten ist und das Kreditinstitut nicht berechtigt ist, einen Nachweis der Erbfolge mit der Vorlage eines Erbscheins zu verlangen.

Es besteht kein Recht einer Bank bei einem Eigenhändigen Testament regelmäßig auf die Vorlage eines Erbscheins zu bestehen. Das Kreditinstitut macht sich sogar schadensersatzpflichtig, wenn es gleichwohl einen Erbschein verlangt ([BGH vom 05.04.2016 – XI CR 440/15](#)). In diesem Fall muss es auch die Kosten eines Erbscheins erstatten.

Ausnahmen gelten in den Fällen, in dem schon das Gesetz den Nachweis der erbrechtlichen Rechtsnachfolge durch Erbschein fordert (z. B. [§ 35 Abs. 1 Satz 1 Grundbuchordnung](#), [§ 41 Abs. 1 Satz 1 Schiffsregisterordnung](#) o. ä.).

### **Konsequenz für die Praxis**

Wenn in den Kontoverträgen zwischen Bank und Erblasser vereinbart war, dass die Rechtsnachfolge durch Erbschein nachzuweisen ist, dürfte dies nur bei entsprechender ausdrücklicher Regelung gelten.

Ob dies in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zulässig ist, ist im Einzelfall zu prüfen, nicht jedoch selbstverständlich ([BGH vom 08.10.2013 – XI CR 401/12](#)). Klauseln, die für jeden Fall die Vorlage eines Erbscheins vorsehen, dürften wegen unangemessener Benachteiligung stets unwirksam sein.

In der Beratungspraxis stärkt die Entscheidung des BGH vom 05.04.2016 die Position der Erben. Sie kann im Einzelfall die Abwicklung des Nachlasses, die Erstellung von Nachlassverzeichnissen o. ä. deutlich beschleunigen.

## **Erbschaftssteuerfreie Zuwendung des Familienheims**

[§13 Erbschaftsteuergesetz](#) (ErbStG) sieht eine Reihe begünstigter Zuwendungen vor, die dem Erben bzw. Beschenkten teils das Eigentum an einem sogenannten Familienheim verschaffen, teils der Entschuldung oder Wertsteigerung eines solchen Grundstücks oder Grundstücksteils dienen. Adressaten sind der Ehegatte bzw. Lebenspartner, die Kinder und ggf. die Enkel. Die Voraussetzungen sind nicht in allen Fällen gleich, da die Befreiung von der Erbschafts- bzw. Schenkungssteuer u. a. eine bestimmte Gestaltung der Lebensverhältnisse verlangt. Dies ist in erster Linie die Nutzung der Wohnung. Insoweit ist eine frühzeitige und langfristige Planung erforderlich.

Nach dem steuerfrei zu übertragenden Hausrat dürfte das Familienheim der zweithäufigste Fall einer steuerbegünstigten Übertragung sein. Voraussetzung ist, dass auf dem Grundstück oder Grundstücksteil eine Wohnung zu eigenen Wohnzwecken genutzt wird.

Bei einer Schenkung unter Lebenden kommt als begünstigter Beschenkter nur der Ehegatte in Frage nicht die Kinder. Begünstigt ist bei Schenkungen unter Lebenden in erster Linie die Übertragung des Allein- oder Miteigentums an einem bestehenden Familienheim.

Auch rein finanzielle Zuwendungen, soweit der Ehegatte dadurch von Verbindlichkeiten befreit wird, die der Finanzierung von Anschaffungs- oder Herstellungskosten des Familienheims gedient haben, können begünstigt sein.

Erfolgt die Übertragung des Familienheims von Todes wegen d. h. aufgrund Testaments, gesetzlicher Erbfolge o. ä. gilt die Begünstigung sowohl für den überlebenden Ehegatten als auch für Kinder oder Enkel. Das Gesetz verlangt aber von allen eine Selbstnutzung für grundsätzlich 10 Jahre (§13 Abs. 1 Nr. 4b und Nr. 4c ErbStG).

Nur für Kinder und Enkel nicht für den überlebenden Ehegatten wird die Steuerbefreiung auf eine Wohnfläche von 200 m<sup>2</sup> begrenzt.

Versagt wird die Vergünstigung für Ferien- und Wochenendwohnungen sowie für eine Zweitwohnung im Rahmen einer doppelten Haushaltsführung. Aus dem Begriff „Familienheim“ wird hergeleitet, dass die Wohnung den Mittelpunkt des Familienlebens bilden muss.

Bei einem Erwerb von Todes wegen, etwa als Alleinerbe oder aufgrund eines Vermächtnisses setzt die Befreiung voraus

- dass der Erblasser die Wohnung bis zu seinem Tod zu eigenen Wohnzwecken genutzt hat. Auf die Voraussetzung der Selbstnutzung durch den Erblasser verzichtet das Gesetz, wenn er aus zwingenden Gründen an einer Selbstnutzung gehindert war, z. B. bei Pflegebedürftigkeit oder aufgrund länger dauernder Erkrankung. Berufliche Gründe werden grundsätzlich nicht anerkannt.
- dass der überlebenden Ehegatten die Immobilie unverzüglich zu eigenen Wohnzwecken nutzt und
- die Wohnung für mindestens 10 Jahre nach dem Erwerb zu eigenen Wohnzwecken nutzt.

Hält der überlebende Ehegatte die Nutzungsfristen nicht ein, etwa durch Umzug in eine andere Wohnung, entfällt die Befreiung vollständig. Der überlebende Ehegatte ist verpflichtet, den Wegfall der Befreiung dem Finanzamt anzuzeigen. Die Erbschaftssteuer wird sodann neu festgesetzt und die Steuernachforderung 15 Monate nach Auszug aus der Wohnung verzinst ([§ 233 a Abs. 2 a AO](#)).

Die Begrenzung der Befreiung auf Ehegatten und Kinder ist ausschließlich. Sie gilt nicht für den Partner der eheähnlichen Gemeinschaft oder für Neffen oder Nichten. Als legale Ausweichgestaltungen, die erbschaftssteuer- und oft auch einkommenssteuerlich akzeptiert werden gelten der Trauschein oder die (Erwachsenen)-Adoption. Bei der Erwachsenenadoption ist auch zu berücksichtigen, dass diese zu höheren Freibeträgen und einer günstigeren Steuerklasse führen kann.

## Konsequenz für die Praxis

Die Befreiung für Familienheime kann zu erheblichen Steuerersparnissen verhelfen, insbesondere weil keine Wertgrenze festgelegt wurde.

## Bundesgerichtshof (BGH): Mangelhafte Patientenverfügungen

Ein [Beschluss des BGH vom 06.07.2016 \(Az.: XII ZB 61/16\)](#) macht eine Überprüfung nahezu aller Patientenverfügungen erforderlich. Die Entscheidung beruht auf folgenden Erwägungen.

In einer Patientenverfügung überantwortet der Betroffene dem Bevollmächtigten die Entscheidung in Angelegenheiten der Gesundheitsfürsorge, in denen es buchstäblich um Leben oder Tod gehen kann. Das Gesetz sieht in [§1904 BGB](#) vor, dass bei besonderen ärztlichen Maßnahmen, in denen die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute aufgrund der Maßnahmen stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet, die Genehmigung des Betreuungsgerichts erforderlich ist. Dies gilt auch für einen Bevollmächtigten im Rahmen einer Patientenverfügung. Eine Genehmigung ist nicht erforderlich, wenn zwischen Betreuer und behandelndem Arzt Einvernehmen darüber besteht, dass die Maßnahme dem festgestellten Willen des Betreuten entspricht. Ein Bevollmächtigter kann in die Maßnahmen nur einwilligen, nicht einwilligen oder die Einwilligung widerrufen, wenn die Vollmacht diese Maßnahmen ausdrücklich umfasst und schriftlich erteilt ist (§1904 Abs. 5 Satz 2 BGB). Eine notarielle Erklärung ist nicht erforderlich.

Der Gesetzgeber bezweckt damit, dem Vollmachtgeber die Tragweite der Bevollmächtigung deutlich vor Augen zu führen (MünchKomm, BGB, 6. Auflage, §1904 Rdnr. 75). Denn die Vollmacht erteilt der Bevollmächtigte, ohne dass zuvor zwingend eine rechtliche Beratung oder gar eine gerichtliche Überprüfung hinsichtlich der Eignung des Bevollmächtigten erfolgt. Dann entspricht es aber dem wohlverstandenen Schutz des Vollmachtgebers, ihm durch die Vollmacht selbst zu verdeutlichen, dass er dem Bevollmächtigten die Entscheidung über sein Schicksal in ganz einschneidenden Gefahrenlagen anvertraut (BGH a.a.O.).

Der Bevollmächtigte hat dann zu prüfen, ob die in einer Patientenverfügung niedergelegte Entscheidung des Betroffenen die aktuell eingetretene Lebens- und Behandlungssituation des Betroffenen geregelt wird.

Der Bevollmächtigte hat auch zu hinterfragen, ob die Entscheidung noch dem Willen des Betroffenen entspricht, was die Prüfung einschließt, ob das aktuelle Verhalten des nicht mehr entscheidungsfähigen Betroffenen konkrete Anhaltspunkte dafür liefert, dass er unter den gegebenen Umständen den zuvor schriftlich geäußerten Willen nicht mehr gelten lassen will und ob er bei seinen Festlegungen diese Lebenssituation mit bedacht hat.

Liegt eine wirksame und auf die aktuelle Situation zutreffende Patientenverfügung vor, hat der Betroffene die Entscheidung selbst getroffen. Der Bevollmächtigte setzt diese lediglich um. Andernfalls hat der Bevollmächtigte gem. [§ 1901a Abs. 2 und 5 BGB](#) die Behandlungswünsche oder den mutmaßlichen Willen des Betroffenen festzustellen (BGHZ 202, 226). Dabei kann es im Einzelfall schwierig oder auch unmöglich sein, den Behandlungswillen eines entscheidungsunfähigen Betroffenen festzustellen. Kann ein auf die Durch-

führung, die Nichteinleitung oder die Beendigung einer ärztlichen Maßnahme gerichteter Wille des Betroffenen auch nach Ausschöpfung aller verfügbaren Erkenntnisquellen nicht festgestellt werden, gebietet es das hohe Rechtsgut auf Leben, entsprechend dem Wohl des Betroffenen zu entscheiden und dabei dem Schutz seines Lebens Vorrang einzuräumen (BGH a.a.O. Rdnr. 37 nach Juris).

Die Entscheidung des BGH ist von allen Beteiligten zu begrüßen. Der behandelnde Arzt wird durch eine klar formulierte Entscheidung des Betroffenen u. a. auch von der strafrechtlichen Verantwortung befreit. Der Betroffene vermeidet eine Überforderung des Bevollmächtigten sowohl aus medizinischer als auch aus moralischer Sicht.

Sie ist nicht bequem, weil viele Patientenverfügungen sich mit Pauschalformulierungen begnügen. Demgegenüber sind konkrete Entscheidungen des Betroffenen über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in bestimmte, noch nicht unmittelbar bevorstehende ärztliche Maßnahmen erforderlich. Von vorn herein nicht ausreichend sind allgemeine Anweisungen, wie die Aufforderung, ein würdevolles Sterben zu ermöglichen oder zuzulassen, wenn ein Therapieerfolg nicht mehr zu erwarten ist. Die Anforderungen an der Bestimmtheit einer Patientenverfügung dürfen nach Auffassung des BGH auch nicht überspannt werden. Vorausgesetzt werden kann nur, dass der Betroffene umschreibend festlegt, was er in einer bestimmten Lebens- und Behandlungssituation will und was nicht (BGH a.a.O. Rdnr. 46 nach Juris).

### **Konsequenz für die Praxis**

Für die Beratungspraxis bedeutet die BGH Entscheidung, dass alle bisher gefertigten Patientenverfügungen auf den Prüfstand gestellt werden müssen. Wenn es Ergänzungs- oder Korrekturbedarf gibt, kann dies im Wege einer schriftlichen Darstellung erfolgen. Auch wenn eine frühere Patientenverfügung im Rahmen einer vorausgegangenen notariellen Beurkundung erfolgte, kann diese durch eine neuere, schriftliche Erklärung ersetzt werden.

[Rechtsanwalt](#)  
[Johannes Zimmermann](#)  
Fachanwalt für [Erbrecht](#)  
Fachanwalt für [Insolvenzrecht](#)  
Fachanwalt für [Steuerrecht](#)

## **Landwirtschaft und Jagd**

### **Landpachtvertrag: Acker wird zu Grünland – Auswirkungen**

Das Oberlandesgericht Schleswig hatte sich mit der Frage zu befassen, welche Auswirkungen eine Beschaffenheitsänderung einer Pachtsache von Ackerland in Dauergrünland während der Laufzeit eines Landpachtvertrages hat.

In seinem [Urteil vom 03.05.2016](#) kommt es zu dem Schluss, dass bei der Verpachtung einer Fläche als Ackerland und der vertraglichen Verpflichtung des Pächters, die bisherige Nutzung nicht ohne vorherige Erlaubnis des Verpächters über die Pachtzeit hinaus zu ändern, der Pächter verpflichtet ist, durch Bewirtschaftungsmaßnahmen die Entstehung von Dauergrünland während der Pachtzeit zu verhindern. Dies soll selbst dann gelten, wenn die Flächen tatsächlich von Pachtbeginn an mit Wissen des Verpächters als Grünland genutzt wurden. Tut er dies nicht, ist er schadensersatzpflichtig. Das Oberlandesgericht Schleswig entschied weiter, dass zum Ersatz des Schadens zunächst eine Naturalrestitution durch Erwerb sog. Umbruchrechte möglich ist. Ist der Erwerb von Umbruchrechten zur Herstellung des alten Zustandes (Ackerland) nicht möglich, ist von dem Pächter eine Einmalentschädigung zu zahlen in Höhe der Differenz der noch zu erzielenden Pacht und der ortsüblichen Ackerlandpacht.

In dem behandelten Fall verlangte die Klägerin Schadensersatz, weil der Beklagte als Pächter die betroffenen Landwirtschaftsflächen nach Ende der Pachtzeit pflichtwidrig als Dauergrünland zurückgab. Der Beklagte konnte die Pachtflächen nach Pachtende nur als Dauergrünland zurückgeben, weil ein Umbruch nicht ohne Nachweis von Ersatzflächen im selben Schutzgebiet möglich war.

Die Umwandlung von Dauergrünflächen in Ackerland ist grundsätzlich nur mit Genehmigung möglich, [§ 2 Abs. 2 der Verordnung zur Erhaltung von Dauergrünland Niedersachsen](#), wenn Ersatzflächen nachgewiesen werden, die in derselben Förderregion liegen.

Ein Schadensersatzanspruch besteht, wenn der Pächter den über die Pachtzeit hinauswirkenden Zustand der betroffenen Flächen als Dauergrünland durch eigenes Verhalten verursacht hat. Eine Veränderung kann dabei auch durch pflichtwidriges Unterlassen herbeigeführt werden. Dies kann darin bestehen, dass ein Pächter es unterlässt, die Pachtflächen zumindest alle fünf Jahre zum Anbau anderer Futterpflanzen als Gras/ Grünfutter zu verwenden, um den Dauergrünlandstatus nicht über die Pachtzeit hinaus festschreiben zu lassen. Der Beklagte hätte über einen Zeitraum von mehreren Jahren die Möglichkeit gehabt, die Bewirtschaftung der Flächen der Klägerin so zu gestalten, dass diese nicht von einem möglichen Umbruchverbot zur Erhaltung von Dauergrünland erfasst werden konnten. Er hat dazu auch eine entsprechende Pflicht. Laut Pachtvertrag war er verpflichtet, entweder eine schriftliche Genehmigung des Verpächters zur Nutzungsänderung einzuholen oder durch die Art seiner Bewirtschaftung die Ackerfähigkeit der Flächen zu sichern.

### **Auswirkungen für die Praxis**

Für den Fall, dass Landwirtschaftsflächen als Ackerland verpachtet sind und laut Pachtvertrag die bisherige Nutzung nicht einseitig geändert werden darf, trifft den Pächter die Pflicht, durch aktive Bewirtschaftungsmaßnahmen die Entstehung von Dauergrünland aufgrund der Änderungen gesetzlicher Vorschriften während der Pachtzeit zu verhindern. Ein Schadensersatzanspruch bestünde nämlich dann, wenn dem Pächter eine Pflichtverletzung durch Unterlassen anzulasten wäre, indem er nicht durch aktive Bewirtschaftung die Änderung von Ackerland in Dauergrünland verhindert hätte. Der Pächter ist in diesem Fall schadensersatzpflichtig, wobei er auch mit der Verpflichtung zu einer Einmalentschädigung rechnen muss.

[Rechtsanwältin](#)

[Sibylle Wierling](#)

Fachanwältin für [Familienrecht](#)

## Mieten – Vermieten – Wohnen

### **Außerordentliche Insolvenzrisiken für Vermieter bei Fortführung eines Mietverhältnisses trotz angefallener Mietschulden**

Es handelt sich um einen in der Praxis häufig anzutreffenden Fall, dass ein Mieter mit der Zahlung von Mietzinsen in Rückstand gerät und das Mietverhältnis trotzdem über Jahre fortgeführt wird. Gerät der Mieter schließlich in die Insolvenz, besteht für einen Vermieter in einer solchen Fallkonstellation das Risiko, die seit der Krise, die regelmäßig an den Zeitpunkt der Verzögerung der Mietzinszahlungen geknüpft werden kann, geleisteten Zahlungen an die Insolvenzmasse erstatten zu müssen, wenn der Insolvenzverwalter die Anfechtung erklärt.

Ein solches Risiko kann einen Zeitraum von zehn Jahren betreffen, wobei nun eine Gesetzesänderung im Gespräch ist, nach der sich die Anfechtungsfrist in Fällen dieser Art auf vier Jahre verkürzen könnte. Zunächst wird es eine Frage des Einzelfalles sein, ob zum Zeitpunkt der unpünktlich gezahlten Mieten tatsächlich eine Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit des Mieters vorlag und der Mieter spätere Mieten mit dem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz gezahlt hat. Darüber hinaus muss der Mieter Kenntnis von diesem Benachteiligungsvorsatz gehabt haben, wobei es genügt, dass er Umstände kennt, die zwingend auf eine drohende oder bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit hinweisen. Es genügt daher, dass der Vermieter die tatsächlichen Umstände kennt, aus denen bei zutreffender rechtlicher Bewertung die (drohende) Zahlungsunfähigkeit zweifelsfrei folgt.

In der Regel wird eine solche Kenntnis an der Gesamtwürdigung von Indizien festgestellt. Je mehr Aspekte dafür sprechen, dass sich der Mieter in der Krise befindet, desto größer ist das Anfechtungsrisiko. Solche Indizien können z.B. aus einer Korrespondenz gewonnen werden, in der der Mieter seine Liquiditätsprobleme ausführt, wiederholte schleppende Mietzinszahlungen, möglicherweise bereits erfolgte Kündigung des Mietverhältnisses oder Vollstreckungen wegen offenstehender Mieten etc.

Für den juristischen Laien ist es erstaunlich, dass der Mieter eine konkrete Gegenleistung durch Gewährung des Mietobjekts über Jahre erhält und trotzdem die geleisteten Zahlungen nicht insolvenzfest sein sollen. Diese Überlegung zollt normalerweise die Feststellung eines sogenannten Bargeschäfts Tribut. Der Schuldner handelt ausnahmsweise ohne Gläubigerbenachteiligungsvorsatz, wenn er seine Leistung Zug-um-Zug gegen eine zur Fortführung seines Unternehmens unentbehrliche Gegenleistung erbracht hat, die den Gläubigern im Allgemeinen nutzt. Die Anfechtbarkeit kann somit dann entfallen, wenn im unmittelbaren Zusammenhang mit der potenziell anfechtbaren Rechtshandlung (Zahlung) eine gleichwertige Gegenleistung in das Vermögen des Schuldners gelangt. Ein solch wechselseitiger Leistungsaustausch muss jedoch innerhalb eines Zeitraums von längstens 30 Tagen stattfinden.

Diese vermeintlich beruhigende Grundsituation wird dem Vermieter jedoch zum Verhängnis, wenn nach eingetretener Krise Zahlungen des Mieters geleistet werden, ohne diese tatsächlich einem gewissen Mietmonat im 30-Tageszeitraum zuordnen zu können. In einer

am 17.12.2015 verkündeten [Entscheidung des BGH \(Az.: IX ZR 61/14\)](#) lag der Sachverhalt zugrunde, dass der Mieter mit erheblichen Mietzahlungen in Verzug geriet und dass Mietverhältnis über einem Zeitraum mehrerer Jahre fortgeführt wurde. Hierbei nahm der Mieter – nachdem Mietschulden entstanden waren – seine Zahlungen wieder in Höhe von Beträgen auf, die dem grundsätzlichen Mietzins entsprachen, jedoch ohne konkrete Tilgungsbestimmungen vorzunehmen. Da das Gesetz vorsieht, dass eine Zahlung ohne Tilgungsbestimmung auf die älteste Schuld geleistet wird, waren diese Zahlungen, unabhängig davon, ob sie scheinbar im 30-Tageszeitraum erfolgten, als solche auf die Altverbindlichkeiten des Mieters zu qualifizieren, sodass später geschuldete Mieten sich wie eine Bugwelle während des gesamten fortgeführten Mietverhältnisses auftürmten, mit dem Ergebnis, dass sämtliche geleisteten Zahlungen angefochten werden konnten, ohne dass diese mit dem Einwand des sogenannten Bargeschäfts gerettet werden konnten. Der Vermieter musste die über Jahre hinweg eingenommenen Mieten an den Insolvenzverwalter erstatten.

### **Konsequenzen für die Praxis**

Gerät ein Mieter mit Mietzinszahlungen in Verzug, sollte sich der Vermieter weder darauf verlassen, dass es sich nur um eine kurzzeitige Krise des Mieters handelt, noch ihm zu gegebener Zeit nicht nachgewiesen werden kann, welche Kenntnis er über die Situation seines Mieters hatte. Vielmehr muss der Vermieter die Initiative ergreifen. Die sicherste Alternative ist, die konsequente Beendigung des Mietverhältnisses. Sofern sich ein Vermieter aufgrund der schwierigen Vermietbarkeit oder einem emotionalen Engagement für den Mieter zu dieser drastischen Maßnahme nicht durchringen kann, so ist es zwingend erforderlich, dass er darauf achtet, dass weitere Mietzahlungen mit der konkreten Bestimmung in der jeweiligen Überweisung versehen sind, dass sie auf den jeweiligen Monat im 30-Tageszeitraum geleistet werden, sodass die Gefahr auszuschließen ist, dass es sich um Zahlungen auf die Altverbindlichkeiten handelt. Diese sind ggf. durch gesonderte Zahlungen mit separater Tilgungsbestimmung zu bedienen und alsdann nur noch in diesem Rahmen anfechtbar.

[Rechtsanwalt](#)

[Nikolai Manke](#)

Fachanwalt für [Arbeitsrecht](#)

Fachanwalt für [Insolvenzrecht](#)

Fachanwalt für [Handels- und Gesellschaftsrecht](#)

## **(Tier-)Arzt und Patient**

### **Beweislastumkehr bei groben Behandlungsfehlern von Tierärzten**

Begeht ein Tierarzt im Rahmen eines Behandlungsvertrages einen groben Behandlungsfehler, so führt dieser Umstand regelmäßig zur Umkehr der Beweislast für den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler und dem Gesundheitsschaden.

Der BGH hatte sich in seinem [Urteil vom 10.Mai 2016 – VI ZR 247/15](#) mit der Frage zu beschäftigen, welche Partei in einem Prozess die Beweislast des groben Behandlungs-

fehlers bei einem tierärztlichen Behandlungsvertrag zu tragen hat. Der Ansatz des BGH ist dahingehend neu, als dass eine Beweislastumkehr bei Behandlungsfehlern grundsätzlich im nur im humanmedizinischen Bereich besteht. Die Rechtsprechung hat bei groben Behandlungsfehlern aus Billigkeitsgründen eine Beweiserleichterung zu Gunsten des Patienten entwickelt. Der Patient muss in diesen Fällen nicht nachweisen, dass der behandelnde Arzt einen Fehler begangen hat. Vielmehr muss der verklagte Arzt nachweisen, dass er die Behandlung kunstgerecht und fehlerfrei durchgeführt hat.

Ebenso so sieht der BGH es nun auch bei Behandlungsfehlern durch Tierärzte. Grundsätzlich seien die Tätigkeiten eines Humanmediziners und eines Tierarztes dahingehend vergleichbar, als dass sie auf die Erhaltung und Heilung eines lebenden Organismus gerichtet sind. Da das Risiko der Genesung bei Tieren aufgrund ihrer Haltung o.ä. allerdings weniger kalkulierbar ist, scheidet eine rechtliche Gleichbehandlung dieser Tätigkeiten jedoch aus.

### **Konsequenzen für die Praxis**

Durch das Urteil hat sich die Klagesituation für den Tierhalter eindeutig verbessert. Der Kläger sieht sich hier nicht mehr der unsicheren Situation gegenüber gestellt, dem behandelnden Tierarzt nachweisen zu müssen, welche Fehler dieser explizit während der Behandlung begangen hat, oder welche Art der Behandlung stattdessen notwendig gewesen wäre.

Der BGH erkennt hier zu Recht, dass eine solche Beweisführung für den medizinischen Laien teilweise nicht möglich ist. Er stellt ebenfalls klar, dass die Beweislastumkehr nicht aus dem jeweiligen Einzelfall folgt und somit eben nicht im „Ermessen“ des Tatrichters stünde. Rechtssuchende, sowie deren Anwälte müssten in der Lage sein, das Prozessrisiko abschätzen zu können. Diese Einschätzung ist allerdings nicht möglich, wenn die Beweisregeln nicht von vornherein klar sind.

Diese Umkehr der Beweislast gilt jedoch nur in Fällen grober Behandlungsfehler, welche geeignet sind, den eingetretenen Schaden herbeizuführen. Ein solcher ist auch dann gegeben, wenn der Tierarzt es unterlassen hat, eine aus medizinischer Sicht erforderliche Befunderhebung vorzunehmen.

[Rechtsanwältin  
Anisha von Auenmüller](#)

---

### **Impressum:**

Rechtsanwälte Zimmermann & Manke  
Ringstr. 7-9  
29525 Uelzen

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

E-Mail: [buero@zm-kanzlei.de](mailto:buero@zm-kanzlei.de)  
Internet: <http://www.zm-kanzlei.de/impressum/>