

BWNotz

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

Herausgeber

Württembergischer Notarverein e.V.
in Verbindung mit dem
Badischen Notarverein e.V.

Kronenstraße 34
70174 Stuttgart

Schriftleitung

Notarvertreter Daniel Schaal,
Stuttgart

Notar Dr. Oliver Fröhler,
Titisee-Neustadt

www.notare-wuerttemberg.de
www.badischer-notarverein.de
ISSN-Nummer 1434-2979

3/2010

Juni
Seiten 93-144

Inhalt

Abhandlungen

Fröhler

Erbausgleichung und Pflichtteilsanrechnung
aufgrund Schenkung bzw. Ausstattung94

Sorg

Der Aufgabenkreis Vermögenssorge und die
betreuungsgerichtlichen Genehmigungen in der
Vermögensverwaltung.....107

Rechtsprechung.....134

Buchbesprechung.....140

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Abhandlungen	
Dr. Oliver Fröhler, Notar, Titisee-Neustadt Erbausgleichung und Pflichtteilsanrechnung aufgrund Schenkung bzw. Ausstattung	94
Wolfgang Sorg, Bezirksnotar, Stuttgart Der Aufgabenkreis Vermögenssorge und die betreuungsgerichtlichen Genehmigungen in der Vermögensverwaltung	107
Rechtsprechung	
Erbrecht	
OLG München, 03.01.2010 - 31 Wx 034/10 Unbeachtlichkeit eines Entlassungsantrags betreffend den Testamentsvollstrecker im Zeugniserteilungsverfahren	134
OLG Köln, 09. 12. 2009 - 2 U 46/09 keine Sittenwidrigkeit eines Behindertentestaments und Pflichtteilsverzichts	135
- Anmerkung Sebastian Mensch, Stuttgart -	137
Buchbesprechungen	
Brambring/Waldner, Beck'sches Notarhandbuch (Grigas)	140
Braun, Insolvenzordnung (Brenner)	141
Schmidt/Sikora/Tiedtke, Praxis des Handels- und Kostenrechts (Böhringer)	142
Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis (Brenner)	142
David, Gesellschaftsrecht (Böhringer)	143
Albrecht/Albrecht, Die Patientenverfügung (Lutz)	143
Langenfeld/Gail, Handbuch der Familienunternehmen. Gesellschafts-, Steuer-, Güter- und Erbrecht mit Mustersammlung (Schmenger)	144

Erbaugleichung und Pflichtteilsanrechnung aufgrund Schenkung bzw. Ausstattung¹

(von Dr. Oliver Fröhler, Notar, Hinterzarten)

1. Problemstellung

Wenden Eltern ihren Kindern zu Lebzeiten Gegenstände oder Sachleistungen zu, stellt sich insbesondere die Frage, ob bzw. inwiefern daraus Auswirkungen auf eine spätere Erbaueinandersetzung und/oder eventuelle Pflichtteilsrechte der Zuwendungsempfänger resultieren. Dabei sind vor allem die Zuwendungsart und der Umstand maßgebend, ob und bejahendenfalls mit welchem Inhalt der zuwendende Elternteil bzw. sein Ehegatte entsprechende Anordnungen trifft.

Zur Veranschaulichung soll das nachfolgende Fallbeispiel dienen: Die Eheleute M und F sind im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft verheiratet und haben drei gemeinsame Kinder, A, B und C. M tätigt zu Lebzeiten jeweils mit der Anordnung einer entsprechenden Erbaugleichungspflicht schenkweise Zuwendungen an A und B. Der Zuwendungswert beträgt unter Berücksichtigung der Inflation bis zum Erbfall bezüglich A 60.000,00 € und hinsichtlich B 300.000,00 €. M verstirbt, ohne eine Verfügung von Todes wegen zu hinterlassen. Der Nachlasswert beträgt 800.000,00 €. F schlägt die Erbschaft nicht aus.

Derartige Konstellationen werfen eine Vielzahl von Fragen auf. Im Vordergrund stehen dabei folgende Problemfelder: Wie wird die Erbaugleichung durchgeführt? Was ändert sich, wenn C an M Pflegeleistungen erbracht hat? Wie wirkt sich die jeweilige Erbaugleichungspflicht auf den Pflichtteil von A, B, C und F aus? Welche Auswirkungen hätten sich für den jeweiligen Pflichtteil ergeben, wenn an Stelle einer Erbaugleichungspflicht eine Pflichtteilsanrechnung bestimmt worden wäre? Was hätte sich insoweit geändert, wenn Erbaugleichung und Pflichtteilsanrechnung kumulativ angeordnet worden wären? Was würde gelten, wenn sich M und F gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt hätten?

Die nachstehende Abhandlung skizziert die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Erbaugleichung und Pflichtteilsanrechnung aufgrund Schenkung bzw. Ausstattung und zeigt unter Berücksichtigung des vorstehenden Fallbeispiels Gestaltungsvarianten mit Formulierungsvorschlägen auf.

2. Zuwendungsart

a) Bedeutung der Differenzierung

Von den in Betracht kommenden Zuwendungsarten haben insoweit insbesondere Schenkungen einerseits und Ausstattungen andererseits erhebliche praktische Relevanz. Eine diesbezügliche Differenzierung ist vor allem deshalb von entscheidender Bedeutung, weil für Ausstattungen im Gegensatz zu Schenkungen nach § 2050 Abs. 1 BGB im Rahmen der Erbaugleichung und deren pflichtteilsrechtlicher Fernwirkung iSd § 2316 Abs. 3 BGB Besonderheiten gelten, die nachstehend in der hiesigen Abhandlung näher erläutert werden. Darüber hinaus unterliegen Ausstattungen anders als Schenkungen innerhalb der Übermaßgrenze – mit Ausnahme der nach § 1624 Abs. 2 BGB ausdrücklich für anwendbar erklärten schenkungsrechtlichen Sach- und Rechtsmängelhaftungsregelungen – grundsätzlich nicht dem Schenkungsrecht und damit keinem Anspruch auf Rückforderung bzw. Sozialhilfzugriff nach § 528 BGB, Herausgabe, Verschaffung bzw. Wertersatz iSd §§ 2287, 2288 BGB bzw. Pflichtteilsergänzung nach § 2325 BGB, keinem Widerruf wegen groben Undanks iSd § 530 BGB, keiner Verfügungsbeschränkung nach § 2113 Abs. 2 BGB und keiner Anrechnungspflicht iSd § 2327 BGB, da Rechtsgrund insoweit keine Schenkung, sondern nach § 1624 Abs. 1 BGB eine familienrechtliche causa sui generis ist.² Zudem kann insbesondere die Übertragung eines landwirtschaftlichen Unternehmens gegen Zusage eines Altenteils als Ausstattung nach §§ 1908, 1624 BGB ausgewogen und damit anders als eine den Verbotsregelungen der §§ 1908i, 1804 BGB unterliegende gemischte Schenkung betreuungsgerichtlich genehmigungsfähig sein.³

b) Abgrenzung zwischen Ausstattung und Schenkung

Ausstattung iSd § 1624 BGB ist ausschließlich das, was einem Kind von Elternseite anlässlich Heirat oder Existenzgründung zu dem aus Sicht des Zuwendenden subjektiven Hauptzweck der Begründung oder Erhaltung der Wirtschaft oder Lebensstellung des Kindes gewährt wird,⁴ ohne dass es auf eine diesbezügliche objektive Erforderlichkeit ankommt.⁵ Ein anderer weiterer Nebenzweck, etwa derjenige der Gleichstellung mit den übrigen Kindern, steht der Ausstattungsei-

¹ Der Beitrag basiert auf einem aktualisierten Referat des Verfassers anlässlich der dezentralen Rechtspflegerfortbildung des Landgerichtsbezirks Freiburg am 19.07.2006 in Freiburg. Der Verfasser ist Notar in Titisee-Neustadt und Lehrbeauftragter an der Notarakademie Baden-Württemberg in Stuttgart.

² Staudinger/Coester, 2007, § 1624 BGB Rz. 1; Staudinger/Olshausen, 2006, § 2325 BGB Rz. 5; Jakob, AcP 207, 198, 200; Sailer, NotBZ 2002, 81.

³ OLG Stuttgart MittBayNot 2005, 229, 230; Böhmer, MittBayNot 2005, 232, 233 f.

⁴ RG JW 1910, 237.

⁵ Soergel/Strätz, 12. Aufl. 1987, § 1624 BGB Rz. 8.

genschaft nicht entgegen.⁶ Im Gegensatz dazu liegt jedoch eine (ggf. gemischte) Schenkung vor, wenn die Zuwendung ohne den von § 1624 BGB vorausgesetzten o.g. Hauptzweck aus reiner Freigebigkeit zu beliebigen sonstigen Zwecken, etwas ausschließlich zur Gleichstellung mit den übrigen Kindern, erfolgte.⁷

Ausstattungsgegenstand können alle erdenklichen Vermögenswerte aus dem Bestand der Elternseite sein, insbesondere bewegliche und unbewegliche Gegenstände, Rechte und Forderungen.⁸ Gegenleistungen des Kindes sind solange unschädlich, als sie den Zuwendungswert unterschreiten.⁹

Eine Ausstattung unterliegt jedoch insoweit Schenkungsrecht, als die Zuwendung einzelfallbezogen im Hinblick auf die Vermögensverhältnisse und den bisherigen Lebensstandard der Elternseite nicht angemessen ist.¹⁰

3. Erbausgleichung

a) Pflicht zur Ausgleichung bei Erbauseinandersetzung

Lebzeitige Zuwendungen des Erblassers an Abkömmlinge iSd § 2050 BGB bzw. lebzeitige besondere Leistungen von Abkömmlingen an den Erblasser sind unter den Voraussetzungen der §§ 2050 ff. BGB auf den Tod des Zuwendenden (§ 2050 BGB) bzw. Leistungsempfängers (§ 2057a BGB) im Rahmen der Erbauseinandersetzung durch Verrechnung unter denjenigen Abkömmlingen zur Ausgleichung zu bringen, die entweder nach §§ 2050, 2057a BGB als gesetzliche Erben zur Erbfolge gelangen oder nach §§ 2052, 2057a BGB durch Verfügung von Todes wegen auf die gesetzlichen Erbteile bzw. im Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile zu Miterben eingesetzt sind. Dabei ist es unerheblich, ob jeweils alle oder lediglich mehrere Abkömmlinge bzw. daneben noch Dritte als Erben berufen sind.¹¹ Andere Miterben als Abkömmlinge, insbesondere der längstlebende Ehegatte, nehmen an der Ausgleichung hingegen nicht teil. Ein Erbteilserwerber tritt jedoch auch dann in Rechte und Pflichten der Ausgleichung ein, wenn er seinerseits nicht Erbe ist.¹² Gleiches gilt für Erben von Abkömmlingen iSd §§ 2050, 2052, 2057a BGB.¹³ Im Gegensatz zur Pflichtteilsbestimmung nach § 2316 Abs. 1 BGB, die zur Berücksichtigung von Ausgleichungspflichten lediglich auf das Vorhandensein von Abkömmlingen abstellt,¹⁴ ist für eine Erbausgleichung zusätzlich Voraussetzung, dass diese Abkömmlinge tatsächlich Miterben im o.g. Sinne sind. Mangels Auswirkungen auf das Erbteilsverhältnis steht der Anwendung des § 2052 BGB die Begünstigung eines Abkömmlings durch Vorausvermächtnis bzw. Auflage grundsätzlich nicht entgegen.¹⁵

b) Lebzeitige Zuwendungen des Erblassers an Abkömmlinge

aa) Zuwendungsarten

Ausstattungen iSd § 1624 BGB (insbesondere die finanzielle Hilfe zur Gründung einer beruflichen Existenz oder die Aussteuer bei Heirat¹⁶), Übermaßzuschüsse und Übermaßausbildungsaufwendungen sind nach § 2050 Abs. 1 und 2 BGB kraft Gesetzes im Rahmen einer Erbauseinandersetzung auszugleichen, wenn der Zuwendende nicht vor oder spätestens bei Zuwendung eine andere Anordnung trifft.¹⁷ Für Übermaßzuschüsse und Übermaßausbildungsaufwendungen gilt dies trotz Fehlens einer ausdrücklichen diesbezüglichen Regelung aufgrund der bloßen Ergänzungsfunktion des § 2050 Abs. 2 BGB gegenüber § 2050 Abs. 1 BGB.¹⁸

Im Gegensatz dazu sind andere Zuwendungen iSd § 2050 Abs. 3 BGB, insbesondere Schenkungen, nur dann im Wege der vorweggenommener Erbfolge ausgleichungspflichtig, wenn der Erblasser dies vor oder spätestens bei Zuwendung anordnet.

Da der vorstehenden Einstufung einer Zuwendung nach § 2050 Abs. 1 und 2 BGB insbesondere als Ausstattung einerseits bzw. nach § 2050 Abs. 3 BGB insbesondere als Schenkung andererseits hinsichtlich der hier maßgebenden Erbausgleichungspflicht, der damit verbundenen pflichtteilsrechtlichen Fernwirkungen nach § 2316 BGB¹⁹ sowie der eingangs skizzierten Konsequenzen aus der Anwendbarkeit bzw. Nichtanwendbarkeit von Schenkungsrecht erhebliche Bedeutung zukommt und speziell für Ausstattungen eine diesbezügliche eigenständige Zuwendungsabsicht erforderlich ist, sollte in der Zuwendungsurkunde ausdrücklich eine entsprechende Abgrenzung getroffen werden.²⁰

Durch die zum 1.1.2010 in Kraft getretene Erbrechtsreform hat sich an den vorstehenden Regelungen entgegen zunächst anderen Zielvorgaben nichts geändert. Der ursprüngliche Reformvorschlag, § 2050 BGB durch einen neuen Absatz 4 dahingehend zu erweitern, dass der Erblasser durch Verfügung von Todes wegen nachträglich Anordnungen über die Ausgleichung oder den Ausschluss der Ausgleichung von Zuwendungen nach § 2316 Abs. 1 BGB mit Wirkung gegen den Pflichtteil des Zuwendungsempfängers – als aufschiebend bedingte Anordnung ist dies nachwievor gleichwohl mit pflichtteilsrechtlicher Fernwirkung vorausvermächtnisweise durch Verfügung von Todes wegen möglich²¹ – treffen kann²², wurde unter Hinweis auf den Vertrauensschutz des Zuwendungsempfängers letztlich nicht übernommen.²³ Gleiches gilt für den ursprünglichen Vorschlag, durch Neufassung des § 2278 Abs. 2 BGB Anordnungen nach §§ 2050, 2053 BGB als vertragsmäßig bindende Verfügungen eines Erbvertrages zuzulassen²⁴.

⁶ Staudinger/Coester, aaO, § 1624 BGB Rz. 11 f..

⁷ RG JW 1910, 237.

⁸ Soergel/Strätz, aaO, § 1624 BGB Rz. 8.

⁹ Jakob, AcP 207, 198, 220 f.

¹⁰ Staudinger/Coester, aaO, § 1624 BGB Rz. 11 f..

¹¹ Erman/Schlüter, aaO, § 2050 BGB Rz. 4.

¹² Staudinger/Werner, 2002, § 2050 BGB Rz. 4.

¹³ Palandt/Edenhofer, 2010, § 2057a BGB Rz. 3; Staudinger/Werner, aaO, § 2050 BGB Rz. 15.

¹⁴ Vgl. dazu 4.

¹⁵ MünchKomm.BGB/Ann, 5. Aufl. 2010, § 2052 BGB Rz. 2.

¹⁶ Zu Einzelheiten vgl. 2 a).

¹⁷ Zur gleichwohl notwendigen Anordnung bei Zuwendungen an einen entfernteren oder angenommenen Abkömmling bzw. Ersatzerben vor Wegfall des diesen ausschließenden näheren Abkömmlings bzw. Erben vgl. dd).

¹⁸ Palandt/Edenhofer, aaO, § 2050 BGB Rz. 9.

¹⁹ Vgl. dazu 4.

²⁰ Vgl. dazu Beck'sches Notarhandbuch/Jerschke, 5. Aufl. 2009, A V Rz. 37 und 47.

²¹ Vgl. dazu e) aa).

²² Dazu Schaal/Grigas, BWNtZ 2008, 2 ff.

²³ Kritisch dazu Odersky, notar 2009, 362 f.

²⁴ BT-Drucks. 16/13543, S. 6.

bb) Erblasserordnung

Entsprechende Anordnungen des Erblassers sind empfangsbedürftige Willenserklärungen und können aufschiebend – etwa durch rechtzeitig erklärten Vorbehalt für eine erst später durch Verfügung von Todes wegen erfolgende vermächtnisweise Anordnung²⁵ – oder auflösend bedingt gestaltet sein. Sie sind zudem jeweils formfrei wirksam, im Gegensatz zu einer schuldrechtlich verpflichtenden Auflage iSd § 525 BGB lediglich rechtlich vorteilhaft²⁶ und können daher ohne Ergänzungspfänger durch ein minderjähriges Kind persönlich bzw. trotz Vorliegens der übrigen Voraussetzungen des § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB für ein geschäftsunfähiges Kind durch dessen Eltern wirksam entgegengenommen werden. Aus dem Umkehrschluss zu § 2347 Abs. 2 Satz 1 BGB ergibt sich neben der Formfreiheit weiter, dass Anordnungen, die eine Erbausgleichung betreffen, im Gegensatz zu den Erklärungen des Erblassers in einem Erbverzichts- bzw. Pflichtteilsverzichtsvertrag nicht höchstpersönlich abgegeben werden müssen, sondern auch mittels eines Vertreters getroffen werden können. Für Erklärungen des Erblassers zu einer Ausstattung, die nach § 2050 Abs. 1 BGB bei Fehlen einer anderweitigen Anordnung kraft Gesetzes zur Erbausgleichung und nach § 2316 Abs. 3 BGB selbst im Falle einer anderweitigen Bestimmung zwingend zu pflichtteilsrechtlichen Fernwirkungen führt, folgt dies zudem aus §§ 1624, 1908 BGB.

Aus Beweisgründen empfiehlt sich jedoch, soweit der Zuwendungsvertrag nicht ohnehin notariell beurkundet wird, zumindest eine schriftliche Abfassung. In jedem Fall sollte ausdrücklich – positiv wie negativ – geregelt werden, ob eine Ausgleichspflicht besteht oder nicht. Zur Vermeidung unbeabsichtigter Ergebnisse sollte insbesondere eine Reduzierung auf auslegungsbedürftige Umschreibungen wie bspw. „die Zuwendung erfolgt in vorweggenommener Erbfolge“ vermieden werden.²⁷

Für Zuwendungen iSd § 2050 Abs. 3, insbesondere Schenkungen, ist im Hinblick auf die durch eine endgültige Ausgleichungsanordnung nach § 2316 Abs. 1 BGB ausgelösten pflichtteilsrechtlichen Fernwirkungen regelmäßig lediglich ein Ausgleichungsvorbehalt empfehlenswert.

Formulierungsvorschlag:

Der Zuwendende behält sich hiermit ausdrücklich mit Wirkung für und gegen Ersatzerben vor, durch Verfügung von Todes wegen anzuordnen, dass der Zuwendungsempfänger ... (Name) den Zuwendungswert iSd § 2055 Abs. 2 BGB, der klarstellend mit ... Euro (Geldbetrag) vorbehaltlich eines zusätzlich zu berücksichtigenden Kaufkraftschwunds zwischen Zuwendung und Erbfall festgestellt wird, oder einen geringeren Wert bei einer Erbaueinwanderung iSd §§ 2050 ff. BGB auf den Tod des Zuwendenden, ... (Name), zur Ausgleichung zu bringen hat. Den Beteiligten ist bekannt, dass die Anordnung noch eine entsprechende Verfügung von Todes wegen voraussetzt, die dann zu Pflichtteilsverschiebungen iSd § 2316 Abs. 1 BGB führen kann. Es wird klargestellt, dass eine Zuwendung iSd § 2050 Abs. 3 BGB zugrunde liegt.

Nichtausgleichungsanordnungen iSd § 2050 Abs. 1 und 2 BGB bzw. Ausgleichungsanordnungen iSd § 2050 Abs. 3 BGB müssen daher jeweils spätestens bei Zuwendung erfolgen. Die Ausgleichungspflicht entsteht im Rahmen der vorstehenden Voraussetzungen bereits mit dem schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft unabhängig davon, ob die Zuwendung noch durch den Erblasser oder als Nachlassverbindlichkeit erst von dessen Erben erfüllt wird.²⁸ Folgerichtig ist der Abschluss des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts zugleich der späteste zulässige Zeitpunkt für eine Nichtausgleichungsanordnung iSd § 2050 Abs. 1 und 2 BGB bzw. eine Ausgleichungsanordnung iSd § 2050 Abs. 3 BGB. Ein späterer Untergang des Zuwendungsgegenstandes beseitigt eine einmal entstandene Ausgleichungspflicht nicht.²⁹

cc) Ausgleichungspflicht des Ersatzerben

Unabhängig von der Zuwendungsart ist derjenige Abkömmling des zuwendenden Erblassers, der an Stelle eines als Erbe vor oder nach dem Erbfall wegfallenden ausgleichungspflichtigen Abkömmlings des Zuwendenden tritt – bspw. die Kinder des Zuwendungsempfängers bzw. bei Kinderlosigkeit dessen Geschwister –, (§ 2051 Abs. 1 BGB) bzw. derjenige Ersatzerbe des zuwendenden Erblassers ausgleichungsverpflichtet, der aufgrund Verfügung von Todes berufen ist und kein Abkömmling des Zuwendenden ist (§ 2051 Abs. 2 BGB³⁰). § 2051 Abs. 2 BGB sieht dies jedoch nur im Zweifel vor. Entsprechendes gilt zugunsten des Ersatzerben trotz Fehlens einer ausdrücklichen Erwähnung im Gesetzeswortlaut auch für den Übergang einer Ausgleichungsberechtigung.³¹ Verstirbt der ausgleichungspflichtige Abkömmling als Erbe nach, sind seine Erben kraft vererbter Ausgleichungspflicht unabhängig davon ausgleichungspflichtig, ob sie Abkömmlinge des Zuwendenden sind.³² Zur Vermeidung unbeabsichtigter Auslegungsergebnisse sollte in jedem Fall ausdrücklich – positiv wie negativ – geregelt werden, ob auch für Ersatzerben iSd § 2051 Abs. 2 BGB eine Ausgleichungspflicht besteht oder nicht.

dd) Entferntere und angenommene Abkömmlinge

Abweichend von § 2050 Abs. 1 BGB sieht § 2053 Abs. 1 BGB ebenfalls unabhängig von der Zuwendungsart vor, dass Zuwendungen an einen entfernteren Abkömmling bzw. Ersatzerben vor Wegfall des diesen ausschließenden näheren Abkömmlings bzw. Erben nur dann ausgleichungspflichtig sind, wenn der Erblasser dies vor oder spätestens bei Zuwendung angeordnet hat. Dies gilt damit insoweit insbesondere für Ausstattungen, obwohl diese dann, wenn der Zuwendungsempfänger bei Zuwendung nächstberufener gesetzlicher Erbe wäre, auch ohne Anordnung ausgleichungspflichtig wären.³³ Gleiches sieht § 2053 Abs. 2 BGB für Zuwendungen an ein erst später iSd §§ 1741 ff. BGB angenommenes Kind vor. Statten jedoch Großeltern ihre Enkel zur Entlastung ihres

²⁵ Peter, BWNotZ 1986, 28, 32; Thubauville, MittRhNotK 1992, 289, 297.

²⁶ BGH NJW 1955, 1353.

²⁷ Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentgestaltung, 3. Aufl. 2008, § 2 Rz. 222.

²⁸ Staudinger/Werner, aaO, § 2050 BGB Rz. 18.

²⁹ Staudinger/Werner, aaO, § 2055 BGB Rz. 10.

³⁰ Palandt/Edenhofer, aaO, § 2051 BGB Rz. 2: ist ein Abkömmling Ersatzerbe, hat Abs. 1 Vorrang.

³¹ Staudinger/Werner, aaO, § 2051 BGB Rz. 6.

³² Palandt/Edenhofer, aaO, § 2051 BGB Rz. 1.

³³ Vgl. dazu b) aa).

Kindes (Elternteil des Enkel) auf dessen Geheiß aus, kann dies zugleich eine Zuwendung an das Kind sein, das dann nach § 2050 Abs. 1 BGB ohne gesonderte Anordnung ausgleichspflichtig wäre.³⁴

Irrt der Erblasser bei Zuwendung an den entfernteren Abkömmling über Wegfall oder Existenz des näheren erbberechtigten Abkömmlings, ist ausschließlich seine Vorstellung über die Person des unmittelbar erbberechtigten Abkömmlings maßgebend: Bei irrtümlicher Annahme eines Wegfalls des näheren erbberechtigten Abkömmlings besteht eine Ausgleichspflicht des entfernteren Abkömmlings unter den Voraussetzungen des § 2050 Abs. 1 BGB, da die Ausnahmeregelung des § 2053 BGB nicht anwendbar ist,³⁵ während der entferntere Abkömmling als Zuwendungsempfänger ausschließlich bei einer Anordnung iSd § 2053 BGB ausgleichspflichtig ist, wenn der Erblasser irrtümlich an die Existenz des tatsächlich bereits weggefallenen Abkömmlings glaubte.³⁶

c) Lebzeitige besondere Leistungen von Abkömmlingen an den Erblasser

Nach § 2057a BGB kann derjenige Abkömmling, der durch Mitarbeit im Haushalt, Beruf oder Geschäft des Erblassers während längerer Zeit, durch erhebliche Geldleistungen oder in anderer Weise in besonderem Maß zur Erhaltung oder Vermehrung des Erblasservermögens beigetragen oder den Erblasser während längerer Zeit gepflegt hat, unter allen im o.g. Sinn³⁷ erbenden Abkömmlingen bei Erbauseinandersetzung eine Ausgleichung verlangen. Im Gegensatz zur pauschalisierten Berücksichtigung von Ehegattenmitarbeit über güterstandsbezogene güterrechtliche (§ 1371 Abs. 2 BGB) bzw. erbrechtliche (§ 1371 Abs. 1 iVm § 1931 Abs. 3 BGB bzw. § 1931 Abs. 4 BGB) Ausgleichsmechanismen sieht § 2057a BGB für Abkömmlinge bei Erbfällen seit dem 1.7.1970 in Anlehnung an Art. 633 des schweizerischen ZGB eine einzelfallbezogene Ausgleichung vor.³⁸ Der Ausgleichungsanspruch besteht auch dann, wenn der Abkömmling bei Leistungserbringung noch durch einen näheren, jedoch später weggefallenen Abkömmling als Erbe verdrängt war. § 2053 BGB findet weder direkt noch analog Anwendung, da nunmehr im Gegensatz zur Ausgleichung einer Erblasserzuwendung der Abkömmling Leistender ist.³⁹ Der an die Stelle eines weggefallenen, ansonsten jedoch iSd § 2057a BGB ausgleichungsberechtigten Abkömmlings tretende Abkömmling ist jedoch seinerseits analog § 2051 BGB ausgleichungsberechtigt.⁴⁰

Durch die Erbrechtsreform wurde der Ausgleichungsanspruch für Pflegeleistungen dadurch spürbar begünstigt, dass im Gegensatz zu § 2057a Abs. 2 BGB aF für ab dem 1.1.2010 eintretende Erbfälle ein Verzicht des pflegenden Abkömmlings auf berufliches Einkommen während der Pflegezeit nicht mehr erforderlich ist. Dies gilt nach Art. 229 § 23 Abs. 4 EGBGB auch für vor dem 1.1.2010 erbrachte Pflegeleistungen.⁴¹ Nach wie vor beschränkt sich der Ausgleichungsanspruch jedoch auf Abkömmlinge, da der ursprüngliche Reformvorschlag nach § 2057b BGB-E einer Anspruchsweiterung auf alle gesetzlichen Erben⁴² nicht übernommen wurde.

Der Ausgleichungsanspruch setzt keine höchstpersönliche Leistung des Abkömmlings voraus. In Anlehnung an die Vorbildnorm nach Art. 633 ZGB (Schweiz) kann auch die im Auftrag des Abkömmlings geleistete Mitarbeit des Ehegatten, von Familienangehörigen und Dritten ausreichend sein.⁴³ Einzelheiten sind diesbezüglich jedoch noch unklar. Soweit der Erblasser insoweit eine Ausgleichung wünscht, empfiehlt sich daher eine ausdrückliche testamentarische Regelung mit hilfsweisem Vorausvermächtnis,⁴⁴ das jedoch anders als die originäre Ausgleichung nach § 2057a BGB nicht an der pflichtteilsrechtlichen Fernwirkung iSd § 2316 BGB teilhat und zudem im Hinblick auf das Höchstpersönlichkeitspostulat des § 2065 Abs. 2 BGB mit Ausnahme der Tatbestände aus §§ 2151, 2152 BGB nur dann Bestand haben dürfte, wenn der Erblasser die Pflegeperson selbst ausgewählt hat.⁴⁵

Formulierungsvorschlag

(Verfügung von Todes wegen - Auszug):

Hiermit stelle ich klar, dass zugunsten desjenigen Abkömmlings, der mich pflegt und beerbt, eine Erbausgleichung iSd § 2057a BGB stattzufinden hat. Soweit dies nach den gesetzlichen Voraussetzungen ausgeschlossen ist, steht diesem Abkömmling für dessen Pflegeleistung der entsprechende hypothetische Ausgleichungswert vorausvermächtnisweise zu. Dieser Anspruch besteht jedoch nur insoweit, als der berechnete Abkömmling bzw. ein von diesem beauftragter Dritter für die Pflegeleistung kein angemessenes Entgelt erhalten hat. Sollte der Abkömmling die Pflege nicht persönlich leisten, gelten entsprechende Leistungen Dritter, die von ihm auf seine Kosten beauftragt wurden, als von ihm selbst erbracht. Ehegatten, Partner oder Abkömmlinge von Abkömmlingen iSd § 2057a BGB gelten dabei im Zweifel als in diesem Sinne beauftragt. Ich habe ... (Name des Abkömmlings), im Verhinderungsfall ersatzweise ... (Name eines weiteren Abkömmlings – ggf. weiter staffeln) bereits persönlich zu meiner Pflegeperson bestimmt.

Eine Ausgleichung entfällt hingegen kraft Gesetzes nach § 2057a Abs. 2 BGB, wenn für die Leistungen ein angemessenes Entgelt gewährt bzw. vereinbart wurde oder soweit dem Abkömmling hierfür ein Anspruch aus anderem Rechtsgrund, insbesondere ungerechtfertigter Bereicherung oder

³⁴ Staudinger/Werner, aaO, § 2053 BGB Rz. 6.

³⁵ Erman/Schlüter, 12. Aufl. 2008, § 2053 BGB Rz. 1; Staudinger/Werner, aaO, § 2053 BGB Rz. 6; Münch.Komm/Ann, aaO, § 2053 BGB Rz. 3 in Abkehr zur entgegengesetzten Ansicht von Münch.Komm/Heldrich, 4. Aufl. 2004, § 2053 BGB Rz. 3.

³⁶ Erman/Schlüter, aaO, § 2053 BGB Rz. 1; Staudinger/Werner, aaO, § 2053 BGB Rz. 6; Münch.Komm.BGB/Ann, aaO, § 2053 BGB Rz. 3 in Abkehr zur entgegengesetzten Ansicht von Münch.Komm/Heldrich, 4. Aufl. 2004, § 2053 BGB Rz. 3.

³⁷ Vgl. dazu 3 a).

³⁸ Erman/Schlüter, aaO, § 2057a BGB Rz. 2 und 3 mit Hinweis auf Rechtsprechung und Literatur zum schweizerischen Recht als diesbezügliche Auslegungshilfe.

³⁹ Erman/Schlüter, aaO, § 2057a BGB Rz. 4; Staudinger/Werner, aaO, § 2057a BGB Rz. 21; Münch.Komm.BGB/Ann, aaO, § 2057a BGB Rz. 7; aA Palandt/Edenhofer, aaO, § 2057a BGB Rz. 3.

⁴⁰ Erman/Schlüter, aaO, § 2057a BGB Rz. 4; Palandt/Edenhofer, aaO, § 2057a BGB Rz. 3.

⁴¹ Palandt/Sprau, aaO, Art. 229 § 23 Abs. 4 EGBGB Rz. 4.

⁴² Dazu Schaal/Grigas, BWNtZ 2008, 2, 6 f.

⁴³ Erman/Schlüter, aaO, § 2057a BGB Rz. 5; Palandt/Edenhofer, aaO, § 2057a BGB Rz. 5.

⁴⁴ Odersky, notar 2009, 362, 363.

⁴⁵ OLG Frankfurt DNotZ 1996, 56, 58.

Geschäftsführung ohne Auftrag zusteht. Dieser Ausschluss gilt jedoch nach dem Normzweck des § 2057a BGB nicht, wenn derartige Ansprüche faktisch nicht durchsetzbar⁴⁶ bzw. verjährt sind⁴⁷. Erlöschen aus einem anderem Rechtsgrund bestehende Ansprüche hingegen durch Verzicht oder Verwirkung, ist aufgrund des widersprüchlichen Verhaltens des pflegenden Abkömmlings kein Ausgleichungsanspruch aus § 2057a BGB eröffnet.⁴⁸

Für die anspruchsbegründenden Tatsachen nach § 2057a Abs. 1 BGB ist der Ausgleichungsberechtigte, für das Vorliegen eines Ausschlussgrundes, insbesondere die Gegenleistung eines angemessenen Entgelts an den Anspruchsteller, ist hingegen der Ausgleichungspflichtige darlegungs- und beweisbelastet.⁴⁹

Der Erblasser kann eine gesetzlich bestehende Ausgleichungspflicht zugunsten der dadurch beschwerten Abkömmlinge durch Verfügung von Todes wegen vorausvermächtnisweise einschränken oder ausschließen.⁵⁰ Derartige Gestaltungsmittel nehmen jedoch anders als gesetzlich vorgesehene Maßnahmen nach § 2057a Abs. 2 BGB nicht an der pflichtteilrechtlichen Fernwirkung iSd § 2316 Abs. 1 BGB teil, da andernfalls die zwingenden Formvorschriften für Pflichtteilsverzichtverträge nach §§ 2347, 2348 BGB umgangen würden.⁵¹

Formulierungsvorschlag

(Verfügung von Todes wegen - Auszug):

Hiermit schließe ich jegliche eventuelle Ausgleichungspflicht bei besonderen Leistungen iSd § 2057a BGB aus. Vorausvermächtnisweise sind alle Abkömmlinge iSd §§ 2057a, 2052 BGB so zu stellen, als gäbe es keine Ausgleichungspflicht iSd § 2057a BGB. Mir ist bekannt, dass derartige Leistungen gleichwohl im Rahmen der Pflichtteilsbestimmung nach § 2316 BGB berücksichtigt werden.

d) Berechnung der Ausgleichung

aa) Für Zuwendungen des Erblassers an Abkömmlinge

Die Erbausgleichung von Zuwendungen wird in mehreren Schritten durchgeführt. Zunächst sind von dem nach Abzug aller Nachlassverbindlichkeiten verbleibenden Nettonachlass diejenigen Erbteile herauszurechnen, die auf andere Personen als die nach den §§ 2050, 2052 BGB der Ausgleichung unterliegenden Abkömmlinge entfallen, so dass sich der Ausgleichungsnachlass ergibt, der den an der Erbausgleichung teilnehmenden Abkömmlingen verbleibt. Sodann werden dem Ausgleichungsnachlass alle zur Ausgleichung zu bringenden Zuwendungen hinzugerechnet. Anschließend ist gemäß § 2055 Abs. 1 Satz 2 BGB für jeden einzelnen dieser Abkömmlinge dessen rechnerischer Anteil an dem so erhöhten Ausgleichungsnachlass zu ermitteln. Dabei bleiben Abkömmlinge, die zu Lebzeiten mehr als diesen Anteil erhalten haben, nach § 2056 Satz 2 BGB außer Betracht. Der sie be-

treffende Zuwendungswert wird vom Ausgleichungsnachlass wieder abgezogen. Ihre Erbquote wird bei der Ausgleichung nicht mehr berücksichtigt. Sie müssen jedoch nach § 2056 Satz 1 BGB den Mehrbetrag nicht herausgeben. In einem letzten Schritt wird die Zuwendung auf den rechnerischen Teil gemäß § 2055 Abs. 1 Satz 1 BGB angerechnet. Daraus ergibt sich der gesetzliche Erbanspruch.

Der Nachlasswert wird nach dem Zeitpunkt des Erbfalls ermittelt.⁵² Soweit der Erblasser diesbezüglich nichts anderes anordnet, bestimmt sich der Wert der ausgleichungspflichtigen Zuwendung gemäß § 2055 Abs. 2 BGB nach den Verhältnissen zum Zeitpunkt der Zuwendung unter zusätzlicher Berücksichtigung des Kaufkraftschwundes zwischen Zuwendung und Erbfall gemäß Lebenshaltungskostenindex.⁵³ Da die Regelung des § 2055 Abs. 2 BGB dispositiv ist,⁵⁴ darf der Erblasser auch einen niedrigeren Wert für maßgebend erklären, zumal er die für Ausstattungen, Übermaßzuschüsse und Übermaßausbildungsaufwendungen vorgesehene Ausgleichung nach § 2050 Abs. 1 und 2 BGB sogar gänzlich ausschließen bzw. in den Fällen des § 2050 Abs. 3 BGB auf die Anordnung einer Ausgleichung vollständig verzichten kann. Er ist daher auch berechtigt, die Erbausgleichung zu einem höheren als dem von § 2055 Abs. 2 BGB vorgesehenen Wert anzuordnen.⁵⁵ Derartige Anordnungen lösen dann jedoch keine pflichtteilsrechtliche Fernwirkung aus und bleiben insoweit bei der Pflichtteilsbestimmung iSd § 2316 Abs. 1 BGB unbeachtlich, wenn ein Fall des § 2316 Abs. 3 BGB vorliegt⁵⁶ bzw. abweichend von § 2055 Abs. 2 BGB ein den Zuwendungswert übersteigender Ausgleichungswert vereinbart wird, damit nicht indirekt durch die Hintertür der Erbausgleichungspflicht die zwingenden Formvorschriften für Pflichtteilsverzichtverträge nach §§ 2347, 2348 BGB umgangen werden können.⁵⁷

Im o.g. Fallbeispiel⁵⁸ ist die gesetzliche Erbfolge maßgebend. Es erben F zu 1/2 sowie A, B und C jeweils zu 1/6. Vorab ist der auf F entfallende Anteil iHv 400.000,00 € vom Nachlasswert abzuziehen, da der Ehegatte nach § 2050 BGB nicht an der Ausgleichung teilnimmt. Zum verbleibenden Ausgleichungsnachlass von 400.000,00 € werden beide Zuwendungswerte von insgesamt 360.000,00 € hinzugerechnet. Da B mit 300.000,00 € vorab bereits mehr als das der Erbquote entsprechende Drittel an diesem Zwischenwert von 760.000,00 € erhalten hat, scheidet er nach § 2056 BGB samt seiner Erbquote und seinem Zuwendungswert aus der Ausgleichung aus, ohne den Mehrwert erstatten zu müssen. Der Zwischenwert von 760.000,00 € reduziert sich daher auf 460.000,00 €.

⁵² BGH NJW 1986, 931, 932; Erman/Schlüter, aaO, § 2055 BGB Rz. 2; Palandt/Edenhofer, aaO, § 2055 BGB Rz. 3; Meincke, AcP 178, 59; aA Staudinger/Werner, aaO, § 2055 BGB Rz. 1; MünchKomm.BGB/Ann, aaO, § 2055 Rz. 12: Zeitpunkt der Auseinandersetzung.

⁵³ BGH NJW 1975, 1831, 1832; Erman/Schlüter, aaO, § 2055 BGB Rz. 4; Palandt/Edenhofer, aaO, § 2055 BGB Rz. 3; MünchKomm.BGB/Ann, aaO, § 2055 BGB Rz. 15; aA Staudinger/Werner, aaO, § 2055 BGB Rz. 8: Verhältnisse zum Zeitpunkt der Zuwendung unter zusätzlicher Berücksichtigung der Wertsteigerung des betroffenen Nachlassgegenstandes; aA Krug, ZEV 2000, 41: Berücksichtigung des Kaufkraftschwundes zwischen Zuwendung und Erbaueinandersetzung gemäß Lebenshaltungskostenindex.

⁵⁴ MünchKomm.BGB/Ann, aaO, § 2055 BGB Rz. 16; Staudinger/Werner, aaO, § 2055 BGB Rz. 12.

⁵⁵ OLG Hamm MDR 1966, 330; Nieder/Kössinger, aaO, § 2 Rz. 244; aA Wegmann, Grundstücksüberlassung, 2. Aufl. 1999 Fn 389: gesetzeswidrig wegen Unzulässigkeit eines dadurch faktisch erzielten gegenständlich beschränkten Erbverzichts)

⁵⁶ Vgl. dazu 4.

⁵⁷ Vgl. dazu 4.

⁵⁸ Vgl. dazu 1.

⁴⁶ MünchKomm.BGB/Ann, aaO, § 2057a BGB Rz. 31.

⁴⁷ Soergel/Wolf, 13. Aufl. 2002, § 2057a BGB Rz. 15; Staudinger/Werner, aaO, § 2057a BGB Rz. 23; aA MünchKomm.BGB/Ann, aaO, § 2057a BGB Rz. 31.

⁴⁸ Soergel/Wolf, aaO, § 2057a BGB Rz. 15.

⁴⁹ Petersen, ZEV 2000, 432.

⁵⁰ Erman/Schlüter, aaO, § 2057a BGB Rz. 8; Palandt/Edenhofer, aaO, § 2057a BGB Rz. 1.

⁵¹ Vgl. dazu 4.

Hieran sind A und C zu gleichen Teilen, mithin iHv jeweils 230.000,00 € berechtigt. A muss sich jedoch seinen Vorempfang von 60.000,00 € darauf anrechnen lassen, so dass A 170.000,00 € und C 230.000,00 € aus dem Ausgleichsnachlass von 400.000,00 € zustehen.

bb) Für besondere Leistungen von Abkömmlingen an den Erblasser

Nach § 2057a Abs. 3 BGB ist die bei Erbauseinandersetzung durchzuführende Ausgleichung für besondere Leistungen eines Abkömmlings nach Billigkeitskriterien mit Rücksicht auf die Dauer und den Umfang der Leistungen sowie auf den Nachlasswert zu ermitteln. In Anlehnung an die schweizerische Rechtsprechung zu Art. 633 ZGB (Schweiz) muss dabei insbesondere auf den Umfang der durch die Leistungen bedingten Einbußen bei der eigenen Erwerbstätigkeit des ausgleichsberechtigten Abkömmlings abgestellt werden.⁵⁹ Hier ist ein erhebliches Streitpotential zu erwarten.⁶⁰

Nach einem Vorwegabzug der Erbteile anderer Personen als der nach den §§ 2057a, 2052 BGB der Ausgleichung unterliegenden Abkömmlinge (insbesondere des längstlebenden Ehegatten) wird nach § 2057a Abs. 4 BGB anders als bei der Zuwendungsausgleichung iSd § 2055 BGB von dem auf die verbleibenden Erbteile entfallenden Restnachlasswert der Wert der besonderen Leistungen aller iSd § 2057a BGB ausgleichsberechtigten Abkömmlinge abgerechnet. Sodann wird der Wert des verbleibenden Restnachlasses auf die Abkömmlinge im Verhältnis ihrer Erbquoten verteilt. Abschließend wird für jeden ausgleichsberechtigten Abkömmling dessen jeweiliger Ausgleichsbetrag hinzugerechnet.

Wird das o.g. Fallbeispiel⁶¹ dahingehend abgewandelt, dass C an M besondere Leistungen iSd § 2057a BGB iHv 20.000,00 € erbracht hat, reduziert dieser Betrag den maßgebenden erhöhten Ausgleichsnachlass von 460.000,00 € auf 440.000,00 €. Daran sind A und C zu gleichen Teilen, mithin iHv jeweils 220.000,00 € berechtigt. A muss sich jedoch seinen Vorempfang von 60.000,00 € darauf anrechnen lassen, so dass A 160.000,00 € und C 220.000,00 € zustehen. Nach § 2057a Abs. 4 Satz 1 BGB erhält C zusätzlich den Ausgleichsbetrag von 20.000,00 €. Insgesamt stehen damit A 160.000,00 € und C 240.000,00 € aus dem Ausgleichsnachlass von 400.000,00 € zu.

e) Nachträgliche Anordnungen

aa) Rechtzeitig aufgrund Vorbehalts

Hat sich der Erblasser spätestens bei Zuwendung eine Nichtausgleichsanordnungen iSd § 2050 Abs. 1 und 2 BGB bzw. eine Ausgleichsanordnung iSd § 2050 Abs. 3 BGB vorbehalten, gilt dies als bereits getroffene, um die spätere letztwillige Umsetzung aufschiebend bedingte Erklärung, da sich der Zuwendungsempfänger von Anfang an auf die Rechtsfolgen der Ausgleichung für den Fall des Bedingungseintritts einstellen und diese im Rahmen seiner Entscheidung

über die Zuwendungsannahme mit berücksichtigen kann. Es handelt sich daher um keine im engeren Sinne nachträgliche, sondern vielmehr um eine rechtzeitige Anordnung, die anders als entsprechende Vermächtnisse ohne Vorbehalt unmittelbare Auswirkungen auf die Erbausgleichung hat.

Gleiches gilt für eine auflösende Bedingung, wenn sich der Erblasser spätestens bei Zuwendung vorbehält, seine Ausgleichsanordnung wieder aufzuheben.⁶²

Der Bedingungseintritt kann dabei jeweils ausschließlich durch eine Verfügung von Todes wegen - dann vorausvermächtnisweise - ausgelöst werden, die dem Zuwendungsempfänger im Gegensatz zur Erklärung des Vorbehalts nicht zugehen muss.⁶³ Eine nachträgliche Anordnung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden ist nicht möglich.⁶⁴

Es sollte jeweils klargestellt werden, dass dieses Vorausvermächtnis im Ersatzerbfall auch den Ersatzerben zusteht.

Formulierungsvorschlag

(Verfügung von Todes wegen - Auszug):

Durch Urkunde des Notars ... (Name) in ... (Ort), vom ... (Datum), UR ... (Urkundenrollennummer), habe ich an ... (Vor- und Nachname des Abkömmlings) meine Eigentumswohnung in ... (genauer Grundbuchbeschreibung) als sonstige Zuwendung iSd § 2050 Abs. 3 BGB ohne Gegenleistung übertragen und mir dabei eine spätere Ausgleichsordnung vorbehalten. Von diesem Vorbehalt mache ich hiermit Gebrauch und ordne nunmehr eine entsprechende Ausgleichspflicht dergestalt an, dass ... (Name) den Zuwendungswert iSd § 2055 Abs. 2 BGB, den ich klarstellend mit ... Euro (Geldbetrag) vorbehaltlich eines zusätzlich zu berücksichtigenden Kaufkraftschwunds zwischen Zuwendung und Erbfall feststelle, bei einer Erbauseinandersetzung im Sinne der §§ 2050, 2052 BGB auf meinen Tod zur Ausgleichung zu bringen hat. Diese Anordnung soll auch für und gegen Ersatzerben gelten. Mir ist bekannt, dass die Ausgleichsanordnung nach § 2316 Abs. 1 BGB zu Pflichtteilsverschiebungen führen kann.

Eine aufschiebend bedingte Ausgleichsanordnung iSd § 2050 Abs. 3 BGB löst nach Bedingungseintritt anders als entsprechende Vermächtnisse ohne Vorbehalt zudem gemäß § 2316 Abs. 1 BGB pflichtteilsrechtliche Fernwirkungen aus,⁶⁵ soweit nicht von den gesetzlichen Vorgaben bspw. durch Festsetzung eines § 2055 Abs. 2 BGB übersteigenden Ausgleichswertes abgewichen wird⁶⁶. Gleiches muss auch für eine um die vorbehaltene späterer Aufhebung oder anderweitig auflösend bedingte oder für eine um den Eintritt gewillkürter Erbfolge bedingte Anordnung gelten.⁶⁷ Im Gegensatz dazu bewirkt bei einer Nichtausgleichsanordnung iSd § 2050 Abs. 1 und 2 BGB selbst ein rechtzeitiger Vorbehalt angesichts der Ausschlussregelung des § 2316 Abs. 3 BGB⁶⁸ keine Pflichtteilsverschiebung.

⁶² Nieder/Kössinger, aaO, § 2 Rz. 228.

⁶³ Mayer, ZEV 1996, 441, 445.

⁶⁴ BGH FamRZ 2010, 33, 34; RGZ 90, 419, 422; Staudinger/Werner, aaO, § 2050 BGB Rz. 33.

⁶⁵ Staudinger/Haas § 2316 BGB, 2006, Rz. 11; Mayer, ZEV 1996, 441, 443 ff.

⁶⁶ Vgl. dazu 4.

⁶⁷ Beck'sches Notarhandbuch/Jerschke, aaO, A V Rz. 90.

⁶⁸ Vgl. dazu 4.

⁵⁹ Erman/Schlüter, aaO, § 2057a BGB Rz. 9; Knur, FamRZ 1970, 277.

⁶⁰ Odersky, notar 2009, 362, 363.

⁶¹ Vgl. 1 und 3 d) aa).

bb) Verspätet mangels Vorbehalt

Fehlt ein entsprechender Vorbehalt, vermag der Erblasser zwar nicht unmittelbar auf die Erbausgleichung und damit auch nicht auf die Pflichtteilsbestimmung iSd § 2316 Abs. 1 BGB einzuwirken. Stattdessen kann er jedoch durch eine Verfügung von Todes wegen vorausvermächtnisweise anordnen, dass der von ihm Begünstigte so gestellt wird, als wäre die Anordnung rechtzeitig erfolgt.

Der Erblasser kann dies jedoch nicht ersatzweise durch Rechtsgeschäft unter Lebenden erreichen, sondern ist insoweit auf eine Verfügung von Todes wegen beschränkt.⁶⁹ Ist der Erblasser nicht mehr testierfähig, kommt ggf. ein notariell zu beurkundender, jedoch rein schuldrechtlich wirkender Erbschaftsvertrag iSd § 312 Abs. 2 BGB zwischen den künftigen gesetzlichen Erben über die Ausgleichungspflicht und möglicherweise ein Erlassvertrag iSd § 397 BGB in Betracht.⁷⁰

Pflichtteilsrechte bleiben davon jedoch unberührt, da verspätete Anordnungen keine abweichende pflichtteilsrechtliche Fernwirkung auslösen können. Gleichzeitig sollte jeweils klargestellt werden, dass dieses Vorausvermächtnis im Ersatzerbfall auch den Ersatzerben zusteht.

Formulierungsvorschlag

(Verfügung von Todes wegen - Auszug):

Durch Urkunde des Notars ... (Name) in ... (Ort), vom ... (Datum), UR ... (Urkundenrollennummer), habe ich an ... (Vor- und Nachname des Abkömmlings) meine Eigentumswohnung in ... (genauer Grundbuchbeschreibung) ohne Gegenleistung als sonstige Zuwendung iSd § 2050 Abs. 3 BGB übertragen und dabei eine erbrechtliche Ausgleichungspflicht weder angeordnet noch vorbehalten. Dies möchte ich nunmehr faktisch nachholen. Daher wird ... (Vor- und Nachname des Abkömmlings), ersatzweise der an seiner Stelle berufene Ersatzerbe, zugunsten aller anderen Miterben, hilfsweise deren Ersatzerben, mit einem Vorausvermächtnis dahingehend belastet, dass diese jeweils einen Geldbetrag in der Höhe erhalten, der einem Ausgleichungsanspruch nach §§ 2050 ff. BGB wegen der o.g. Übertragung entsprochen hätte.

4. Auswirkungen der Erbausgleichung auf Pflichtteilsquoten

Erbausgleichungspflichten nach § 2050 BGB und Erbausgleichungsansprüche nach § 2057a BGB sind nach § 2316 Abs. 1 BGB bei der Bestimmung des Pflichtteils eines Abkömmlings mit zu berücksichtigen und entfalten daher zusätzlich zwingende pflichtteilsrechtliche Fernwirkungen.⁷¹ Insoweit kommt es zwischen pflichtteilsberechtigten Abkömmlingen aufgrund einer ausgleichungsbedingten Veränderung des jeweiligen Erbanspruchs regelmäßig zu Pflichtteilsverschiebungen, die sich grundsätzlich zulasten eines Zuwendungsempfängers iSd § 2050 BGB pflichtteilsmindernd bzw. zugunsten eines Zuwendungsempfängers iSd § 2057a BGB pflichtteilerhöhend auswirken. Die zur

Pflichtteilsverschiebung führende Ausgleichung erfasst ausschließlich die einer fiktiven gesetzlichen Erbfolge unterliegenden Nachlassteile von Abkömmlingen iSd § 2316 BGB und damit keine Nachlassteile, die auf andere Pflichtteilsberechtigte (bspw. den längstlebenden Ehegatten) entfallen.⁷²

Dies gilt entgegen §§ 2050, 2057a BGB unabhängig von der tatsächlichen Erbfolge und damit sogar dann, wenn kein oder nur ein Abkömmling Erbe geworden ist,⁷³ jedoch mindestens zwei Abkömmlinge existieren, die bei hypothetischer gesetzlicher Erbfolge Miterben wären und daher einer Erbausgleichungspflicht unterliegen würden.⁷⁴ Im Gegensatz zur Erbausgleichungspflicht nach § 2050 BGB bzw. zum Erbausgleichungsanspruch nach § 2057a BGB setzt die Pflichtteilsbestimmung nach § 2316 Abs. 1 BGB damit keine tatsächliche, sondern lediglich eine hypothetische gesetzliche Erbenstellung von mindestens zwei Abkömmlingen voraus und erfolgt unter Berücksichtigung einer fiktiven Erbausgleichung auch dann, wenn tatsächlich keine Erbausgleichungspflicht besteht.

Abkömmlinge sind dabei nach § 2310 Satz 1 BGB auch dann als vorhanden iSd § 2316 Abs. 1 BGB mitzuzählen, wenn sie durch letztwillige Verfügung von der Erbfolge ausgeschlossen sind, die Erbschaft ausgeschlagen haben, für erbenwürdig erklärt wurden oder aufgrund Pflichtteilsentziehung bzw. Pflichtteilsverzichtungsvertrages nicht pflichtteilsberechtigt sind.⁷⁵ Unberücksichtigt bleiben nach §§ 2310 Satz 2, 2316 Abs. 1 Satz 2 BGB lediglich durch Erbverzicht von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossene Abkömmlinge.

Der Anwendungsbereich des § 2316 BGB ist nicht nur zugunsten enterbter pflichtteilsberechtigter Abkömmlinge, sondern auch zu deren Lasten und gleichzeitig zugunsten ererbender anderer Abkömmlinge eröffnet, die sich auf eigene Ausgleichungsansprüche aus § 2057a BGB bzw. auf Ausgleichungspflichten der den Pflichtteil geltend machenden Abkömmlinge aus § 2050 BGB berufen.⁷⁶

Ausstattungen, Übermaßzuschüsse und Übermaßausbildungsaufwendungen iSd § 2050 Abs. 1 und Abs. 2 BGB müssen nach § 2316 Abs. 3 BGB bei der Pflichtteilsbestimmung iSd § 2316 Abs. 1 BGB selbst dann, wenn aufgrund rechtzeitiger abweichender Anordnung keine bzw. eine für den Zuwendungsempfänger günstigere erbrechtliche Ausgleichungspflicht iSd §§ 2050, 2052 BGB eintritt, insoweit zwingend berücksichtigt werden, als ein Pflichtteilsberechtigter hierdurch einen Nachteil erfährt. Der Pflichtteil wird insoweit auf der Basis fiktiver Erbausgleichung ermittelt. Obwohl sich der Wortlaut des § 2316 Abs. 3 BGB alleine auf § 2050 Abs. 1 BGB bezieht, gilt § 2050 Abs. 2 BGB wegen seiner bloßen Ergänzungsfunktion gleichwohl als von § 2316 Abs. 3 BGB miterfasst.⁷⁷

Dagegen sind sonstige Zuwendungen, insbesondere Schenkungen, nach § 2316 Abs. 1 BGB im Rahmen der Pflichtteilsbestimmung nur dann maßgebend, wenn zugleich aufgrund rechtzeitiger Anordnung des Erblassers eine Ausgleichungs-

⁷² MünchKomm.BGB/Lange, aaO, § 2316 BGB Rz. 1.

⁷³ Staudinger/Haas, aaO, § 2316 BGB Rz. 3.

⁷⁴ Erman/Schlüter, aaO, § 2316 BGB Rz. 2.

⁷⁵ Staudinger/Haas, aaO, § 2316 BGB Rz. 3.

⁷⁶ BGH NJW 1993, 1197; OLG Nürnberg NJW 1992, 2303; MünchKomm.BGB/Lange, aaO, § 2316 BGB Rz. 3; Staudinger/Haas, aaO, § 2316 BGB Rz. 16; aA OLG Stuttgart DNotZ 1989, 184, 185 m. abl. Anm. Cieslar, DNotZ 1989, 185, 186.

⁷⁷ Palandt/Edenhofer, aaO, § 2316 BGB Rz. 2.

⁶⁹ BGH FamRZ 2010, 33, 34; RGZ 90, 419, 422; Staudinger/Werner, aaO, § 2050 BGB Rz. 33.

⁷⁰ Mayer, ZEV 1996, 441, 445 f.

⁷¹ Mayer, ZEV 1996, 441, 442.

pflicht iSd § 2050 Abs. 3 BGB besteht. In diesen Fälle ist daher ein tatsächliches Bestehen einer Ausgleichungspflicht zwingende Voraussetzung für eine Berücksichtigung bei der Pflichtteilsbestimmung. Eine derartige rechtzeitige Anordnung besteht ausnahmsweise auch dann, wenn sie aufgrund eines bis zur Zuwendung erklärten Vorbehalts durch erst später zu treffende Verfügung von Todes wegen aufschiebend bedingt erfolgt,⁷⁸ da insoweit der Vorbehalt maßgebend ist.

Soweit anderweitige (bspw. iSv § 2050 Abs. 3 BGB nicht rechtzeitig vorbehaltene bzw. § 2057a BGB betreffende) Änderungen im Rahmen der Ausgleichung erst durch Verfügung von Todes erreicht werden, nehmen diese nicht an der pflichtteilsrechtlichen Fernwirkung iSd § 2316 Abs. 1 BGB teil.⁷⁹ Gleichmaßen bleibt insoweit bei der Pflichtteilsbestimmung iSd § 2316 Abs. 1 BGB auch ein abweichend von § 2055 Abs. 2 BGB vereinbarter, den Zuwendungswert übersteigender Ausgleichungswert unbeachtlich, damit nicht indirekt durch die Hintertür der Erbaugleichungspflicht die zwingenden Formvorschriften für Pflichtteilsverzichtsverträge nach §§ 2347, 2348 BGB umgangen werden.⁸⁰

Insoweit können Pflichtteilsrechte jeweils ausschließlich durch förmlichen Pflichtteilsverzichtsvertrag zwischen Erblasser und betroffenem Berechtigten, der dann gegenseitlich beschränkt werden sollte, reduziert werden.

Da die Erbaugleichungsanordnung für Zuwendungen iSd § 2050 Abs. 3 BGB sogar bei bloßer hypothetischer gesetzlicher Erbenstellung von mindestens zwei Abkömmlingen trotz einer tatsächlich davon abweichenden gewillkürten Erbfolge zu irreparablen Pflichtteilsverschiebungen führen kann,⁸¹ sollte die spätestens bei Zuwendung getroffene oder vorbehaltene und anschließend durch Vermächtnis ausgelöste Ausgleichungsanordnung ausdrücklich vorsehen, dass die Ausgleichung nicht bei gewillkürter, sondern ausschließlich bei gesetzlicher Erbfolge zu erfolgen hat.⁸² Für Zuwendungen iSd § 2050 Abs. 1 und 2 BGB verhindert eine entsprechende Nichtausgleichungsanordnung die Pflichtteilsfernwirkungen nach § 2316 Abs. 3 BGB jedoch nicht, soweit dies einen Pflichtteilsberechtigten benachteiligen würde. Die Ausgleichung sollte dabei im Hinblick auf die Auslegungsregel des § 2052 BGB auch ausdrücklich für den Fall ausgeschlossen bleiben, dass die gewillkürte Erbeinsetzung der gesetzlichen Erbfolge entspricht.

Formulierungsvorschlag für Zuwendungen nach § 2050 Abs. 3 BGB:

Der Zuwendungsempfänger ... (Name) hat den Zuwendungswert iSd § 2055 Abs. 2 BGB, der klarstellend mit ... Euro (Geldbetrag) vorbehaltlich eines zusätzlich zu berücksichtigenden Kaufkraftschwunds zwischen Zuwendung und Erbfall festgestellt wird, bei einer Erbaueinandersetzung iSd §§ 2050 ff. BGB ausschließlich bei Eintritt gesetzlicher Erbfolge zur Ausgleichung zu bringen. Bei Eintritt gewillkürter Erbfolge erfolgt eine Ausgleichung selbst dann nicht, wenn sie der gesetzlichen Erbfolge entspricht.

⁷⁸ Staudinger/Haas, aaO, § 2316 BGB Rz. 11; Mayer, ZEV 1996, 441, 443 ff.

⁷⁹ Nieder/Kössinger, aaO, § 2 Rz. 279.

⁸⁰ Staudinger/Haas, aaO, § 2316 BGB Rz. 26; Langenfeld/Günther, Grundstückszuwendungen zur lebzeitigen Vermögensnachfolge, 6. Aufl. 2010, Kap. 4 Rz. 139; Thubauville, MittRhNotK 1992, 289, 305.

⁸¹ Vgl. dazu 4.

⁸² Beck'sches Notarhandbuch/Jerschke, aaO, A V Rz. 90.

Aufgrund der Fernwirkungen der Erbaugleichungspflicht iSd §§ 2055, 2057a BGB beträgt der Pflichtteil des Zuwendungsempfängers nach § 2316 Abs. 1 BGB die Hälfte des zwischen den Abkömmlingen errechneten Erbanspruchs.

Im o.g. Fallbeispiel (mit den diesbezüglichen Vorschriften hinsichtlich der Ausgleichung nach § 2055 BGB)⁸³ hat A daher einen Pflichtteil von 85.000,00 € (1/2 von 170.000,00 €) und C einen Pflichtteil von 115.000,00 € (1/2 von 230.000,00 €). In der Abwandlung (mit den diesbezüglichen Vorschriften hinsichtlich der Ausgleichung nach § 2057a BGB)⁸⁴ hat A einen Pflichtteil von 80.000,00 € (1/2 von 160.000,00 €) und C einen Pflichtteil von 120.000,00 € (1/2 von 240.000,00 €). B steht jeweils kein Pflichtteil zu, da er bereits wegen hoher Vorabzuwendungen nach § 2056 BGB aus der Ausgleichung ausgeschlossen ist. Der Pflichtteil der F wird von der ausschließlich auf die Abkömmlinge beschränkten Erbaugleichung jeweils nicht berührt.

5. Pflichtteilsanrechnung

a) Wesen der Pflichtteilsanrechnung

Die Bestimmung einer Anrechnungspflicht auf den Pflichtteil führt zu einer Entlastung des Erben ausschließlich durch Reduzierung des Pflichtteilsrechts des betroffenen Zuwendungsempfängers. Hierdurch wird im Gegensatz zu den pflichtteilsrechtlichen Fernwirkungen aufgrund einer Ausgleichungspflicht nach § 2316 Abs. 1 BGB das Pflichtteilsrecht anderer Pflichtteilsberechtigter nicht berührt, insbesondere dasjenige von pflichtteilsberechtigten Erben nicht erhöht. Die Anrechnungspflicht hat zudem Auswirkungen auf eventuelle Pflichtteilsergänzungs- bzw. Zusatzpflichtteilsansprüche des Bestimmungsempfängers aus § 2325 BGB bzw. § 2305 BGB.⁸⁵

b) Anrechnungsbestimmung

Anders als bei einer Erbaugleichung kann der Erblasser die Anrechnung auf den Pflichtteil gemäß § 2315 Abs. 1 BGB nicht nur zu Lasten von Abkömmlingen, sondern auch des Ehegatten und von Eltern, mithin zu Lasten aller pflichtteilsberechtigter Personen bestimmen.

Die Bestimmung der Pflichtteilsanrechnung ist einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des Erblassers. Sie muss vor oder spätestens bei Zuwendung erfolgen und kann aufschiebend – etwa durch rechtzeitig erklärten Vorbehalt für eine erst später durch Verfügung von Todes wegen erfolgende vermächtnisweise Anordnung – oder auflösend bedingt gestaltet sein.⁸⁶ Aus dem Umkehrschluss zu § 2347 Abs. 2 Satz 1 BGB ergibt sich weiter, dass Bestimmungen zur Pflichtteilsanrechnung im Gegensatz zu den Erklärungen des Erblassers in einem Erbverzichts- bzw. Pflichtteilsverzichtsvertrag nicht höchstpersönlich abgegeben werden müssen, sondern auch mittels eines Vertreters getroffen werden können. Sie sind zudem aus gleichen Gründen formfrei wirksam, im Gegensatz zu einer Ausgleichungsanordnung iSd

⁸³ Vgl. dazu oben 1.

⁸⁴ Vgl. dazu oben 3 d) bb).

⁸⁵ Palandt/Edenhofer, aaO, § 2315 BGB Rz. 5.

⁸⁶ Nieder/Kössinger, aaO, § 2 Rz. 295 und 302.

§ 2050 Abs. 3 BGB⁸⁷ wegen des den Anrechnungspflichtigen nach § 2315 Abs. 2 Satz 2 BGB belastenden Risikos ggf. erheblicher Wertminderungen am Zuwendungsgegenstand zwischen Zuwendung und Erbfall nicht lediglich rechtlich vorteilhaft⁸⁸ und können daher weder durch ein minderjähriges Kind persönlich noch durch die nach § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB von der Vertretung für ein geschäftsunfähiges Kind ausgeschlossenen Eltern, sondern lediglich durch einen Ergänzungspfleger, der wiederum analog §§ 1822 Nr. 2, 2347 Abs. 1 BGB einer familiengerichtlichen Genehmigung bedarf,⁸⁹ wirksam entgegenkommen werden. Das Familiengericht prüft dabei unter Gesamtabwägung aller Umstände ohne isolierte Einzeluntersuchung der Anrechnungsbestimmung, ob das Gesamtgeschäft im Ganzen für das Mündel vorteilhaft ist.⁹⁰ Gleichwohl sollte die Anrechnungsklausel in derartigen Fällen sicherheitshalber vorsehen, dass die Höhe des Anrechnungsbetrages auf den Wert des Zuwendungsobjektes im Zeitpunkt des Todes des Übergebers begrenzt⁹¹ und die Anrechnungspflicht im Falle eines Rückübertragungs vorbehaltenes durch eine seitens des Zuwendenden veranlasste Rückübertragung auflösend bedingt ist.

Für die Anordnung der Anrechnungsbestimmung ist der Erbe beweispflichtig,⁹² ohne dass selbst bei hohem Zuwendungswert ein Anscheinsbeweis für eine stillschweigende Anrechnungsbestimmung spricht.⁹³ Die alleinige Formulierung „in Anrechnung auf den Erbteil“ ist ohne weitere Anhaltspunkte nicht ausreichend.⁹⁴

Aus Beweisgründen empfiehlt sich jedoch, soweit der Zuwendungsvertrag nicht ohnehin notariell beurkundet wird, zumindest eine schriftliche Abfassung. In jedem Fall sollte ausdrücklich – positiv wie negativ – geregelt werden, ob der Zuwendungswert auf Pflichtteilsansprüche anzurechnen ist oder nicht. Zur Vermeidung unbeabsichtigter Ergebnisse sollte insbesondere eine Reduzierung auf auslegungsbedürftige Umschreibungen wie bspw. „die Zuwendung erfolgt in vorweggenommener Erbfolge“ vermieden werden.

Formulierungsvorschlag:

Der Zuwendungsempfänger ... (Name) hat sich den Zuwendungswert iSd § 2315 Abs. 2 Satz 2 BGB, der klarstellend mit ... Euro (Geldbetrag) vorbehaltlich eines zusätzlich zu berücksichtigenden Kaufkraftschwunds zwischen Zuwendung und Erbfall festgestellt wird, auf den Tod des Zuwendenden, ... (Name), auf Pflichtteilsansprüche anrechnen zu lassen. Der Notar hat insbesondere über das Wesen der Pflichtteilsanrechnung und darüber belehrt, dass nach § 2316 Abs. 4 BGB bei rechtzeitiger zusätzlich angeordneter bzw. kraft Gesetzes ausgelöster Erbausgleichung eine Reduzierung der Pflichtteilsverkürzung eintreten kann.

⁸⁷ Vgl. dazu 3 b) bb).

⁸⁸ MünchKomm.BGB/Lange, aaO, § 2315 BGB Rz. 16; Staudinger/Haas, aaO, § 2315 BGB Rz. 26 und 32; Keim, MittBayNot 2008, 8, 12; insoweit offen gelassen OLG München DNotZ 2008, 199 ff.; aA OLG Dresden MittBayNot 1996, 288, 291 ohne Erörterung des ggf. erheblichen Wertverlustrisikos.

⁸⁹ MünchKomm.BGB/Lange, aaO, § 2315 BGB Rz. 16; Staudinger/Haas, aaO, § 2315 BGB Rz. 26 und 32; Bamberger/Roth/Mayer, 2. Aufl. 2008, § 2315 BGB Rz. 8.

⁹⁰ OLG München DNotZ 2008, 199 ff.

⁹¹ Fembacher/Franzmann, MittBayNot 2002, 78, 85.

⁹² OLG Schleswig ZEV 2008, 386.

⁹³ OLG Köln NJW-RR 2008, 240; Palandt/Edenhofer, aaO, § 2315 BGB Rz. 3.

⁹⁴ OLG Schleswig ZEV 2008, 386.

Zusatz bei minderjährigen oder geschäftsunfähigen Zuwendungsempfängern:

Die Anrechnungspflicht besteht jedoch höchstens in Höhe des Wertes zum Zeitpunkt des Todes des Zuwendenden und ist durch eine seitens des Zuwendenden veranlasste Rückübertragung des Zuwendungsobjektes auflösend bedingt.

Durch die zum 1.1.2010 in Kraft getretene Erbrechtsreform hat sich an den vorstehenden Regelungen entgegen zunächst anderen Zielvorgaben nichts geändert. Der ursprüngliche Reformvorschlag, § 2315 Abs. 1 BGB durch neue Sätze 2 und 3 dahingehend zu erweitern, dass der Erblasser die Anrechnung von Zuwendungen auf den Pflichtteil nachträglich durch Verfügung von Todes wegen anordnen kann,⁹⁵ wurde unter Hinweis auf den Vertrauensschutz des Zuwendungsempfängers letztlich nicht übernommen.⁹⁶ Gleiches gilt für den ursprünglichen Vorschlag, durch Neufassung von § 2278 Abs. 2 BGB Anordnungen nach § 2315 BGB als vertragsmäßig bindende Verfügungen eines Erbvertrages zuzulassen.⁹⁷

Bei Wegfall eines anrechnungspflichtigen Abkömmlings vor oder nach dem Erbfall, etwa durch Verlust des gesetzlichen Erb- oder Pflichtteilsrechts, erfasst die Anrechnungspflicht nach § 2315 Abs. 3 iVm § 2051 Abs. 1 BGB die an dessen Stelle tretenden Abkömmlinge des zuwendenden Erblassers, die nicht zwingend auch Abkömmlinge des weggefallenen anrechnungspflichtigen Abkömmlings sein müssen. Nachrückende Abkömmlinge des Erblassers können bspw. die Kinder des Zuwendungsempfängers bzw. bei Kinderlosigkeit dessen Geschwister sein, wobei letztere nur bei durch Erbverzicht iSd § 2310 Satz 2 BGB bedingtem Wegfall des Zuwendungsempfängers an dessen Stelle treten können.⁹⁸

Dies gilt jedoch nur, soweit die nachrückenden Abkömmlinge des Erblassers nicht beweisen, dass die Anrechnung ausschließlich den Zuwendungsempfänger belasten sollte.⁹⁹ Zur Vermeidung unbeabsichtigter Auslegungsergebnisse sollte in der Anrechnungsbestimmung eine entsprechende ausdrückliche Klarstellung erfolgen. Da § 2315 Abs. 3 BGB nur auf Abs. 1, nicht jedoch auf Abs. 2 des § 2051 BGB verweist, erfasst die Anrechnungspflicht keine anderen pflichtteilsberechtigten Ersatzerben als Abkömmlinge, mithin weder die Ehefrau noch die Eltern des Erblassers, hinsichtlich derer jedoch § 2309 BGB zu beachten ist.¹⁰⁰

c) Nachträgliche Aufhebung

Der Erblasser kann eine bereits spätestens bei Zuwendung und damit rechtzeitig bestimmte Anrechnungspflicht nachträglich wieder aufheben. Der nachträgliche Widerruf der Anrechnungsbestimmung ist formfrei möglich, da Pflichtteilsansprüche Dritter anders als über die pflichtteilsrechtlichen Fernwirkungen von Erbausgleichungspflichten nach § 2316 Abs. 1 BGB nicht betroffen sind.¹⁰¹

⁹⁵ Dazu Schaal/Grigas, BWNotZ 2008, 2, 9 ff.

⁹⁶ Kritisch dazu Odersky, notar 2009, 362 f.

⁹⁷ BT-Drucks. 16/13543, S. 6.

⁹⁸ Vgl. dazu MünchKomm.BGB/Lange, aaO, § 2315 BGB Rz. 26.

⁹⁹ Erman/Schlüter, aaO, § 2315 BGB Rz. 6.

¹⁰⁰ MünchKomm.BGB/Lange, aaO, § 2315 BGB Rz. 27.

¹⁰¹ Staudinger/Haas, aaO, § 2315 BGB Rz. 33; Nieder/Kössinger, aaO, § 2 Rz. 295; Mayer, ZEV 1996, 441, 446; aA Lange/Kuchinke, 5. Aufl. 2001, § 37 V 9a Fn 332; Verfügung von Todes wegen sei zwingend.

Da aus Beweisgründen ohnehin dringend eine zumindest schriftliche Fixierung und mangels diesbezüglicher höchstichterlicher Rechtsprechung der sicherste Weg zu empfehlen ist, sollte eine nachträgliche Aufhebung der Anrechnungspflicht gleichwohl vermächtnisweise durch Verfügung von Todes wegen erfolgen.

Formulierungsvorschlag

(Verfügung von Todes wegen - Auszug):

Durch Urkunde des Notars ... (Name) in ... (Ort), vom ... (Datum), UR ... (Urkundenrollennummer), über Zuwendungsvertrag habe ich an ... (Vor- und Nachname) meine Eigentumswohnung in ... (genauer Grundbuchbeschreibung) ohne Gegenleistung übertragen und zugleich angeordnet, dass dieser sich den Wert der Zuwendung auf Pflichtteilsansprüche anrechnen zu lassen hat. Diese Anrechnungspflicht hebe ich hiermit vermächtnisweise / vorausvermächtnisweise auf.

d) Nachträgliche Bestimmung

Der Erblasser kann eine erst nach der Zuwendung getroffene Anrechnungspflicht iSd § 2315 BGB grundsätzlich nicht alleine bestimmen. Ausnahmsweise ist dies jedoch durch Verfügung von Todes wegen möglich, wenn der Erblasser sich dies spätestens bei Zuwendung vorbehalten hat, da insoweit keine nachträgliche, sondern eine um die letztwillige Anordnung aufschiebend bedingte rechtzeitige Bestimmung zugrunde liegt¹⁰², oder die Voraussetzungen einer Pflichtteilsentziehung nach den §§ 2333 ff. BGB gegeben sind¹⁰³.

Ansonsten können Pflichtteilsrechte des Zuwendungsempfängers zu Lebzeiten des Erblassers ausschließlich durch einen dann gegenständlich beschränkten notariell zu beurkundenden förmlichen Pflichtteilsverzichtvertrag zwischen Erblasser und betroffenem Berechtigten reduziert werden. Ist der Erblasser nicht mehr geschäftsfähig, kommen ggf. ein notariell zu beurkundender, jedoch rein schuldrechtlich wirkender Erbschaftsvertrag iSd § 312 Abs. 2 BGB zwischen den künftigen gesetzlichen Erben über die Anrechnungspflicht und möglicherweise ein Erlassvertrag iSd § 397 BGB in Betracht.¹⁰⁴

e) Berechnung der Anrechnung

Die Anrechnung von Zuwendungen auf den Pflichtteil erfolgt in drei Schritten. Dabei wird die Berechnung bei Vorhandensein mehrerer anrechnungspflichtiger Zuwendungsempfänger für jeden von ihnen gesondert durchgeführt.¹⁰⁵ Zunächst ist nach § 2315 Abs. 2 Satz 1 BGB der Wert der Zuwendung des betroffenen Pflichtteilsberechtigten nur für ihn dem Gesamtnachlasswert hinzuzurechnen. Anschließend wird durch Multiplizierung dieses fiktiven Gesamtwertes mit der konkreten Pflichtteilsquote des betroffenen Zuwendungsempfängers dessen rechnerischer Pflichtteil bestimmt. In einem letzten Schritt ist nach § 2315 Abs. 1 BGB von dem rechnerisch ermittelten Pflichtteil der Wert der Zuwendung abzuziehen.

Soweit der Erblasser diesbezüglich nichts anderes anordnet, bestimmt sich der Wert der anrechnungspflichtigen Zuwendung gemäß § 2315 Abs. 2 Satz 2 BGB nach den Verhältnissen zum Zeitpunkt der Zuwendung – bei Auseinanderfallen von schuldrechtlichem Verpflichtungs- und dinglichem Vollzugsgeschäft bei Vollzug – unter zusätzlicher Berücksichtigung des Kaufkraftschwundes zwischen Zuwendung und Erbfall gemäß Lebenshaltungskostenindex.¹⁰⁶ Der Erblasser darf statt dessen einen niedrigeren Wert für maßgebend erklären, zumal er die Bestimmung der Anrechnungspflicht ohnehin gänzlich unterlassen kann. Der Erblasser kann jedoch bei der Pflichtteilsanrechnung im Gegensatz zu Anordnungen im Rahmen der Erbausgleichung (dort allerdings wiederum insoweit ohne pflichtteilsrechtliche Fernwirkungen¹⁰⁷) nicht durch einseitige Bestimmung, sondern nur durch notariellen Pflichtteilsverzichtvertrag gemeinsam mit dem Zuwendungsempfänger einen höheren als den von § 2315 Abs. 2 Satz 2 BGB vorgesehenen Wert festsetzen, da andernfalls die zwingenden Formerfordernisse aus §§ 2347, 2348 BGB unterlaufen würden.¹⁰⁸ Gleichermaßen muss eine Anordnung unzulässig sein, die den Anrechnungswert nach dem Zeitpunkt des Erbfalls auch dann vorsieht, wenn dadurch eine Werterhöhung eintritt.¹⁰⁹

Das o.g. Fallbeispiel¹¹⁰ wird dahingehend abgewandelt, dass nunmehr bei jedem Zuwendungsempfänger anstelle der Ausgleichsordnung die Anrechnung auf den Pflichtteil einzeln bestimmt wird. Danach hat A nur noch einen Pflichtteil iHv 11.666,67 € (seine Vorabzuwendung von 60.000,00 € wird dem Nettonachlass von 800.000,00 € hinzugefügt, die sich daraus ergebenden 860.000,00 € werden mit der Pflichtteilsquote von 1/12 multipliziert, von den daraus resultierenden 71.666,67 € wird der Zuwendungswert von 60.000,00 € abgezogen). B hat nachwievor keinen Pflichtteil (seine Vorabzuwendung von 300.000,00 € wird dem Nettonachlass von 800.000,00 € hinzugefügt, die sich daraus ergebenden 1.100.000,00 € werden mit der Pflichtteilsquote von 1/12 multipliziert, von den daraus resultierenden 91.666,67 € wird der Zuwendungswert von 300.000,00 € abgezogen). Der Pflichtteil des C beträgt 66.666,67 € (1/12 von 800.000,00 €). F hat einen Pflichtteil von 200.000,00 € (1/4 von 800.000,00 €).

f) Anrechnungsbestimmung gegenüber dem Ehegatten

Der Erblasser kann eine Anrechnungsbestimmung anlässlich einer entsprechenden Zuwendung auch gegenüber seinem Ehegatten treffen. Insoweit gelten zunächst die allgemeinen Grundsätze. Besonderheiten bestehen jedoch bei gesetzlichem Güterstand der Zugewinnngemeinschaft im Hinblick auf das Verhältnis der beiden Anrechnungspflichten des Ehegatten auf Zugewinnausgleichansprüche aus § 1380 BGB einerseits und Pflichtteilsansprüche aus § 2315 BGB andererseits.

¹⁰⁶ BGH NJW 1975, 1831, 1832; Palandt/Edenhofer, aaO, § 2315 BGB Rz. 8; MünchKomm.BGB/Lange, aaO, § 2315 BGB Rz. 23; Staudinger/Haas, aaO, § 2315 BGB Rz. 49.

¹⁰⁷ Vgl. dazu 4.

¹⁰⁸ Staudinger/Haas, aaO, § 2315 BGB Rz. 43; Keim, MittBayNot 2008, 8, 10 f.; Nieder/Kössinger, aaO, § 2 Rz. 301; aA Ebenroth/Bacher/Lorz, JZ 1991, 277, 281 f.: auch insoweit einseitiges Bestimmungsrecht des Erblassers mangels Schutzbedürftigkeit des Zuwendungsempfängers.

¹⁰⁹ Keim, MittBayNot 2008, 8, 10 f.; Langenfeld/Günther, aaO, Kap. 4 Rz. 139; aA OLG Nürnberg ZEV 2006, 361 mit ablehnender Anmerkung von Keim, ZEV 2006, 363.

¹¹⁰ Vgl. dazu oben 1.

¹⁰² Mayer, ZEV 1996, 441, 447; Staudinger/Haas, aaO, § 2315 BGB Rz. 20; Nieder/Kössinger, aaO, § 2 Rz. 295.

¹⁰³ Erman/Schlüter, aaO, § 2315 BGB Rz. 4.

¹⁰⁴ Mayer, ZEV 1996, 441, 446 f.

¹⁰⁵ Erman/Schlüter, aaO, § 2315 BGB Rz. 5.

Soweit der Erblasser bei Zuwendung bestimmt, dass eine Anrechnung sowohl auf Zugewinnausgleichsforderungen nach § 1380 BGB als auch auf Pflichtteilsansprüche nach § 2315 BGB zu erfolgen hat, sollte ausdrücklich die Reihenfolge und damit der Vorrang der Anrechnung des insgesamt nur einmal zur Verfügung stehenden Zuwendungswertes vorgegeben werden. Unterbleibt eine Vorrangbestimmung, dürfte im Zweifel aus dem Rechtsgedanken des § 366 Abs. 2 BGB ein Vorrang der Pflichtteilsanrechnung als wegen höherer Insolvenzrisiken und Erbschaftsteuerpflichtigkeit des Pflichtteilsanspruchs für den Zuwendungsempfänger günstigere Variante bestehen.¹¹¹

6. Kumulation von Erbausgleichung und Pflichtteilsanrechnung

a) Durchführung der Kumulation

Erbausgleichungspflichten nach den §§ 2050 ff. BGB und Pflichtteilsanrechnungen nach § 2315 BGB können für dieselbe Zuwendung gegenüber demselben Zuwendungsempfänger gemeinsam vorgesehen werden, wenn alle Voraussetzungen für beide Gestaltungsmittel vorliegen.

Nach § 2316 Abs. 4 BGB ist jedoch hinsichtlich der Pflichtteilsbestimmung die Besonderheit zu beachten, dass von dem rechnerischen Ausgleichspflichtteil, der vorab unter Berücksichtigung der Erbausgleichung nach § 2316 Abs. 1 BGB zu ermitteln ist, gemäß § 2316 Abs. 4 BGB lediglich die Hälfte des Zuwendungswertes abgezogen werden darf. Dies folgt daraus, dass die andere Hälfte des Zuwendungswertes bereits vorab bei Ermittlung des Erbausgleichungsbetrages im Rahmen der Bestimmung des rechnerischen Ausgleichungspflichtteils nach § 2316 Abs. 1 BGB berücksichtigt wurde.¹¹²

Obschon die Zurechnung des Vorempfangs im Rahmen der pflichtteilsrechtlichen Fernwirkungen nach §§ 2316 Abs. 1, 2055 Abs. 1 Satz 2 BGB im Gegensatz zur Pflichtteilsanrechnung nach § 2315 Abs. 1 BGB auf denjenigen Nachlassanteil beschränkt ist, der ausschließlich Abkömmlingen iSd § 2316 Abs. 1 BGB zusteht, gilt die Reduzierung nach § 2316 Abs. 4 BGB auch bei Vorhandensein des pflichtteilsberechtigten längstlebenden Ehegatten des Erblassers.¹¹³

Das o.g. Fallbeispiel¹¹⁴ wird dahingehend abgewandelt, dass nunmehr bei jedem Zuwendungsempfänger der Zuwendungswert nicht nur zur Ausgleichung zu bringen, sondern zusätzlich auf den jeweiligen Pflichtteil anzurechnen ist. Der Pflichtteil des A beträgt jetzt 55.000,00 € (von dem nach § 2316 Abs. 1 BGB ermittelten Pflichtteil iHv 85.000,00 € wird der halbe Zuwendungswert iHv 30.000,00 € abgezogen), B hat keinen Pflichtteil, da er wegen eines zu hohen Zuwendungswertes nach § 2056 BGB bereits aufgrund der Erbausgleichung nichts mehr erhält, der Pflichtteil des C beträgt 115.000,00 € (von dem rechnerischen Pflichtteil nach § 2316 Abs. 1 BGB iHv 115.000,00 € ist mangels Vorempfangs nichts abzuziehen). Da der Pflichtteil der F nicht der Erbausgleichung unterliegt und damit nicht von § 2316 Abs. 1 BGB

erfasst wird, beträgt er nach § 2315 BGB unverändert 200.000,00 €.

b) Gesamtvergleich der Pflichtteilshöhe zwischen § 2315 Abs. 1, § 2316 Abs. 4 und § 2316 Abs. 1 BGB

Aus einem Gesamtvergleich der jeweiligen Anrechnungs- bzw. Ausgleichungsanordnungen ergibt sich, dass der Pflichtteilsanspruch des Zuwendungsempfängers insbesondere bei Vorhandensein des pflichtteilsberechtigten längstlebenden Ehegatten neben den Abkömmlingen regelmäßig durch ausschließliche Pflichtteilsanrechnung iSd § 2315 Abs. 1 BGB am stärksten reduziert wird (laut Fallbeispiel für A auf 11.666,67 €), bei Kumulation von Pflichtteilsanrechnung und Erbausgleichung iSd § 2316 Abs. 4 BGB deutlich höher ist (laut Fallbeispiel für A 55.000,00 €) und bei bloßer Erbausgleichungsanordnung mit pflichtteilsrechtlichen Fernwirkungen iSd § 2316 Abs. 1 BGB den höchsten Wert erreicht (laut Fallbeispiel für A 85.000,00 €). Sind ausschließlich Abkömmlinge vorhanden, liegt der aus dem Restnachlass berechnete Pflichtteil des Zuwendungsempfängers unter dem Zuwendungswert und hat kein weiterer Abkömmling Zuwendungen erhalten, dürften sich die Resultate der verschiedenen Varianten je nach Nachlass- und Zuwendungswert tendenziell untereinander annähern.¹¹⁵ Es ist jedoch unausweichlich, in jedem Einzelfall vorab eine gesonderte Berechnung durchzuführen und dabei neben der Pflichtteilshöhe auch andere Gesichtspunkte, insbesondere die Problematik der Bindung an Ausgleichungsanordnungen zu berücksichtigen.

Insgesamt sollte daher bei Zuwendungen iSd § 2050 Abs. 3 BGB neben der Pflichtteilsanrechnungsbestimmung eine Erbausgleichung entweder lediglich durch eine (ggf. vorbehaltene) vorausvermächnisweise Anordnung durch Verfügung von Todes wegen¹¹⁶ oder zwar sofort, jedoch unter der Bedingung angeordnet werden, dass sich hierdurch der Pflichtteil des Zuwendungsempfängers im Gegensatz zur ausschließlichen Pflichtteilerhöhung nicht erhöht¹¹⁷. Für kraft Gesetzes ausgleichungspflichtige Zuwendungen iSd § 2050 Abs. 1 und 2 BGB scheidet eine Nichtausgleichungsanordnung an § 2316 Abs. 3 BGB. Es empfiehlt sich daher eine Klarstellung, welche Zuwendungsart zugrunde liegt.

Formulierungsvorschlag:

Der Zuwendungsempfänger ... (Name) hat sich den Zuwendungswert iSd § 2315 Abs. 2 Satz 2 BGB, der klarstellend mit ... Euro (Geldbetrag) vorbehaltlich eines zusätzlich zu berücksichtigenden Kaufkraftschwunds zwischen Zuwendung und Erbfall festgestellt wird, beim Tod des Zuwendenden, ... (Name), auf Pflichtteilsansprüche anrechnen zu lassen. Zugleich hat der Zuwendungsempfänger ... (Name) den Zuwendungswert iSd § 2055 Abs. 2 BGB, der klarstellend mit ... Euro (Geldbetrag) vorbehaltlich eines zusätzlich zu berücksichtigenden Kaufkraftschwunds zwischen Zuwendung und Erbfall festgestellt wird, bei einer Erbaueinandersetzung im Sinne der §§ 2050 ff. BGB beim Tod des Zuwendenden, ... (Name), unter der Bedingung zur Ausgleichung zu bringen, dass sich dadurch sein Pflichtteil im Verhältnis zu einer ausschließlichen Pflichtteilsanrechnung iSd § 2315 BGB nicht

¹¹¹ Dazu und zur jeweiligen Berechnung Erman/Schlüter, aaO, § 2315 BGB Rz. 8.

¹¹² Erman/Schlüter, aaO, § 2316 BGB Rz. 8.

¹¹³ MünchKomm.BGB/Lange, aaO, § 2316 BGB Rz. 34; Staudinger/Haas, aaO, § 2316 BGB Rz. 51.

¹¹⁴ Vgl. dazu oben 1.

¹¹⁵ Wegmann, aaO, Rz. 568.

¹¹⁶ Nieder/Kössinger, aaO, § 2 Rz. 260.

¹¹⁷ Beck'sches Notarhandbuch/Jerschke, aaO, A V Rz. 93.

erhöht. Es wird klarstellend festgestellt, dass eine Zuwendung iSd § 2050 Abs. 3 BGB zugrunde liegt.

Soweit bei Zuwendung eine vorausvermächnisweise Anordnung vorbehalten wird, ist zu bedenken, dass ein Vorbehalt als durch späteres Vermächtnis aufschiebend bedingte Anordnung gilt, die mit Bedingungseintritt wiederum ungewollte Pflichtteilsverschiebungen iSd § 2316 Abs. 1 BGB bspw. zum Nachteil des längstlebenden alleinerbenden Ehegatten durch Erhöhung der Pflichtteile der übrigen Abkömmlinge auslösen kann, die anders als die durch die Verschiebung ohnehin reduzierten Pflichtteilsrechte des Zuwendungsempfängers noch nicht durch Pflichtteilsanrechnung neutralisiert sind. Dem lässt sich dadurch vorbeugen, dass der Vorbehalt für gewillkürte Erbfolge oder dann ausgeschlossen wird, wenn der Erblasser in der Verfügung von Todes wegen von dem Vorbehalt ausdrücklich keinen Gebrauch macht, sondern die anderen Abkömmlinge vorausvermächnisweise lediglich so stellt, als wäre eine Ausgleichung angeordnet.

7. Besonderheiten hinsichtlich des Ehegatten des Zuwendenden

a) Erbausgleichung

Ist der Übergeber bei Zuwendung an einen gemeinschaftlichen Abkömmling verheiratet und haben sich die Ehegatten durch Verfügung von Todes wegen gegenseitig zu Alleinerben sowie die gemeinsamen Abkömmlinge nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge erster Ordnung zu Schlusserben eingesetzt (Einheitslösung iSd § 2269 BGB), stellt sich die Frage, ob eine Erbausgleichungspflicht des Zuwendungsempfängers für den Fall, dass der Übergeber erstversterbender Elternteil ist, auf den Tod des nichtzuwendenden Elternteils angeordnet werden kann, da die Kinder erst dann eine Erbengemeinschaft bilden, in der ein eventueller Ausgleich praktisch relevant wird. Eine entsprechende Problematik entsteht für den Fall, dass beide Ehegatten jeweils ihren hälftigen Anteil übertragen, auf den Tod des Längstlebenden jedoch den vollständigen Wert, somit auch den hälftigen Anteil des Erstversterbenden ausgeglichen wissen möchten.

Zwar wird vertreten, dass in derartigen Fällen auch der zuerst versterbende Ehegatte beim Tod des längstlebenden Ehegatten insoweit als Erblasser iSd §§ 2050, 2052 BGB gilt und daher seine Zuwendungen gleichwohl auf den Tod des anderen längstlebenden Ehegatten (im Fall des § 2050 Abs. 3 BGB bei rechtzeitiger Anordnung) auszugleichen sind.¹¹⁸ Gegen diese Sichtweise sprechen jedoch der auf den konkreten Erblasser abstellende Wortlaut der §§ 2050, 2052 BGB, die trotz Einheitslösung iSd § 2269 BGB bestehende systematische Selbständigkeit der jeweiligen Erbfolge nach jedem Ehegatten und die Wertungswidersprüche zur untreitigen Nichtanwendbarkeit dieses weiten Erblasserbegriffs auf § 2316 BGB, der § 2050 BGB gerade voraussetzt.¹¹⁹ Der BGH hat bislang ausdrücklich offen gelassen, welcher Ansicht insoweit zu folgen ist, eine Anwendung dieses weiten Erblasserbegriffs auf pflichtteilsrechtliche Vorschriften, insbesondere die §§ 2315, 2316, 2325 und 2327 BGB unter ausdrücklicher Ablehnung der o.g. Entscheidung des KG jedoch auch für

den Fall ausgeschlossen, dass eine Ausgleichungsanordnung auf den Tod des nichtzuwendenden Ehegatten möglich wäre.¹²⁰ Da danach eine pflichtteilsrechtliche Fernwirkung iSd § 2316 BGB selbst dann ausscheidet, wenn eine derartige Ausgleichungsanordnung zulässig sein sollte, reduziert sich die Diskussion auf die Frage, in welcher Form die Ausgleichungspflicht auf den Tod des nichtzuwendenden Ehegatten angeordnet werden muss. Bis zu einer diesbezüglichen höchstrichterlichen Klärung ist für die Regelungen nach §§ 2050, 2052 BGB die sicherste Gestaltung zu wählen und daher von einem engen Erblasserbegriff auszugehen, der eine Ausgleichung auf den Tod des nichtzuwendenden Ehegatten nicht erfasst.

Es sollte stattdessen eine Gestaltung bevorzugt werden, die selbst unter Geltung des engen Erblasserbegriffs bei Erstversterben des Zuwendenden faktisch auf den Tod des nichtzuwendenden Ehegatten eine Ausgleichung ermöglicht. Dies sollte durch beide Ehegatten jeweils vorausvermächnisweise durch Verfügung von Todes wegen beschränkt auf den Tod des Längstlebenden von ihnen, hilfsweise auf ihren zeitgleichen Tod geschehen.

Soweit alternativ ein Vertrag zugunsten Dritter nach § 328 BGB zwischen dem Zuwendungsempfänger und dem nichtzuwendenden Ehegatten zugunsten der übrigen Schlusserben vorgeschlagen wird,¹²¹ dürfte dem entgegenstehen, dass verbindliche Anordnungen für eine Erbaueinandersetzung nicht durch Rechtsgeschäft unter Lebenden getroffen werden können.¹²² Wer gleichwohl eine derartige Gestaltung riskiert, sollte den beiden Parteien ein freies Aufhebungsrecht gegenüber den übrigen Schlusserben vorbehalten.

b) Pflichtteilsanrechnung

Die Bestimmung einer Pflichtteilsanrechnung nach § 2315 BGB durch den zuwendenden (anschließend erstversterbenden) Ehegatten vermag selbst bei einer Einheitslösung iSd § 2269 BGB die Pflichtteilsansprüche des betroffenen gemeinschaftlichen Abkömmlings als Zuwendungsempfänger und Schlusserben auf den Tod des nichtzuwendenden längstlebenden Ehegatten aufgrund des eindeutigen Wortlauts des § 2315 BGB und zur Vermeidung einer Doppelanrechnung in zwei getrennten Erbfällen unstreitig nicht zu reduzieren.¹²³

Bei Zuwendung müsste daher der zuwendende Ehegatte eine Pflichtteilsanrechnungsbestimmung auf seinen Tod treffen und der nichtzuwendende Ehegatte als Erblasser höchstpersönlich gemeinsam mit dem Zuwendungsempfänger einen gegenständlich beschränkten notariellen Pflichtteilsverzichtsvertrag beurkunden lassen. Hierdurch wäre der Pflichtteil des Zuwendungsempfängers unabhängig davon, welcher Ehegatte zuerst verstirbt, sowohl zugunsten des längstlebenden alleinerbenden Ehegatten als auch zugunsten der übrigen Schlusserben um den Zuwendungswert reduziert. Zum Schutz des verzichtenden Zuwendungsempfängers könnte der gegenständlich beschränkte Pflichtteilsverzichtsvertrag dadurch auflösend bedingt werden, dass andere Personen als der jeweils andere Elternteil bzw. als

¹²⁰ BGH NJW 1983, 2875, 2876 f.

¹²¹ Thubauville, MittRhNotK 1992, 289, 295; DNotI-Gutachten, DNotI-Report 2000, 82, 83.

¹²² Vgl. BGH FamRZ 2010, 33, 34 mit krit. Anm. v. Leipold.

¹²³ BGH NJW 1983, 2875 ff.; Staudinger/Haas, aaO, § 2315 BGB Rz. 10; Keim, MittBayNot 2008, 8, 9.

¹¹⁸ RG WarnRspr. 1938 Nr. 22; KG OLGZ 1974, 257, 259 ff. zur Parallelproblematik bei § 2327 BGB; Staudinger/Werner, aaO, § 2052 BGB Rz. 6.

¹¹⁹ DNotI-Gutachten, DNotI-Report 2000, 82, 83; Thubauville, MittRhNotK 1992, 289, 295; Mohr, ZEV 1999, 257, 258.

andere Abkömmlinge bedacht werden.

Ergänzend ist zu erwägen, dass der nichtzuwendende Ehegatte hinsichtlich der Zuwendung seines Ehegatten auf Pflichtteilsergänzung verzichtet, damit derartige Ansprüche nach dem Tod des zuwendenden Ehegatten als Erstverstorbendem nicht zunächst in der Person des nichtzuwendenden Ehegatten entstehen und sodann vererblich sind.

c) Schlussfolgerungen für die Gestaltung

Beide Ehegatten sollten jeweils vorausvermachnisweise durch Verfügung von Todes wegen beschränkt auf den Tod des Längstlebenden von ihnen, hilfsweise auf ihren zeitgleichen Tod eine Ausgleichung zumindest faktisch auslösen. Zusätzlich sollte der zuwendende Ehegatte bei Zuwendung die Pflichtteilsanrechnung nach § 2315 BGB bestimmen, sowie zwischen dem nichtzuwendenden Ehegatten und dem Zuwendungsempfänger ein gegenständlich beschränkter Pflichtteilsverzichtsvertrag und zwischen beiden Ehegatten ein Vertrag über Pflichtteilsergänzungsverzicht des Nichtzuwendenden beurkundet werden. Der zuwendende Ehegatte sollte jedenfalls eine sofortige uneingeschränkte Ausgleichungsanordnung unterlassen, da andernfalls nach § 2316 Abs. 1 BGB Pflichtteilsverschiebungen zum Nachteil des nichtzuwendenden alleinerbenden Ehegatten durch Erhöhung der Pflichtteile der übrigen Abkömmlinge eintreten können, die anders als die durch die Verschiebung ohnehin reduzierten Pflichtteilsrechte des Zuwendungsempfängers noch nicht durch Pflichtteilsanrechnung neutralisiert sind. Der zuwendende Ehegatte könnte sich bei Zuwendung die vorgesehene vorausvermachnisweise Ausgleichung unter der Bedingung vorbehalten, dass er nicht vor seinem Ehegatten verstirbt und sich durch die bedingte Ausgleichungsanordnung der Pflichtteil des Zuwendungsempfängers im Gegensatz zur ausschließlichen Pflichtteilsanrechnung nicht erhöht, um insoweit auf seinen Tod als Längstlebender oder gleichzeitig mit seinem Ehegatten Versterbender eine sachgerechte Pflichtteilsverschiebung zugunsten der anderen Abkömmlinge zulasten des Zuwendungsempfängers zu bewirken. Die durch vorbehaltene vorausvermachnisweise Umsetzung ausgelösten pflichtteilsrechtlichen Fernwirkungen iSd § 2316 Abs. 1 BGB wären für den nichtzuwendenden Ehegatten unschädlich, da sich die Pflichtteile der anderen Abkömmlinge ausschließlich bei Tod des Zuwendenden als Längstlebendem oder bei gleichzeitigem Versterben beider Ehegatten erhöhen. Für den Fall des Scheiterns der Ausgleichung an einer Erhöhung des Pflichtteils des Zuwendungsempfängers nach § 2316 Abs. 4 BGB sollte der Zuwendende eine faktische vorausvermachnisweise Auseinandersetzung verfügen. Ein Vorbehalt durch den nichtzuwendenden Ehegatten liefe hingegen ins Leere, da selbst bei Bejahung eines weiten Erblasserbegriffs keine pflichtteilsrechtlichen Fernwirkungen iSd § 2316 BGB eintreten können.¹²⁴ Für kraft Gesetzes ausgleichungspflichtige Zuwendungen iSd § 2050 Abs. 1 und 2 BGB scheidet eine Nichtausgleichungsanordnung an § 2316 Abs. 3 BGB. Es empfiehlt sich daher eine Klarstellung, welche Zuwendungsart zugrunde liegt.¹²⁵

Formulierungsvorschlag

(Übertragungsvertrag):

Der Zuwendungsempfänger ... (Name) hat sich den Zuwendungswert iSd § 2315 Abs. 2 Satz 2 BGB, der klarstellend mit ... Euro (Geldbetrag) vorbehaltslos eines zusätzlich zu berücksichtigenden Kaufkraftschwunds zwischen Zuwendung und Erbfall festgestellt wird, beim Tod des Zuwendenden, ... (Name), auf Pflichtteilsansprüche anrechnen zu lassen.

Der nichtzuwendende Ehegatte verzichtet hiermit auf etwaige Pflichtteilsergänzungsansprüche, die aus dieser Zuwendung entstehen können. Dieser Verzicht wird von dem zuwendenden Ehegatten angenommen.

Der Zuwendungsempfänger ... (Name) verzichtet hiermit auf das Ableben des nichtzuwendenden Elternteils (Name) auf etwaige Pflichtteilsansprüche einschließlich etwaiger Ausgleichspflichtteils- bzw. Pflichtteilsergänzungsrechte dadurch auflösend bedingt, dass dieser Elternteil durch andere Personen als den anderen Elternteil und/oder durch einen oder mehrere gemeinschaftliche Abkömmlinge beerbt wird oder unter anderen Personen als innerhalb dieses Personenkreises Zuwendungen tätigt bzw. getätigt hat. Der Verzicht erfolgt gegenständlich beschränkt ausschließlich insoweit, als bei der Bewertung des Nachlasses der Zuwendungswert aus der o.g. Übertragung iSd § 2315 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht berücksichtigt wird. Die Wirkungen dieses Verzichts erstrecken sich auch auf die Abkömmlinge des Verzichtenden. Dieser Verzicht wird hiermit von dem nichtzuwendenden Elternteil ... (Name) angenommen.

Der zuwendende Ehegatte behält sich hiermit mit Wirkung für und gegen Ersatzerben ausdrücklich vor, durch Verfügung von Todes wegen anzuordnen, dass der Zuwendungsempfänger ... (Name) den Zuwendungswert iSd § 2055 Abs. 2 BGB, der klarstellend mit ... Euro (Geldbetrag) vorbehaltslos eines zusätzlich zu berücksichtigenden Kaufkraftschwunds zwischen Zuwendung und Erbfall festgestellt wird, oder einen geringeren Wert bei einer Erbausgleichung iSd §§ 2050 ff. BGB auf den Tod des Zuwendenden zur Ausgleichung zu bringen hat. Dieser Vorbehalt gilt nur für den Fall, dass der Zuwendende nicht vor dem nichtzuwendenden Ehegatten verstirbt. Er lässt auch die Bedingung zu, dass sich durch eine Ausgleichungsanordnung der Pflichtteil des Zuwendungsempfängers im Verhältnis zu einer ausschließlichen Pflichtteilsanrechnung iSd § 2315 BGB nicht erhöht.

Der nichtzuwendende Ehegatte erwägt für den Fall, dass er Längstlebender ist, eine entsprechende vorausvermachnisweise Regelung zur faktischen Ausgleichung der o.g. Zuwendung, ohne sich diese ausdrücklich vorzubehalten. Gleiches erwägt der zuwendende Ehegatte bei Wegfall der Ausgleichungsanordnung wegen einer o.g. zugunsten des Zuwendungsempfängers wirkenden Pflichtteilserhöhung. Den Beteiligten ist bekannt, dass die jeweilige Anordnung noch eine entsprechende Verfügung von Todes wegen voraussetzt, die dann im Falle der vorbehaltenen Regelung des Ehemanns zu Pflichtteilsverschiebungen iSd § 2316 Abs. 1 BGB führen kann.

Es wird klarstellend festgestellt, dass eine Zuwendung iSd § 2050 Abs. 3 BGB zugrunde liegt.

Formulierungsvorschlag

(Verfügung von Todes wegen - Auszug):

¹²⁴ BGH NJW 1983, 2875, 2876 f.

¹²⁵ Nieder/Kössinger, aaO, § 2 Rz. 261.

Durch Urkunde des Notars ... (Name) in ... (Ort), vom ... (Datum), UR ... (Urkundenrollennummer), habe ich, ... (Vor- und Nachname des zuwendenden Ehegatten), an ... (Vor- und Nachname des Abkömmlings) meine Eigentumswohnung in ... (genauer Grundbuchbeschreibung) ohne Gegenleistung als sonstige Zuwendung iSd § 2050 Abs. 3 BGB mit der Bestimmung zur Pflichtteilsanrechnung iSd § 2315 BGB und unter dem Vorbehalt übertragen, durch Verfügung von Todes wegen eine erbrechtliche Ausgleichungspflicht iSd §§ 2050 ff. BGB zum Zuwendungswert iSd § 2055 Abs. 2 BGB oder zu einem geringeren Wert auf meinen Tod für den Fall anzuordnen, dass ich nicht vor meinem Ehegatten versterbe. Der Vorbehalt lässt auch die Bedingung zu, dass sich durch eine Ausgleichungsanordnung der Pflichtteil des Zuwendungsempfängers im Verhältnis zu einer ausschließlichen Pflichtteilsanrechnung iSd § 2315 BGB nicht erhöht.

Von diesem Vorbehalt mache ich, ... (Vor- und Nachname des zuwendenden Ehegatten), hiermit Gebrauch und ordne nunmehr eine entsprechende Ausgleichungspflicht dergestalt an, dass ... (Name) den Zuwendungswert iSd § 2055 Abs. 2 BGB, den ich klarstellend mit ... Euro (Geldbetrag) vorbehalten eines zusätzlich zu berücksichtigenden Kaufkraftschwunds zwischen Zuwendung und Erbfall feststelle, bei einer Erbaueinandersetzung iSd §§ 2050 ff. BGB auf meinen Tod, soweit ich nicht vor meinem Ehegatten versterbe, zur Ausgleichung zu bringen hat, wenn sich dadurch der Pflichtteil des Zuwendungsempfängers im Verhältnis zu einer ausschließlichen Pflichtteilsanrechnung iSd § 2315 BGB nicht

erhöht. Diese Anordnung soll auch für und gegen nachrückende Abkömmlinge bzw. Ersatzerben wegfallender Abkömmlinge gelten. Mir ist bekannt, dass die Ausgleichungsanordnung nach § 2316 Abs. 1 BGB zu Pflichtteilsverschiebungen führen kann. Entfällt die Ausgleichungsanordnung wegen einer derartigen Pflichtteilerhöhung zugunsten des Zuwendungsempfängers, beschwere ich ... (Vor- und Nachname des Zuwendungsempfängers), ersatzweise den an dessen Stelle berufenen Ersatzerben, zugunsten aller anderen Miterben, hilfsweise deren Ersatzerben, mit einem Vorausvermächtnis dahingehend, dass diese jeweils einen Geldbetrag in der Höhe erhalten, der einem Ausgleichungsanspruch nach §§ 2050 ff. BGB wegen der o.g. Übertragung entsprochen hätte.

Soweit ich, ... (Vor- und Nachname des nichtzuwendenden Ehegatten), längstlebender Ehegatte bin, beschwere ich, ... (Vor- und Nachname des nichtzuwendenden Ehegatten), ... (Vor- und Nachname des Zuwendungsempfängers), ersatzweise den an dessen Stelle berufenen Ersatzerben, zugunsten aller anderen Miterben, hilfsweise deren Ersatzerben, mit einem Vorausvermächtnis dahingehend, dass diese jeweils einen Geldbetrag in der Höhe erhalten, der einem Ausgleichungsanspruch nach §§ 2050 ff. BGB wegen der o.g. Übertragung entsprochen hätte.

Der Aufgabenkreis Vermögenssorge und die betreuungsgerichtlichen Genehmigungen in der Vermögensverwaltung

(von Wolfgang Sorg, Bezirksnotar, Stuttgart)

Einleitung	108	Beschwerdefrist bei betreuungsgerichtlicher	
Wünsche und Wohl in der Vermögensbetreuung	108	Genehmigung	117
Aufgabenkreis	110	Materielle Rechtskraft der betreuungsgerichtlichen	
Gerichtliche Vertretungstätigkeit	111	Genehmigung	117
Vorgenehmigung (Einwilligung oder vorherige		Möglichkeit Rechtsmittelverzicht ?	118
Zustimmung)	113	Die Innengenehmigung	118
Zurückweisungsrecht bei Nichtvorlage der Genehmigung	113	Die Außengenehmigung	119
Besonderheiten bei Ausschlagung der Erbschaft	113	Haftung bei fehlender Außengenehmigung	119
Nachgenehmigung	114	Verjährungsverkürzung der Betreuerhaftung	119
Empfänger der betreuungsgerichtlichen Genehmigung	114	Genehmigungsverfahren aus Sicht des Betreuers	119
Wer ist Beteiligter in dem Genehmigungsverfahren?	114	Genehmigungsverfahren aus Sicht des Betreuungs	
Inhalt des Genehmigungsbeschlusses	114	gerichts	119
Rechtsgeschäftliche Genehmigung nur mit formeller		Beschwerderecht bei Erteilung der Genehmigung	120
Rechtskraft wirksam	115	Beschwerderecht bei Versagung der Genehmigung	120
Eintritt der formellen Rechtskraft der rechtsgeschäft-		Vorhandensein von Vollmachten auf Betreutenkonten	120
lichen Genehmigung	115	Gegenbetreuer	121
			107

Anlegung von Geldern auf den Namen des Betroffenen	121
Verfügungsgelder	121
Mündelsicherheit	121
Geldanlageformen	122
Aufbewahrung	122
Wertsachen und Schmuck	122
Die Kontosperrung des § 1809	122
Verjährung von Sparbuchforderungen	123
Ansprüche bei gefälschter Überweisung	123
Andersartige Geldanlage nach § 1811	123
Dreigestirn der anderweitigen Anlage	124
Genehmigung nach § 1812	125
Ausnahmen von der Genehmigungspflicht nach § 1813	125
§ 1813 Abs. 1 Nr. 1 wenn keine Geldleistung oder Annahme Wertpapiere	125
§ 1813 Abs. 1 Nr. 2 wenn der Anspruch nicht mehr als 3000 Euro beträgt	126
Folgen der Nichtbeachtung von § 1812 BGB	126
§ 1813 Abs. 1 Nr. 3 1. Altern. Gelder auf Giro- oder Kontokorrentkonten	127
§ 1813 Abs. 1 Nr. 2 2. Altern. Gelder, die der Betreuer selbst angelegt hat.....	127
Lücken in der Vermögensüberwachung	128
Befreiung nach § 1817	128
Allgemeine Ermächtigung nach § 1825	128
Befreite Betreuer	128
Genehmigungspflicht nach § 1819	129
Genehmigung zur Verfügung über Grundstücke	129
§ 1822 Nr. 1 Verpflichtung zur Verfügung über das gesamte Vermögen	130
Verpflichtung zur Verfügung über die Erbschaft: Hierher gehören:	130
Verpflichtung zur Verfügung über einen künftigen gesetzlichen Erbteil/Pflichtteil:	130
Erb – oder Pflichtteilsverzichtsvertrag	130
§ 1822 Nr. 2: Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses	130
§ 1822 Nr. 3 Entgeltlicher Erwerb oder Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts	131
§ 1822 Nr. 8 Aufnahme von Geld auf Kredit des Betreuten	132
§ 1822 Nr. 10 Übernahme einer fremden Verbindlichkeit	132
§ 1822 Nr.11 Erteilung einer Prokura	132
Genehmigung zur Wohnungskündigung	133
Leihvertrag über Haushalts- oder Vermächtnisgegenstände	134

Einleitung

Mit der Einführung des Betreuungsrechtes hat der Gesetzgeber sich entschlossen, personensorgerichtliche Genehmigungspflichten neu in die Vorschriften über die rechtliche Betreuung einzuführen (§§ 1903 bis 1907¹).

Für die vermögensrechtlichen Genehmigungspflichten gibt es mit Ausnahme von § 1907 und § 1908 keine Spezialvorschriften. Das Gesetz verweist hier über § 1908 i auf die Vorschriften des Vormundschaftsrechts.

Wünsche und Wohl in der Vermögensbetreuung

Die Berücksichtigung der Wünsche des Betreuten bezieht sich in erster Linie auf die persönliche Lebensführung, da zum Wohl des Betreuten auch die Möglichkeit gehört, im Rahmen der ihm verbliebenen Fähigkeiten sein Leben nach seinen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten. Das Wohl des Betreuten ist daher nicht ausschließlich objektiv zu bestimmen, sondern soll es dem Betreuten ermöglichen, den gewohnten Lebenszuschnitt beibehalten zu können², sein Vermögen ist zu verwenden, um ihm den früheren Lebensstandard zu erhalten und sein Leben zu erleichtern³. Insoweit ist im persönlichen Bereich grundsätzlich vom Willensvortrag des Betreuten auszugehen.

Der Betreuer kann aber auch gegen den Wunsch des Betreuten Rechtsgeschäfte tätigen. Die Wünsche des Betreuten sind nur zu berücksichtigen, wenn sie sinnvoll sind und dem Wohl des Betreuten dienen⁴.

Gerade im Bereich der Vermögenssorge ist der Betreuer gehalten, die Wünsche des Betreuten sorgfältig zu prüfen, weil die Haftung des Betreuers dem Betreuten gegenüber nicht dadurch unterlaufen werden kann, dass sich der Betreuer darauf beruft, der Betreute habe die schädigende Maßnahme selbst verlangt⁵.

Selbst wenn der Betreute von sich aus den Wunsch geäußert haben sollte, das Geld nicht anlegen zu wollen, sondern 13.400 € zuhause verwahren will, ist dieser Wunsch für den Betreuer nicht ausschlaggebend⁶.

Der BGH hat sich mit der Beachtung der Wünsche des Betroffenen durch den Betreuer in einem Urteil vom 22.7.2009⁷ eingehend befasst in einer Schadensersatzklage gegen Betreuer und Verfahrenspfleger im Zusammenhang mit der Veräußerung von umfangreichem Grundbesitz.

Der Testamentsvollstrecker für den Nachlass des verstorbenen Betreuten nimmt dessen ehemaligen Betreuer sowie dessen Verfahrenspfleger auf Schadensersatz in Anspruch wegen pflichtwidrigen Handelns im Zusammenhang mit dem Verkauf von Grundstücken des Betreuten. Der Betreute hatte bereits in den 80er Jahren begonnen, in großem Umfang Grundstücke zu erwerben und zu bebauen, u. a. mehrere

¹ Paragraphen ohne Angabe beziehen sich auf das BGB

² BayObLG NJW 1991,432

³ BayObLG, FamRZ 92,106

⁴ siehe Kommentierung Palandt zu § 1901 BGB

⁵ BT-Drucksache 11/4528 S.134

⁶ BayObLG BayObLGR 2004, 447, FamRZ 2005, 389

⁷ BGH, Ur.v.22.7.2009 – XII ZR 77/06, NJW 2009,2814, BtPrax2009,290, siehe auch Aufsatz Thar, Brosey BtPrax 2010, 12-18

Grundstücke in H. Diese Grundstücke waren erheblich belastet und es bestanden aus dem Erwerb und der Bebauung der Grundstücke hohe Verbindlichkeiten. Der im Jahre 1997 für den Betreuten mit dem Aufgabenkreis „Vermögensangelegenheiten“ bestellte Betreuer veräußerte die genannten Grundstücke in H, welche mit insgesamt 49 Eigentumswohnungen bebaut waren, und beantragte die hierfür erforderliche betreuungsgerichtliche Genehmigung des Kaufvertrages. Weil die persönliche Anhörung des Betreuten nicht möglich erschien, bestellte das Betreuungsgericht im Genehmigungsverfahren einen Verfahrenspfleger. Es genehmigte die Kaufverträge. Nach dem Tod des Betreuten setzten die Stadt H und das Finanzamt H gegen den Testamentsvollstrecker über den Nachlass des Betreuten **Gewerbe- und Einkommensteuer in Millionenhöhe** fest, da es sich bei den vorgenommenen Veräußerungen der Grundstücke um **gewerblichen Grundstückshandel** gehandelt habe. Die Beklagten berufen sich darauf, dass der Betreute ausdrücklich die Veräußerung dieses Grundbesitzes gewünscht habe. Für das ihm ebenfalls gehörende Hausgrundstück in Österreich, welches der Betreute krankheitsbedingt kaum mehr selbst nutzen konnte, und sein in Österreich geführtes Konto, beide Vermögenswerte im Privatvermögen des Betreuten, habe der Betroffene den Wunsch geäußert, dass der Betreuer diese Vermögenswerte nicht verkaufen bzw. verwerten solle.

Der BGH nimmt in der vorliegenden Entscheidung erstmals zu der in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bislang nicht geklärten Frage Stellung, unter welchen Voraussetzungen sich der Betreuer in Fällen, in denen die Wünsche des Betreuten seinem objektiven Wohl widersprechen, **über den Willen des Betreuten hinwegsetzen** kann und muss. Aus Sicht des BGH läuft ein Wunsch nicht bereits dann dem Wohl des Betreuten zuwider, wenn er dessen **objektivem Interesse** widerspricht. Ein beachtlicher Gegensatz zwischen Wohl und Wille des Betreuten entstehe vielmehr erst dann, wenn die Erfüllung der Wünsche höherrangige Rechtsgüter des Betreuten gefährden oder seine gesamte Lebens- und Versorgungssituation erheblich verschlechtern würde. Ein **Wunsch** sei allerdings dann **unbeachtlich**, wenn der Betreute infolge seiner Erkrankung entweder **nicht mehr** in der Lage sei, **eigene Wünsche und Vorstellungen zu bilden** und zur Grundlage und Orientierung seiner Lebensgestaltung zu machen, oder wenn er die der Willensbildung zugrunde liegenden **Tatsachen infolge seiner Erkrankung verkenne**. Nach Ansicht des BGH hätte sich der Betreuer zur Vermeidung steuerlicher Nachteile über den Wunsch des Betreuten zur Veräußerung der Grundstücke hinwegsetzen müssen.

Zur Aufgabe des Verfahrenspflegers stellt der BGH klar, dass dieser **nicht** neben dem Gericht und anstelle eines Gegenbetreuers die Interessen des Betreuten gegenüber dem Betreuer schützen und **über dessen Amtsführung zu wachen**, sondern lediglich die **verfahrensmäßigen Rechte** des Betreuten (insbesondere Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs) zur Geltung zu bringen habe.

Darüber hinaus wird der Betreuer auch daran zu denken haben, Geschenke des Betreuten, die dieser vor Anordnung der Betreuung gemacht hat, nach § 528 zurückzufordern, soweit der Betreute außerstande ist, seinen angemessenen Lebensunterhalt zu bestreiten.⁸ Spielen wirtschaftliche Erwägungen keine Rolle, hat aber der Beschenkte eine schwe-

re Verfehlung gegen den Betreuten begangen, so kann der Betreuer die Schenkung nach § 530 Abs. I widerrufen.

Bei Weitervermietung der Wohnung gilt der Vorrang des Betroffenen, wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse das Leerstehen der Wohnung zulassen und die Fortexistenz der Wohnung sich positiv auf die Befindlichkeit des Betroffenen auswirkt.⁹

Für den Fall, dass die Kosten rechtlicher Betreuung zum Unterhaltsbedarf gehören¹⁰, wäre es Pflicht des rechtlichen Betreuers, alle unterhaltsrechtlichen Ansprüche des Betreuten - notfalls auch gerichtlich - geltend zu machen, damit aus dem Unterhaltsanspruch seine Vergütung bezahlt werden kann. Hier stellt sich die Frage, ob der Aufgabenkreis Vermögensangelegenheiten hierzu ausreicht, oder nur wenn die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen ausdrücklich im Aufgabenkreis enthalten ist¹¹. Es wird auch vertreten, dass der Betreuer keine umfangreichen Ermittlungen anstellen muss, sondern nur ihm bekannte Umstände, aus denen auf eine Unterhaltspflicht geschlossen werden kann, dem Gericht mitteilen muss. Danach wäre der Betreuer weder zur gerichtlichen noch zur außergerichtlichen Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen verpflichtet.

Folgt man der Meinung, dass der Betreuer Unterhaltsansprüche geltend machen muss, bzw. auch zu prüfen hat, ob der Vergütungsanspruch den Unterhaltsbedarf des Betroffenen steigert, muss der Betreuer zum einen den Unterhaltsbedarf des Betreuten ermitteln (Düsseldorfer Tabelle). Sodann die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen (Kinder, Ehegatte, geschiedener Ehegatte, (Enkel?), also Freibeträge, vorrangige andere Unterhaltsberechtigten oder Nichtbestehen der Unterhaltspflicht aus anderen Gründen, §§ 1603, 1609, 1611, 1614. Dafür muss er in der Regel vorher Auskunft erhalten haben (§§ 1580, 1605) und diesen Personenkreis vielleicht erst ausfindig machen und beim Sozialamt nachfragen, ob von dort bereits Unterhaltspflichten geprüft wurden, wobei die Datenweitergabe bei Letzterem zweifelhaft sein kann.

Sodann hat er den potentiell Unterhaltspflichtigen schriftlich zur Auskunft über dessen Einkommens- und Vermögensverhältnisse (in der Regel der letzten 12 Monate) aufzufordern und zumindest in allgemeiner Form die Unterhaltsansprüche für den Betreuten einzufordern.

Im Weiteren lassen sich verschiedene Varianten vorstellen:

- a) der Unterhaltspflichtige gibt Auskunft, ist infolge zu geringen Einkommens oder anderweitiger Verpflichtungen nicht leistungsfähig im Sinne des Unterhaltsrechtes. Dann ist die Sache zunächst mal (jedenfalls für 12 Monate) erledigt und der Betreuer teilt dem Gericht anlässlich des Vergütungsantrages die Leistungsunfähigkeit der Unterhaltspflichtigen mit, unter Beifügung von Nachweisen.
- b) der Unterhaltspflichtige gibt Auskunft, ist leistungsfähig und tatsächlich bereit, zu zahlen. Dann fordert der Betreuer vom Unterhaltspflichtigen die Zahlungen. Diese sind dann eigenes Einkommen des Betreuten und beim Vergütungsantrag mit zu benennen, § 1836c Nr. 1, § 82 SGB-XII.
- c) der Unterhaltspflichtige gibt Auskunft, ist leistungsfähig, aber nicht bereit zu zahlen. Dann müsste er auf Unterhalt ver-

⁹ BayObLG Beschluss v.05.11.2003, BtPrax 2004/69

¹⁰ so AG Westerstede, FamRZ 2003,886

¹¹ LG Berlin BtPrax 2001, 215,216, OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 1324

⁸ OLG München Beschluss vom 4.8.2005, 33 Wx 029/05, Rpfleger 2006,14

klagt werden. Hier hat der Betreuer beim Vergütungsantrag zunächst Anspruch auf Zahlung aus der Staatskasse (§ 1836d), aber natürlich nur in Höhe der Stundenansätze eines Mittellosen. Nach der Zahlung der Staatskasse kann entweder so verfahren werden, dass der Betreuer im Namen des Betreuten selbst den Unterhalt einklagt und nach Zahlungseingang die Beträge an die Staatskasse im Rahmen ihrer Regressansprüche (§ 1836e) abführt. Oder aber die Staatskasse benutzt den Regressbeschluss, um den Unterhaltsanspruch zu pfänden (nach der Justizbeitreibungsordnung) und betreibt als Pfändungsgläubiger (Rechtsnachfolger) selbst die Unterhaltsklage. Letztere Variante ist auch dann gegeben, wenn der Betreuer infolge fehlenden Aufgabenkreises selbst nicht klagen darf;

d) der Unterhaltspflichtige gibt keine Auskunft, daher kann nicht verlässlich festgestellt werden, ob er leistungsfähig ist oder nicht; daher müsste eine verbundene Auskunfts- und Unterhaltsklage erfolgen (sog. Stufenklage). Auch hier gilt der Betreute zunächst als zahlungsunfähig und die Staatskasse tritt in Vorleistung (§ 1836d). Ansonsten gilt das unter c) Gesagte.

Für die Beurteilung der Spezialfragen des Unterhaltsrechtes müsste der Betreuer einen Fachanwalt für Familienrecht beziehen. Das Ganze würde dann aus Verfahrenskostenhilfemitteln finanziert und geht dann wieder auf Kosten der Staatskasse, die ja eigentlich durch die Unterhaltszahlungen entlastet werden soll.

Diese Unterhaltgeltendmachung führt außer zum Unfrieden zwischen dem Betreuer und der Familie des Betreuten auch zu erheblicher Mehrarbeit für den Betreuer.

Grundsätzlich wird Unterhalt gem. § 1612 in monatlichen Raten für den gegenwärtigen Bedarf gezahlt. Für die Vergangenheit kann Unterhalt nur in besonderen Ausnahmefällen geltend gemacht werden, so gem. § 1613 Abs. 2 Ziff. 1 als sogenannter Sonderbedarf, wenn es sich um einen unregelmäßigen und außergewöhnlich hohen Bedarf handelte (der wegen der Unregelmäßigkeit eben nicht in die monatlich zu zahlenden Unterhaltsbeträge eingerechnet werden konnte). Bisher konnten die Betreuungskosten nachträglich als Sonderbedarf geltend gemacht werden, weil sie der Höhe nach nicht voraussehbar waren. Anders liegt es nach der obengenannten Entscheidung des AG Westerstede (mit einer lesenswerten Anmerkung von Bienwald FamRZ 2003,886) im Falle einer pauschalierten Betreuervergütung - die Höhe lässt sich dann nämlich genau vorhersehen und ist deshalb neben dem Bedarfssatz der Düsseldorfer Tabelle im Verfahren zur Festlegung der monatlichen Unterhaltszahlungen geltend zu machen. Eine nachträgliche Geltendmachung ist dann nicht mehr möglich.

Zu den vom Betreuer einzuholenden Genehmigungen

Grundsätzlich besteht ohne Aufgabenkreis keine gesetzliche Vertretungsmacht.

Daher ist eine ausdrückliche Zuweisung des Aufgabenkreises erforderlich.

Die Vertretungsmacht des Betreuers wird konkret begrenzt durch

den gerichtlich bestimmten Aufgabenkreis,

die die gesetzliche Vertretungsmacht ausschließenden Vor-

schriften Schenkungsverbot (§ 1804), Inschlaggeschäfte (§ 1795, 181)

die die gesetzliche Vertretungsmacht einschränkenden Vorschriften, welche das Handeln des Betreuers von der Außengenehmigung des Betreuungsgerichts abhängig machen.¹²

Aufgabenkreis

Der Betreuer ist in dem ihm zugewiesenen Aufgabenkreis der gesetzliche Vertreter des Betreuten, § 1902. Er vertritt ihn auch vor Gerichten und Behörden.

Die Abgrenzung des Aufgabenkreises der Vermögenssorge gegenüber weiteren typischen Aufgabenkreisen ist bisweilen schwierig. So haben in der Vergangenheit einzelne Gerichte festgestellt, dass Zweifel daran bestehen, ob die Geltendmachung von Sozialhilfe oder von Unterhaltsansprüchen zur Vermögenssorge gehört. Während es überwiegende – meist von allen Beteiligten stillschweigend akzeptierte - Auffassung ist, das Beantragen von Sozialleistungen falle in den Betreueraufgabenkreis Vermögenssorge, vertreten das LG Köln¹³ und das OVG Münster¹⁴ abweichende Auffassungen. Auch das Geltendmachen von Unterhaltsansprüchen ist in gleichem Sinne strittig.¹⁵ Das Bundessozialgericht ordnete die in Zusammenhang mit der Krankenversicherungspflicht zu erteilenden Erklärungen dem Aufgabenkreis Gesundheitsvorsorge zu.¹⁶

Nach allgemeiner Auffassung gehört zur Vermögenssorge die Geltendmachung von Zahlungsansprüchen aller Art, die dem Betreuten zustehen. Dies können Zahlungsansprüche aus einem Beschäftigungsverhältnis sein¹⁷ (Arbeitsentgelt usw.), Ansprüche auf Erwerbsminderungsrente, Zahlungsansprüche, die der Betreute als Wohnungsinhaber hat (Mieten, Mietnebenkosten), Rückzahlungsansprüche gegen andere aus ungerechtfertigter Bereicherung oder unerlaubter Handlung (Schadenersatz, Schmerzensgeld, Rückforderung wegen nichtiger Rechtsgeschäfte), und zwar unabhängig davon, ob der Grund für diese Ansprüche während des Laufs der Betreuung oder bereits vorher gelegt worden ist¹⁸, um nur einige zivilrechtliche Ansprüche zu nennen. Auch Ansprüche aus erbrechtlichen Verhältnissen (Ausschlagung der Erbschaft, Verfügung über Erbanteil, Vermächtnis, Pflichtteilsansprüche) können dazu zählen. Allerdings ist es in der Praxis auch oft der Fall, dass die Geltendmachung von Erbansprüchen als eigener Aufgabenkreis formuliert wird. Ist dies aber nicht gegeben, gehören sie zum Aufgabenkreis Vermögenssorge.

Darüber hinaus können öffentlich-rechtliche Zahlungsansprüche zum Aufgabenkreis gehören, z. B. Sozialleistungen aller Art, wie Arbeitslosengeld 1 oder 2, Sozialhilfe incl. Grundsicherung, Renten aller Art, Krankengeld, Wohngeld, Kindergeld, Erziehungsgeld, Opferentschädigung usw.

Die Vertretung des Betroffenen in Scheidungssachen ist mit einer Genehmigungsvorschrift versehen. Der gesetzliche Vertreter braucht für die Erhebung der Scheidungsklage die

¹² BayObLG FamRZ 1990,1132,1134

¹³ LG Köln, FamRZ 1998,919 mit Anmerkung Bienwald FamRZ 1998, 1567

¹⁴ OVG NRW FamRZ 2001, 312

¹⁵ OLG Zweibrücken, FamRZ 2000, 1324 = NJW-RR 2001,151 mit Anm.Hellmann RdLH 2001,90

¹⁶ BSG, BtPrax 2003, 172 = NJW 2002, 2413

¹⁷ siehe zum Arbeitsrecht und Betreuung Deinert in BtPrax 1/2010

¹⁸ BayObLG v. 24.02.2005, 3 Z BR 262/04

betreuungsgerichtliche Genehmigung nach § 125 Abs. 2 FamFG, ist der Betreute Antragsgegner, erhebt also der nicht betreute Ehegatte die Scheidungsklage, ist eine betreuungsgerichtliche Genehmigung nicht erforderlich, wohl aber müsste auch hier der Aufgabenkreis konkret benannt werden, also Vertretung des Betroffenen im Scheidungs- und Scheidungsfolgenverfahren. Die Ehescheidung ist eine familienrechtliche Angelegenheit, sodass der Aufgabenkreis „Vermögenssorge“ nicht zur Vertretung ausreichend ist.

Die elterliche Vermögenssorge kann der Betreuer für den Betroffenen nicht ausüben. Allerdings kann sich aus der Einrichtung der Betreuung ein Anlass für Maßnahmen nach §§ 1666, 1666 a ergeben.

Auch die Abwehr unberechtigter und die Befriedigung berechtigter Zahlungsansprüche gegen den Betreuten gehört zum Aufgabenkreis der Vermögenssorge, z. B. Zahlungsansprüche, die von dritter Seite (Verkäufer, Vermieter, Geschädigter) erhoben werden. Auch hier kann es sich um privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Ansprüche handeln. Beispiele für letzteres: Rückzahlung zu Unrecht erhaltener Renten und anderer Sozialleistungen, Steuerzahlungen, Bußgelder, Geldstrafen.

Verwaltung von Häusern, Eigentumswohnungen und Grundstücken im Eigentum des Betreuten gehört ebenfalls zum Aufgabenkreis Vermögenssorge bzw. Vermögensangelegenheiten. Soweit die Haus- und Grundverwaltung zu den Betreueraufgaben gehört, zählt sowohl die Bezahlung öffentlicher Abgaben (Grundsteuer, Grunderwerbsteuer, Abwasserentgelte, Müllabfuhrgebühren usw.) zu den Pflichten als auch die Instandhaltung des Grundeigentums sowie die öffentlich-rechtliche Verkehrssicherungspflicht (z. B. Streupflicht im Winter) dazu. Auch kann der Betreuer Grundeigentum erwerben und verkaufen sowie beleihen. Hierzu benötigt er im Regelfall die Genehmigung des Betreuungsgerichts (§§ 1821, 1822).

Soweit der Aufgabenkreis des Betreuers auch die Vermögensangelegenheiten umfasst, gehört zu den Betreueraufgaben auch die Abgabe von Steuererklärungen im Namen des Betreuten (§ 34 Abgabenordnung), auch die ordnungsgemäße Deklaration von Schwarzgeldern des Betreuten.¹⁹ Bei vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Falschangaben oder Unterlassen der Steuererklärung ist der Betreuer selbst für die Steuerschuld verantwortlich (§ 69 AO).

Es gehört auch zu den Pflichten des Vermögensbetreuers den unberechtigten Zugriff Dritter zu unterbinden, z. B. durch den Widerruf von Bankvollmachten, wenn ein Vollmachtsmissbrauch besteht.

Nach OLG Brandenburg²⁰ genügt der Aufgabenkreis Vermögenssorge auch zum Widerruf einer rechtsgeschäftlichen **Vorsorgevollmacht**.

Das Bundesverfassungsgericht²¹ hat sich mit dem sofortigen Widerruf einer Generalvollmacht und dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs auseinandergesetzt und den Beschwerdeführer in seinem Recht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG verletzt gesehen, wenn der (in diesem Fall) bestellte Kontroll-Betreuer die Vorsorgevollmacht bereits zwei Tage nach seiner Bestellung widerrufen hat und damit dem Betroffenen die Möglichkeit der Erlan-

gung gerichtlichen Rechtsschutzes gegen die Anordnung der Kontrollbetreuung genommen hat. Mit dem Widerruf der erteilten Vollmacht hat sich die Aufgabe des Kontrollbetreuers erledigt. Die Beschwerde des Betroffenen bzw. des Vorsorgebevollmächtigten gegen die Bestellung des Kontrollbetreuers ändert nichts mehr daran, dass die Vollmacht aufgrund wirksamen Widerrufs nicht mehr ausgeübt werden kann. Der nach Art. 19 Abs. 4 GG gebotene effektive Rechtsschutz gebietet es daher in einem solchen Fall, ein Rechtsschutzinteresse des Betroffenen für die ihm nach dem Prozessrecht eröffneten Rechtsmittel anzunehmen, um den mit der Betreuung verbundenen Grundrechtseingriff einer Prüfung auf seine Rechtmäßigkeit zuzuführen. Ein solches Rechtsschutzinteresse hat das Oberlandesgericht Stuttgart verneint, weshalb der BGH die Zurückweisung der Beschwerde durch das OLG Stuttgart aufgehoben und die Sache dem OLG Stuttgart zurückverwiesen hat.

Konsequenterweise müsste der Gesetzgeber den Widerruf von Generalvollmachten einer mit Rechtskraft aufschiebend bedingten Genehmigungspflicht des Gerichts unterstellen. Nach § 274 Abs. 1 Ziffer 3 FamFG ist der Vorsorgebevollmächtigte in dem Verfahren auf Bestellung eines Kontrollbetreuers zu beteiligen.

Gerichtliche Vertretungstätigkeit

Für die **gerichtliche Vertretungstätigkeit** des Betreuers gelten einige Besonderheiten. Bei gerichtlichen Verfahren ist zu unterscheiden zwischen der Prozessfähigkeit, die sich an der Geschäftsfähigkeit orientiert.

Ansonsten ergibt sich aus § 1902 i.V.m. § 53 ZPO: Fällt ein Prozess in den Aufgabenkreis des Betreuers, so ist er vor Gericht alleine vertretungsberechtigt, wenn er den Betreuten in dem Prozess vertritt.

Betrifft ein Einwilligungsvorbehalt den Gegenstand des Verfahrens, so ist der Betreute nur insoweit handlungsfähig, als er nach bürgerlichem Recht mit Einwilligungsvorbehalt handlungsfähig wäre.

Auch der ansonsten geschäftsfähige Betreute gilt im gerichtlichen Verfahren, soweit die Vertretungsmacht des Betreuers reicht, als prozessunfähig, wenn der Betreuer ihn in dem Verfahren vertritt, was im pflichtgemäßen Ermessen des Betreuers liegt.

Eine Doppelzuständigkeit ist ausgeschlossen, d.h. der geschäftsfähige Betreute verliert seine Geschäftsfähigkeit *in dem Fall, dass sein Betreuer für ihn einen Rechtsstreit führt oder an seiner Stelle in den Prozess eintritt*. Der Verlust der Prozessfähigkeit erfordert die bewusste Entscheidung des Betreuers, sich an dem Verfahren zu beteiligen, was dieser nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung der Wünsche und dem Wohl des Betreuten nach § 190 zu beurteilen hat.

Erklärt den Betreuer eines geschäftsfähigen Betreuten, trotz passenden Aufgabenkreises in einen bestimmten Prozess nicht einzutreten, bleibt der Betreute prozessfähig, wenn er nicht geschäftsunfähig ist.²²

Dies gilt nicht nur im Zivilprozess, sondern auch im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, § 12 Verwaltungsverfahrensgesetz.

¹⁹ vgl. Lipp/Sauer Steueramnestiegesetz und Betreuung BtPrax 2004, 83

²⁰ OLG Brandenburg, 11 Wx 77/08 vom 08.12.2008

²¹ BVerfG Entscheidung vom 10.10.2008, 1 BvR 1415/08

²² BSG, Urteil vom 13.12.2001, B 3 KR 19/00, NZS 2002, 535

setz, vor dem Sozialgericht, § 11 SGB X, § 79 AO, jeweils in Verbindung mit § 53 ZPO.

Erklärungen, die der Betreute im Verfahren bereits selbst getätigt hat, sind mit Eintritt des Betreuers in das Verfahren rechtsunwirksam. Zustellungen an den Betreuten setzen dann eine Rechtsmittelfrist nicht mehr in Gang.

Für gerichtliche Zustellung ergibt sich dies aus § 170 ZPO, für behördliche Zustellungen aus § 6 des Verwaltungszustellungsgesetzes. Rechtsmittelfristen beginnen erst dann zu laufen, wenn bei fehlerhafter Zustellung an den Betreuten selbst der Betreuer die Nachricht erhält. Hierzu ist eine erneute Zustellung an den Betreuer nötig; lediglich Kenntnis (z.B. beim Hausbesuch des Betreuten) reicht nicht aus. Auf die Kenntnis der Behörde vom Mangel der vollen Geschäftsfähigkeit kommt es nicht an. Lediglich Bußgeldbescheide sind aufgrund der Spezialregelung des § 51 Abs. 1 OWiG persönlich an den Betreuten zuzustellen.

Für einfache Bekanntgaben gelten die gleichen Grundsätze aufgrund der fehlenden Handlungsfähigkeit.²³

Die Prozessfähigkeit ist zwingende Prozessvoraussetzung. Bestehen konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Partei prozessunfähig sein könnte, hat deshalb das jeweils mit der Sache befasste Gericht **von Amts wegen** zu ermitteln, ob Prozessunfähigkeit vorliegt.

Verbleiben nach Erschöpfung aller erschließbaren Erkenntnisquellen hinreichende Anhaltspunkte für eine Prozessunfähigkeit, so gehen etwa noch vorhandene Zweifel zu Lasten der prozessfähigen Partei und dem Prozessunfähigen ist ein gesetzlicher Vertreter vom Betreuungsgericht zu bestellen. Bei einer unterschiedlichen Beurteilung der Prozessfähigkeit durch verschiedene Gerichte oder Behörden, die dazu führt, dass dem Prozessunfähigen die gerichtliche Verfolgung seiner Rechte verwehrt wird, ist eine analoge Anwendung des § 57 ZPO, also die Bestellung eines Prozesspflegers bis zur ordnungsgemäßen Vertretung auch im Fall der Prozessunfähigkeit des **Klägers** notwendig.²⁴

Für **Vollstreckungsbescheide** hat der BGH allerdings am 19.03.2008 gegen den ausdrücklichen Wortlaut des § 170 ZPO entschieden, dass die Zustellung eines Vollstreckungsbescheids an eine - aus dem zuzustellenden Titel nicht erkennbar - prozessunfähige Partei die Einspruchsfrist in Gang setzt.²⁵ Das muss auch so sein, weil das Mahn- und Vollstreckungsverfahren mittlerweile automatisiert abläuft, d.h. keine Gerichtsperson bekommt den Schuldner zu sehen.²⁶ Für den Fall der im Verfahren unerkannt gebliebenen Geschäftsunfähigkeit sei der davon Betroffene durch die Möglichkeit der Nichtigkeitsklage (§ 579 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO) ausreichend geschützt. Die einmonatige Frist für die Erhebung dieser Klage beginne mit der Zustellung der anzufechtenden Entscheidung an den gesetzlichen Vertreter bzw. im Falle der Wiedererlangung der Prozessfähigkeit nach vorübergehender Geschäftsunfähigkeit mit der erneuten Zustellung an die wieder prozessfähige Partei. Die Ausschlussfrist von fünf Jahren ab Rechtskraft der angefochtenen Entscheidung gilt für die Nichtigkeitsklage wegen mangelnder gesetzlicher Vertretung nicht (§ 586 Abs. 3 ZPO).

Auch im **Zwangsvollstreckungsverfahren**, §§ 807, 900 ZPO, gelten diese Grundsätze. Eidesstattliche Versicherungen sind daher durch den Betreuer abzugeben, wenn dieser den Betroffenen in dem Verfahren vertritt, bzw. der Betroffene geschäftsunfähig und damit prozessunfähig ist.²⁷ Was den Aufgabenkreis des Betreuers betrifft, ist der Aufgabenkreis „Vermögenssorge“ ausreichend.

Auch im **Zwangsversteigerungsverfahren** hat das zuständige Gericht den Mangel der Prozessfähigkeit einer Partei von Amts wegen zu prüfen. Die Anordnung der Zwangsversteigerung sowie die Zulassung des Beitritts sind auch gegen den prozessunfähigen Schuldner zulässig. Für das weitere Verfahren muss der prozessunfähige Schuldner gesetzlich vertreten sein, ansonsten die Zwangsversteigerung gem. § 28 Abs. 2 ZVG einzustellen ist.²⁸

Der Aufgabenkreis „Vertretung gegenüber Behörden oder vor Gericht“ ist als Aufgabenkreis zu wenig konkret und auch problematisch, weil sich diese Vertretungsbefugnis auf alle denkbaren Angelegenheiten erstrecken würde, die in die Zuständigkeit irgendeiner Behörde oder eines Gerichts fallen. Zu beachten ist jedoch, dass die Befugnis zur behördlichen und gerichtlichen Vertretung nur im Rahmen des Aufgabenkreises besteht (§ 1902 BGB).

Die Anordnung der Betreuung mit dem Aufgabenkreis Vermögenssorge berechtigt den Betreuer nicht zur Entgegennahme, zum Anhalten und Öffnen der an den Betreuten gerichteten Postsendungen. Hierfür ist vielmehr regelmäßig eine besondere Anordnung nach § 1896 Abs. 4 BGB erforderlich.²⁹

Die Postkontrolle darf dem Betreuer nur dann übertragen werden, wenn er die ihm übertragene Vermögenssorge nur so ausüben kann, weil er andernfalls keine Kenntnis von eingehenden Rechnungen, Mahnschreiben etc. erhält, z.B. weiter der Betreute die Post vernichtet, verlegt oder dem Betreuer schlicht vorenthält.³⁰

Deckt der Aufgabenkreis die Vertretungsmacht nicht, handelt der Betreuer als Vertreter ohne Vertretungsmacht, § 179, und ist dem Vertragspartner nach dessen Wahl zur Erfüllung oder zum Schadensersatz verpflichtet, wenn der Vertretene oder dessen Vertreter/Rechtsnachfolger die Genehmigung des Vertrags verweigert (Haftung). Ein Vertrag ist nachträglich genehmigungsfähig, bspw. durch den Betreuer, dessen Aufgabenkreis zu erweitern ist, oder durch den Betroffenen selbst oder einen Ergänzungsbetreuer oder sonstigen Rechtsnachfolger, bspw. Erben.

Ein einseitiges Rechtsgeschäft ohne Vertretungsmacht ist grundsätzlich nichtig (§ 180).

Unter die einseitigen Rechtsgeschäfte nach § 1831 Satz I fallen insbesondere folgende Willenserklärungen des gesetzlichen Vertreters im Namen des Betreuten

die Kündigung,

die Ausübung eines Vorkaufsrechts,

die Aufgabeerklärung nach § 875,

²³ § 11 Abs. 3 SGB X, § 12 Abs. 3 VwVfG und § 79 Abs. 3 AO

²⁴ BAG, Beschluss vom 28. Mai 2009, 6 AZN 17=09, BtPrax 2009, 296.

²⁵ BGH, Urteil vom 19. März 2008 – VIII ZR 68/07, FamRZ 2008, 2125 = NJW 2008, 2125.

²⁶ §§ 688-703d) ZPO

²⁷ BGH NJW-RR 2009, 1

²⁸ LG Saarbrücken, Beschluss vom 8. Oktober 2009, 5 T 427/09, BtPrax 6/2009, 309.

²⁹ LG Köln, Beschluss vom 20.02.1992; 1 T 32/92; FamRZ 1992, 856

³⁰ OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 13.03.2000, 20 W 52/1999

der Rücktritt bzw. das Wandlungs- oder Minderungsbegehren,
 die Aufrechnung,
 die Anfechtung,
 die Genehmigung der Verfügung eines Nichtberechtigten,
 die Erteilung der Prokura (§ 1822 Nr. 8),
 die Annahme eines Erfüllungssurrogates als Leistung.

Vorgenehmigung (Einwilligung oder vorherige Zustimmung)

Wenn eine Vorgenehmigung verlangt wird, hat das zur Folge, dass ein ohne die Genehmigung vorgenommenes einseitiges Rechtsgeschäft nichtig ist (§ 1831 BGB), es sei denn, es handelt sich um eine rein amtsempfangsbedürftige Erklärung.

Die Norm will den Erklärungsempfänger schützen und für die Rechtswirksamkeit des Rechtsgeschäfts einen Schwebezustand ausschließen.

Bei (auch) amtsempfangsbedürftigen Erklärungen, bspw. Aufhebung eines Grundstücksrechts, Aufhebung einer Hypothek oder Grundschuld, Ausschlagung der Erbschaft (§§ 875, 1183, 1196, 1945) entfällt das Schutzbedürfnis des Erklärungsempfängers „Behörde“, weil diese in der Lage und auch verpflichtet ist, durch Fristsetzung (Zwischenverfügung) dem Zustand der Ungewissheit ein Ende zu bereiten, d.h. die Genehmigung für die Erklärung gegenüber der Behörde kann noch bis zum Ablauf der in der Zwischenverfügung gesetzten Frist nachgereicht werden.

Die nachträglich erteilte Genehmigung kann das einseitige Rechtsgeschäft, welches nicht gegenüber einer Behörde abzugeben ist, nicht mehr heilen, d.h. das einseitige Rechtsgeschäft muss erneut vorgenommen werden, bspw. Kündigung einer Mietwohnung, Kündigung eines Sparguthabens etc.

Die Genehmigung muss bei empfangsbedürftigen Erklärungen bei deren Zugang (§ 130 Abs. 1 S. 1) dem Vertragspartner vorliegen.³¹

Zurückweisungsrecht bei Nichtvorlage der Genehmigung

Der Erklärungsempfänger kann die Vorlage der Genehmigung verlangen, § 1831 S. 2, und kann das Rechtsgeschäft zurückweisen, wenn die Genehmigung nicht oder nicht in beglaubigter Abschrift oder Ausfertigung vom Betreuten ihm vorgelegt wird, wobei die Zurückweisung unverzüglich erfolgen und mit der Nichtvorlage der Genehmigung begründet sein muss.

Eine Kopie der Genehmigung genügt zur Vorlage nicht, vielmehr muss eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift der Genehmigungsentscheidung vorgelegt werden.

Der Vertragsgegner kann mit der Zurückweisung ein an sich wirksames, weil genehmigtes Rechtsgeschäft, wieder rückwirkend vernichten, muss allerdings sein Zurückweisungs-

recht unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern geltend machen (vgl. § 121 1 S. 1). Das Zurückweisungsrecht nach § 1831 Satz 2 hat die Behörde als Erklärungsempfänger nicht.

Für die gerichtliche Praxis bedeutet dies, dass der gesetzliche Vertreter darauf hingewiesen werden sollte, dass das einseitige Rechtsgeschäft stets unter Vorlage einer Ausfertigung oder beglaubigten Abschrift des Genehmigungsbeschlusses zu erfolgen hat, zum Beispiel bei der genehmigungsbedürftigen Kündigung der Wohnung des Betroffenen (§ 1907 Abs. 1).

Besonderheiten bei Ausschlagung der Erbschaft

Die Ausschlagung einer Erbschaft ist ein einseitiges, amts-empfangsbedürftiges, form- und fristgebundenes Rechtsgeschäft. Hier hat die Rechtsprechung entschieden, dass die Genehmigung innerhalb der Ausschlagungsfrist nachgeholt werden kann. Die mit dem Ablauf der Ausschlagungsfrist verbundenen Schwierigkeiten werden dadurch gemildert, dass die Ausschlagungsfrist durch Eingang des Antrags auf Erteilung der betreuungsgerichtlichen Genehmigung gehemmt wird.³² Ein Zurückweisungsrecht nach § 1831 S. 2 steht Behörden und damit auch dem Nachlassgericht nicht zu. Die Genehmigung ist dem Betreuer zu erteilen, mit Erteilung der Genehmigung läuft die Ausschlagungsfrist von sechs Wochen weiter. Deshalb muss der Betreuer die notariell zu beglaubigende Ausschlagung mit der betreuungsgerichtlichen Genehmigung dem Nachlassgericht unverzüglich, also innerhalb der unterbrochenen Sechs-Wochenfrist vorlegen, was der gesetzliche Vertreter nachzuweisen hat.

Die nachträgliche Genehmigungsmöglichkeit der einseitigen Ausschlagungserklärung macht diese jedoch nicht zu einem zweiseitigen Rechtsgeschäft und das Nachlassgericht nicht zum Vertragspartner.

§ 1829 Abs. 1 S. 2, der die Mitteilung durch den gesetzlichen Vertreter, also das Gebrauchmachen von der Genehmigung zur Wirksamkeitsvoraussetzung eines nachträglich genehmigten Vertrages macht, ist damit nicht anwendbar. Das heißt: Soweit zur Wahrung der Erbausschlagungsfrist der Nachweis der wirksamen Genehmigung (§ 1828 BGB) verlangt wird, kann dieser Nachweis wie folgt geführt werden:

Der Betreuer legt die mit dem Rechtskraftzeugnis (§ 46 FamFG) versehene betreuungsgerichtliche Genehmigung dem Nachlassgericht in Ausfertigung oder begl. Abschrift vor (wie oben),

der Betreuer teilt dem Nachlassgericht mit, dass die Genehmigung mit Rechtskraftvermerk durch das Betreuungsgericht erteilt ist, sodass das Nachlassgericht die Akten des Betreuungsgerichts beiziehen kann zur Prüfung der Ausschlagungsfrist,

das Betreuungsgericht übersendet selbst dem Nachlassgericht eine rechtskräftige Ausfertigung/Abschrift des Genehmigungsbeschlusses.

Für dieses Vorgehen spricht vor allem die Zeitersparnis, nachdem ab Erteilung der Genehmigung die Ausschlagungsfrist sich fortsetzt.

³¹ BayObLG Rechtspfleger 1996, 450

³² §§ 1944 II Satz 3, 206, 209 siehe OLG Frankfurt, FamRZ 1966, 259

Zur **Vorgenehmigung** eines **Vertrags** ist der Vertragsentwurf vor Beurkundung oder Vertragsabschluss dem Betreuungsgericht zuzuleiten. Das Rechtsgeschäft muss vom Inhalt im Wesentlichen feststehen, die für die Abschätzung der Vor- und Nachteile und Risiken maßgeblichen Vertragsbestimmungen müssen enthalten sein³³. Das Betreuungsgericht kann jetzt bereits prüfen, ob das Handeln des Betreuers genehmigt werden kann. Die Vorgenehmigung wird wirksam mit Bekanntmachung des mit Rechtskraft versehenen Beschlusses an den gesetzlichen Vertreter, § 1828, § 40 Abs.1 und 2 FamFG.

Ist die rechtskräftig wirksame Genehmigung bei der Vornahme des Rechtsgeschäftes bereits erteilt, so tritt die Wirksamkeit der Betreuererklärung unmittelbar mit der Vornahme des Geschäftes ein. §1829 findet keine Anwendung. Der Betreuer hat hier keine Überlegungsmöglichkeiten mehr.³⁴ Der Betreuer hat also bei eingeholter Vorgenehmigung genau zu prüfen, ob er den Vertrag überhaupt abschließen will, wobei keine Verpflichtung besteht, das Rechtsgeschäft mit der Genehmigung auch abzuschließen.

Wenn die Genehmigungsfähigkeit noch nicht klar ist oder der Vertrag noch Änderungen erfährt oder –wie in § 299 FamFG vorgeschrieben der Betroffene oder ein zu bestellender Verfahrenspfleger vor Erteilung der Genehmigung anzuhören ist –, wird das Betreuungsgericht erst den abgeschlossenen Vertrag genehmigen (Nachgenehmigung).

Nachgenehmigung

Bei Verträgen genügt die nachträgliche Genehmigung des Betreuungsgerichts.

Gegenüber dem Vertragspartner wird die Genehmigung erst wirksam, wenn der Betreuer sie dem Vertragspartner mitteilt (§ 1829 Abs.1Satz 2) und zwar gem. § 184 analog rückwirkend auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts, soweit nichts anderes bestimmt ist. Ein Verzicht auf die Mitteilung ist unwirksam, allerdings kann sich der Betreuer vertreten lassen, auch durch eine jederzeit widerrufliche sogenannte Doppelvollmacht durch den Notar. Gebrauch machen muss er von der formell rechtskräftigen Genehmigung, die mit einem Rechtskraftzeugnis vom Betreuungsgericht versehen werden muss.³⁵

Empfänger der betreuungsgerichtlichen Genehmigung

Die Erteilung einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung wird mit der **Bekanntgabe** an diejenigen, **für den sie ihrem wesentlichen Inhalt nach bestimmt ist, wirksam, also mit der Bekanntgabe an den Betreuer.**³⁶

Aus § 1828 ergibt sich, dass das Gericht die betreuungsgerichtliche Genehmigung nur dem Betreuer gegenüber erklären kann, dass sie also nur für diesen bestimmt ist. Jedoch kann sich der Betreuer bei dem Empfang der für ihn be-

stimmten betreuungsgerichtlichen Genehmigung auch vertreten lassen, sodass das Betreuungsgericht eine (weitere) Ausfertigung bzw. begl. Abschrift (ebenfalls) dem Bevollmächtigten, z.B. dem im Kaufvertrag bevollmächtigten Notar, übersenden kann.

Berechtigt die Vollmacht an den Notar in der Regel nur zur Entgegennahme der Genehmigung des Betreuungsgerichts (Zustellvollmacht i.S.v. § 172 ZPO) für den Betreuer und zu ihrer Gebrauchmachung im Sinne von § 1829 Abs. 1 Satz 2, wird der Verfahrensbevollmächtigte nicht Beteiligter im Genehmigungsverfahren. Berechtigt die Vollmacht jedoch auch zur Vertretung des Betreuers in dem Genehmigungsverfahren, also zu allen die betreuungsgerichtliche Genehmigung betreffenden Verfahrenshandlungen, dann kommt sie einer Verfahrensvollmacht im Sinne von § 11 FamFG i.V.m.§ 81 ZPO gleich und der Bevollmächtigte ist in dem Beschluss als Verfahrensbevollmächtigter des Betreuers aufzuführen. Bei Zustellung an die Beteiligten und die Bevollmächtigten beginnt die Frist mit der ersten Zustellung (OLG Köln, MDR 52,441).

Wer ist Beteiligter in dem Genehmigungsverfahren?

Beteiligt ist

der **Betreuer**, der die Genehmigung beantragt,³⁷

der **Betroffene**, für den das Rechtsgeschäft genehmigt wird,³⁸ sowie dessen Bevollmächtigter,³⁹

der **Verfahrenspfleger**, wenn er bestellt ist.⁴⁰

Die Betreuungsbehörde und die Angehörigen (Idealbeteiligte) können nicht beteiligt werden, da diese nur in den sogenannten Statusentscheidungen beteiligt sind, wozu die Erteilung der betreuungsgerichtlichen Genehmigung nicht gehört.⁴¹

Wird die Genehmigung antragsgemäß dem Betreuer erteilt, ist dieser in eigenem Namen nicht beschwerdeberechtigt, weil er in seiner materiellen Rechtsstellung nicht betroffen ist.⁴² Allerdings könnte er im Namen des Betreuten Beschwerde einlegen.⁴³

Inhalt des Genehmigungsbeschlusses

Aufzuführen sind im Genehmigungsbeschluss:

- : Beteiligte und deren Bevollmächtigte § 38 Abs. 2 Ziff.1 FamFG,
- : Bezeichnung des Gerichts und der Name der Gerichtsperson, § 38 Abs. 2 Ziff 2 FamFG,
- : Beschlussformel, § 38 Abs. 2 Ziff. 3 FamFG,
- : Beschlussbegründung, § 38 Abs. 3 i.V.m. Abs. 5 Ziff.3 FamFG,

³⁷ §§ 40 Abs. 1, 274 Abs. 1 Ziff.2 FamFG

³⁸ §§ 41 Abs. 3, 274 Abs. 1 Ziff.1FamFG

³⁹ § 10 FamFG

⁴⁰ §§ 274 Abs.2, 276 FamFG

⁴¹ § 274 Abs. 3 und 4 FamFG

⁴² § 59 Abs. 1 FamFG

⁴³ § 303 Abs. 4 FamFG

³³ BayObLG Rpfleger 2003,361

³⁴ KG OLGZ 1966,78,79

³⁵ § 46 FamFG

³⁶ § 40 Abs. 1 FamFG

- : **Vermerk**, dass der **Beschluss erst mit Rechtskraft wirksam ist**, § 40 Abs. 2 Satz 2 FamFG,
- : gegen den Beschluss die befristete **Beschwerde** binnen einer Frist von zwei Wochen statthaft ist, §§ 39, 63 Abs. 2 Ziffer 2 FamFG
- : Unterschrift, § 38 Abs. 3 Satz 2 FamFG.

Rechtsgeschäftliche Genehmigung nur mit formeller Rechtskraft wirksam

Es gilt die **Besonderheit**, dass Entscheidungen, welche die **Genehmigung** eines **Rechtsgeschäfts** zum Gegenstand haben, erst **mit formeller Rechtskraft wirksam** werden.⁴⁴

Dies gilt für alle Genehmigungen, die ein **Rechtsgeschäft** zum Gegenstand haben, wobei nach dem Gesetzeswortlaut nicht zwischen einer Innen- oder Außengenehmigung unterschieden wird. Allerdings vertritt die überwiegende Literaturmeinung, dass die formelle Rechtskraft nur für **Außengenehmigungen** erforderlich ist, und der nichtbefreite Betreuer bei Anlegung von Mündelgeld nach §§ 1810, 1806, 1807 oder bei der Genehmigung zur andersartigen Geldanlage nach § 1811, oder der Genehmigung zum Beginn oder der Auflösung eines Erwerbsgeschäfts für den Betreuten nach § 1823, keiner Genehmigung mit formeller Rechtskraft bedarf, weil er diese Rechtsgeschäfte auch wirksam abschließen kann, ohne überhaupt eine Genehmigung hierfür zu beantragen, weil die Genehmigung lediglich eine Soll-Vorschrift darstellt (Innengenehmigung).

Da die allgemeine Ermächtigung nach § 1817 zugleich eine allgemeine Genehmigung aller Rechtsgeschäfte nach §§ 1806 bis 1816 beinhaltet, und die Genehmigung nach § 1825 zugleich eine Genehmigung zum Abschluss von Rechtsgeschäften nach §§ 1812, 1822 Nr. 8,9, 10 enthält, unterliegt der Beschluss über die Erteilung der allgemeinen Ermächtigung nach §§ 1817, 1825 auch der formellen Rechtskraft.

Eintritt der formellen Rechtskraft der rechtsgeschäftlichen Genehmigung

Nach 41 Abs. 1 i.V.m. §§ 7 und 8 FamFG ist ein Beschluss **den Beteiligten bekannt zu geben**. Somit dem Betreuer, dem Betroffenen, dem Verfahrenspfleger, wenn bestellt, und dem Verfahrensbevollmächtigten, wenn vorhanden.

Nach § 41 Abs. 3 FamFG ist ein Beschluss, der die **Genehmigung** eines **Rechtsgeschäfts** zum Gegenstand hat, auch demjenigen, für den das Rechtsgeschäft genehmigt wird, bekannt zu geben, also stets dem Betreuten selbst. Widerspricht der Betreute, dessen Verfahrensbevollmächtigte oder der Verfahrenspfleger dem abzuschließenden Rechtsgeschäft, für das die Genehmigung beantragt ist, ist dem Widersprechenden der Genehmigungsbeschluss als **Wirksamkeitserfordernis zuzustellen**, § 41 Abs. 1 FamFG.

Kann eine Bekanntgabe oder Zustellung an den Betreuten auch erfolgen, wenn er in geschäftsunfähigem Zustand, also

bspw. im Koma liegt mit der Wirkung, dass für ihn, ohne dass ihm ein Verfahrenspfleger bestellt werden muss, die Rechtsmittelfrist beginnt bzw. abläuft?

Nach § 9 Abs. 2 FamFG handelt für den Geschäftsunfähigen sein gesetzlicher Vertreter, also sein Betreuer. Dies würde vermuten lassen, dass die Bekanntgabe nach § 41 Abs. 3 FamFG für den Betreuten an den Betreuer zu erfolgen hätte.

Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch in seiner Entscheidung über das verfassungsrechtliche Gebot des fairen Verfahrens vom 18.01.2000⁴⁵ unter Bezugnahme auf eine frühere Entscheidung⁴⁶ festgestellt, dass eine Vertretung der unbekanntenen Erben durch den vom Gericht bestellten Nachlasspfleger in einem nachlassgerichtlichen Genehmigungsverfahren nicht erfolgen könne, wenn in dem Genehmigungsverfahren gerade die Rechtmäßigkeit des Handelns des gesetzlichen Vertreters festgestellt werden soll. Damit stellte sich die Frage, wem dann der vorgeschriebene Vorbescheid bekanntzugeben ist, wenn die Erben nur teilweise bekannt sind (es lag ein Teilerbschein vor). Die Bestellung eines Verfahrenspflegers für die Vertretung der unbekanntenen Erben ist im nachlassgerichtlichen Verfahren nicht vorgesehen, sondern nur im Betreuungsverfahren. Im Kindschaftsrecht kommt die Bestellung eines Verfahrensbeistands nach § 158 FamFG in Betracht, jedoch nur für Angelegenheiten, die seine Person betreffen, soweit dies zur Wahrnehmung der Interessen des Kindes erforderlich ist.

Übertragen auf den gleichen Sachverhalt bei familiengerichtlichen Genehmigungen heißt dies, dass die Eltern das unter 14-jährige Kind nicht im Genehmigungsverfahren vertreten können, wenn die Genehmigung ihr rechtmäßiges Handeln für das Kind zum Gegenstand hat. Handelt ein Ergänzungspfleger für das minderjährige Kind, müsste das Familiengericht prüfen, ob den Eltern nach §§ 1629 Absatz 2 Satz 3, 1796 die Vertretung des Kindes in dem Genehmigungsverfahren entzogen werden müsste. Dies setzt voraus, dass das Interesse des Kindes zu dem Interesse des vertretungsberechtigten Elternteils in erheblichem Gegensatz steht. Hat das Gericht für das Kind einen Verfahrensbeistand nach § 158 Absatz 2 Nummer 1 FamFG bestellt, der jedoch (nach dem Gesetzeswortlaut) nur in Personensorgeangelegenheiten bestellt wird, ist wohl dem Interessengegensatz bereits Rechnung getragen worden, so dass die Entziehung der gesetzlichen Vertretung und damit die Bestellung eines Ergänzungspflegers nicht angezeigt wären. Sind beide Eltern oder ein allein sorgeberechtigter Elternteil in einem gerichtlichen Genehmigungsverfahren beteiligt, so bedarf es zur Vertretung des verfahrensunfähigen Kindes der Bestellung eines Ergänzungspflegers zur Wahrnehmung dessen Verfahrensrechte im Genehmigungsverfahren.⁴⁷

Die Umsetzung der Rechtspflegerentscheidung im FamFG durch die in § 40 Abs. 2 FamFG postulierte Rechtskraftpflicht von rechtsgeschäftlichen Genehmigungen, also die durch

⁴⁵ NJW 2000, 1703, 1710 Grundsätze eines fairen Verfahrens, §§ 62, 55 FGG sind mit Art. 19 Abs. 4 GG nicht vereinbar, Rechtspfleger muss in Genehmigungsverfahren Vorbescheid erlassen

⁴⁶ BVerfGE 83, 24, S. 36

⁴⁷ KG Berlin Beschluss vom 04.03.2010, 17 UF 5/10, OLG Oldenburg Beschluss vom 26.11.2009, 14 UF 149/09, Rpfleger 2010, 213,

⁴⁴ § 40 Abs. 2 FamFG

Beschwerdeeinlegung mögliche gerichtliche Nachprüfung der Rechtspflegeentscheidung, und der in § 41 Abs. 3 FamFG postulierten Bekanntgabepflicht (Grundsatz des fairen Verfahrens) auch an denjenigen, für den das Rechtsgeschäft genehmigt wird, also den (unbekannten) Erben, den Abwesenden, das unter 14-jährige Kind, den geschäftsunfähigen Betreuten, erfordert die Vertretung der Verfahrensbeteiligten nun zwingend zu klären, damit die Gerichte rechtsgeschäftliche Genehmigungen wirksam erteilen und damit die mit diesen Genehmigungen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte überhaupt wirksam abgeschlossen werden können.

Die Praxis behilft sich bei der Vertretung der unbekannt Erben und der im Genehmigungsverfahren unter 14-jährigen Kinder⁴⁸ durch die weitere Bestellung eines Ergänzungspflegers nach § 1909 mit dem Aufgabenkreis der Vertretung des unbekannt Erben oder des Minderjährigen in dem rechtsgeschäftlichen Genehmigungsverfahren.

Die Genehmigungsverfahren werden jedoch durch diese Formalien erheblich verzögert. Abhilfe könnte dadurch geschaffen werden, dass der Gesetzgeber das vom BVerfG verlangte faire Verfahren, also die Vertretung desjenigen, für den das Rechtsgeschäft genehmigt wird, durch seinen gesetzlichen Vertreter in dem gerichtlichen Verfahren zulässt in den Fällen, in denen der Beteiligte unbekannt, abwesend oder verfahrensunfähig ist. In diesem Sinne müsste § 41 Abs. 3 FamFG ergänzt werden.

Damit wäre die Unsicherheit über die Bekanntgabe der Genehmigung, den Eintritt der Rechtswirksamkeit der Genehmigung und der Wirksamkeit des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts bei Handeln des Nachlasspflegers und bei Eltern für Kinder unter 14 Jahren beseitigt.

Zwar ist damit die Rechtsschutzmöglichkeit für den nicht verfahrensfähigen oder unbekannt Vertretenen nicht im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts beachtet, dahingehend, dass der Rechtsinhaber selbst von der Entscheidung frühzeitig Kenntnis erlangt und damit die Möglichkeit erhält, zu Wort zu kommen und ggf. Rechtsmittel einzulegen. Für den Fall des unbekannt Erben oder der Abwesenden kann dieser Aspekt jedoch vernachlässigt werden, da er ausreichend durch die Bestellung des Pflegers in seiner Vermögensposition geschützt wird, und der Pfleger auch gegenüber dem (später) ermittelten Beteiligten für den aus einer Pflichtverletzung entstehenden Schaden bei Verschulden gerade zu stehen hat.⁴⁹ Bei dem unter 14-jährigen Kind ist dessen aktive Beteiligung im Genehmigungsverfahren reifebedingt nicht zu erwarten.

So ist das Misstrauen, dass der vom Gericht ausgesuchte und bestellte Nachlasspfleger oder der Vormund oder die kraft Gesetzes berechtigten Eltern, nur weil sie selbst den Antrag auf Genehmigung stellen, die unbekannt oder verfahrensunfähigen Beteiligten im Genehmigungsverfahren nicht vertreten können, nicht sachgerecht. Deren Pflicht besteht gerade darin, die Interessen der Schutzbedürftigen treu und gewissenhaft⁵⁰ bzw. in eigener Verantwortung⁵¹ wahrzunehmen und in dieser Aufgabe sind sie der Genehmigungspflicht des Gerichts unterstellt.

Es stellt sich die Frage, welche Erkenntnisse der zu bestellende Ergänzungspfleger für das Genehmigungsverfahren einbringen soll, die das Gericht im Rahmen der Prüfung der Genehmigungsfähigkeit im Dialog mit dem gesetzlichen Vertreter nicht selbst erlangen kann?

Der Ergänzungspfleger hat nach Bekanntgabe der Genehmigung nur eine Frist von zwei Wochen, um dem Sachverhalt zu ermitteln. In welchem Umfang bestehen seine Ermittlungspflichten und damit verbunden auch seine Haftung gegenüber den Beteiligten? Sollte er zur Fristwahrung sicherheits halber Beschwerde gegen die Erteilung der Genehmigung einlegen?

Der vom Kammergericht entschiedene Fall betraf die Genehmigung der Ausschlagung der Erbschaft des 11-jährigen Kindes durch seine allein sorgeberechtigte Mutter. Das Kind ist Erbe nach dem Halbbruder seines Vaters geworden, nachdem der Vater zuvor die Erbschaft als nächstberufener Verwandter ausgeschlagen hat, weil der Nachlass vermutlich überschuldet war.

Das Gericht führt aus:

„Da das vom Verfahren betroffene Kind erst 11 Jahre alt ist, ist der Genehmigungsbeschluss der Kindesmutter als der gesetzlichen Vertreterin zuzustellen (§ 1629 Abs. 1 Satz 3 BGB). Damit lässt sich das von § 41 Abs. 3 FamFG intendierte Ziel, das vertretene Kind in den Entscheidungsprozess einzubeziehen, nicht erreichen. Der Zweck des Gesetzes, dem vertretenen Kind die Möglichkeit einzuräumen, bei einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort zu kommen, ist nur gewährleistet, wenn dem betroffenen Kind ein Ergänzungspfleger bestellt wird (im Ergebnis ebenso OLG Oldenburg, u.a. JAmt 2010, 34, 36 sowie Schürmann, FamFR 2009, 153ff.; Rechtsgutachten des Deutschen Notar Instituts e.V., Würzburg, DNotI-Report 2009, 145, 148).

Der Interessengegensatz ist auch so erheblich, dass der Eingriff in das elterliche Sorgerecht gerechtfertigt ist. Denn für die Annahme eines Interessenkonflikts genügt es bereits, wenn (nur) die Gefahr besteht, der vertretungsberechtigte Elternteil werde im Verfahren das Kindeswohl nicht mit der gebotenen Konsequenz verfolgen (vgl. MünchKomm/Wagenitz, BGB [5. Aufl. 2008], § 1796 Rn. 5; Palandt/Diederichsen, BGB [69. Aufl. 2010], § 1796 Rn. 2; § 1629 Rn. 24).

Das liegt hier vor: Es ist nicht zu erwarten, dass der Elternteil, wenn die zu erlassende Entscheidung seinem Antrag entspricht, den Beschluss noch einmal unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls prüft, zumal dabei auch andere als nur wirtschaftliche Erwägungen eine Rolle spielen können“.

Nicht darauf eingegangen wird auf die Frage, welche Aufgaben dem Gericht im Rahmen des Genehmigungsverfahrens zugewiesen sind.

Es ist doch gerade Aufgabe des Gerichts, im Rahmen der Prüfung der Genehmigungsfähigkeit die Rechtmäßigkeit des Vertreterhandelns für den Schutzbedürftigen zu prüfen. Der Vertreter muss mit dem Gericht zusammenarbeiten und das Gericht hat die geeignete Beweisermittlung anzustellen.⁵² Das Gericht hat sich allein an den Interessen des Schutzbedürftigen zu orientieren und kann die gebotene Amtsermittlung durchführen, da die Erklärung des Vertreters für den Schutzbedürftigen bis zur Erteilung und Gebrauchmachung

⁴⁸ §§ 9 Abs. Nr. 3, 164 FamFG

⁴⁹ §§ 1960, 1915, 1833, 1664 9 Abs. 4 FamFG

⁵⁰ §§ 1960, 1915, 1789

⁵¹ § 1627

⁵² siehe nachfolgende Kapitel Genehmigungsverfahren aus der Sicht des Betreuers und des Betreuungsgerichts

der Genehmigung unwirksam bleibt. Kann konkret ein Interessenskonflikt zwischen dem Schutzbefohlenen und dem gesetzlichen Vertreter durch das Gericht festgestellt werden, besteht die Möglichkeit die Vertretungsbefugnis einzuschränken bzw. zu entziehen und einen Ergänzungspfleger zu bestellen.⁵³ Dass dies künftig wegen der formellen Vorschrift des § 41 Abs. 3 FamFG stets pauschal zu erfolgen hat, ist dogmatisch. Die Familiengerichte, die Nachlassgerichte und Betreuungsgerichte, letztere bei den betreuungsgerichtlichen Zuweisungssachen nach § 340 FamFG, werden jedoch zur Vermeidung der Unwirksamkeit der rechtsgeschäftlichen Genehmigung und damit der Unwirksamkeit des abzuschließenden Rechtsgeschäfts diese Verfahrensweise einhalten müssen.

§ 275 FamFG als Spezialvorschrift fingiert in Betreuungssachen den Betroffenen ohne Rücksicht auf seine Geschäftsfähigkeit als stets verfahrensfähig. Daraus wird gefolgert, der Gesetzgeber sei davon ausgegangen, dass im Regelfall der Betreute seine Interessen insoweit selbst wahrnehmen kann, so dass sich die Bestellung eines Verfahrenspflegers in Genehmigungsverfahren bei dem geschäftsunfähigen Betreuten erübrige. § 275 FamFG muss also auch „gegen“ den geschäftsunfähigen Betreuten gelten mit dem Ergebnis, dass die Genehmigung nach Ablauf der Beschwerdefrist von zwei Wochen nach Bekanntgabe an ihn, für ihn unanfechtbar ist, unabhängig davon, ob er geschäftsfähig ist oder nicht.

Ob die Rechtsprechung zu dem Ergebnis kommt, dass die Nichtbestellung eines Verfahrenspflegers im Genehmigungsverfahren ein grober Verfahrensfehler des Gerichts darstellt, wird sich zeigen. Der Beurteilung des Beschwerdegerichts⁵⁴ unterliegen auch die nicht selbständig anfechtbaren Entscheidungen, wie die Verfahrenspflegerbestellung oder Nichtbestellung eines Verfahrenspflegers.⁵⁵

Jedenfalls ist in Betreuungssachen die rechtskräftige Genehmigung mit Gebrauchmachung durch den Betreuer unanfechtbar geworden und das Rechtsgeschäft damit wirksam abgeschlossen.

Ist die Bekanntgabe an den Betreuten allerdings unterblieben, weil er als Beteiligter vergessen wurde oder der Postnachsendauftrag verhindert hat, dass er die Genehmigung erhalten hat, weil diese vom Postamt an den Betreuer umgeleitet wird, ist die Genehmigung für ihn nicht rechtskräftig geworden.

Nach § 40 Abs. 2 FamFG wird ein Beschluss, der die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts betrifft, erst mit **Rechtskraft wirksam**. Nach § 45 FamFG tritt die Rechtskraft eines Beschlusses nicht ein, bevor die Frist für die Einlegung des zulässigen Rechtsmittels für **jeden Beteiligten** abgelaufen ist. Die Beschwerdefrist beginnt erst mit der schriftlichen Bekanntgabe des Beschlusses, spätestens mit Ablauf von **fünf Monaten** nach Erlass des Beschlusses (§ 63 Abs. 3 Satz 2 FamFG), wobei der Fristbeginn voraussetzt, dass die schriftliche Bekanntgabe an einen Beteiligten des Verfahrens **nicht gelingt** („kann die schriftliche Bekanntgabe an einen Beteiligten nicht bewirkt werden“). Dies betrifft nicht den Fall des „vergessenen Beteiligten“ oder des bewussten Absehens von der Bekanntgabe. In diesen Fällen beginnt die Beschwerdefrist nicht und der Beschluss erwächst für den vergessenen Beteiligten niemals in Rechtskraft.

Die Folge ist, dass dadurch das genehmigte Rechtsgeschäft trotz Mitteilung einer vermeintlich wirksamen Genehmigung durch den Betreuer tatsächlich schwebend **unwirksam** bleibt. Der Betreute oder dessen Erben, letztere, soweit die Verletzung eines übertragbaren Vermögensrechts geltend gemacht wird,⁵⁶ könnten sich also auf die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts stets berufen, sodass das Rechtsgeschäft mangels wirksamer Genehmigung schwebend unwirksam und mit Ablehnung endgültig unwirksam ist. Die einzige Möglichkeit bestünde darin, dass im Wege der Gesetzesänderung der Rechtskraftvermerk konstitutive Wirkung erhält bzw. ihm eine Gutgläubenswirkung zugeordnet wird, sodass trotz nicht rechtskräftig gewordener Genehmigung der (gutgläubige) Vertragspartner rechtswirksam erworben hat.

Beschwerdefrist bei betreuungsgerichtlicher Genehmigung

Die Beschwerde unterliegt in allen Fällen **einer Befristung**.

Die Beschwerdefrist beträgt **zwei Wochen** bei einer Beschwerde gegen einen Beschluss, der die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts zum Gegenstand hat, § 63 Abs. 2 Satz 2 FamFG.

In § 75 FamFG ist die Möglichkeit der Einlegung der Sprungrechtsbeschwerde geregelt. Sie setzt voraus, dass alle Beteiligten in die Übergehung des Landgerichts als zweite Tatsacheninstanz einwilligen und der BGH die Sprungrechtsbeschwerde annimmt, also sie zulässt. Jedoch wird erst mit Nichtzulassung der Sprungrechtsbeschwerde durch den BGH der Genehmigungsbeschluss rechtskräftig, bis dahin ist der Eintritt der Rechtskraft gehemmt. Die Beschwerdefrist für die Einlegung der Sprungrechtsbeschwerde beim BGH beträgt 1 Monat.

Deshalb wartet der Urkundsbeamte vorsichtshalber, jedoch aufgrund der Gesetzeslage zurecht, mit der Erteilung des Rechtskraftzeugnisses die 1 Monatsfrist ab, dann kann er sicher sein, dass ein Antrag auf Sprungrechtsbeschwerde durch den BGH wegen Fristablauf zurückgewiesen wird mit der Folge, dass die formelle Rechtskraft des Genehmigungsbeschlusses eingetreten ist.

Diese Unsicherheit könnte durch die Umstellung der Sprungrechtsbeschwerde auf ein Zulassungsrechtsmittel behoben werden, was jedoch eine Gesetzesänderung voraussetzt.

Materielle Rechtskraft der betreuungsgerichtlichen rechtsgeschäftlichen Genehmigung

Die formell rechtskräftige Genehmigung kann vom Gericht nur noch bis zu dem Zeitpunkt deren Gebrauchmachung durch den Betreuer, also der Mitteilung an den Vertragspartner und damit der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts, abgeändert oder widerrufen werden.⁵⁷ Danach ist die formell

⁵³ §§ 1629 II, 1796, 1960, 1915

⁵⁴ § 58 Abs. 2 FamFG

⁵⁵ § 276 Abs. 6 FamFG

⁵⁶ BayObLG, Beschluss vom 28.05.1997, HYPERLINK "http://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=3Z%20BR%2049/97" \o "BayObLG, 28.05.1997 - 3Z BR 49/97" \t "_blank" 3Z BR 49/97; BtPrax 1997, 199

⁵⁷ § 48 Abs. 3 FamFG

rechtskräftige Genehmigung oder Versagung der Genehmigung unabänderbar und erlangt auch **materielle Rechtskraft**.

Weder das Betreuungsgericht noch das Beschwerdegericht dürften die Genehmigung dann noch ändern.

Ob der Betreuer von der formell rechtskräftigen betreuungsgerichtlichen Genehmigung Gebrauch macht, orientiert sich ausschließlich an den Interessen des Betroffenen und liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Betreuers. Er kann sich auch nicht zulasten des Betroffenen gegenüber dem Vertragspartner verpflichten, die Genehmigung einzuholen oder von der Genehmigung Gebrauch zu machen. Der gesetzliche Vertreter kann nicht auf die Entgegennahme verzichten, jedoch sich bei der Entgegennahme vertreten lassen, auch durch eine sog. Doppelvollmacht für den beurkundenden Notar. Diese Vollmacht ist jedoch jederzeit widerruflich.

Der Betreute ist an den Vertrag nicht gebunden, wohl aber der Vertragspartner,⁵⁸ der nur zwei Möglichkeiten des Widerrufs hat:

Wenn der Betreuer gegenüber dem gutgläubigen Vertragspartner der Wahrheit zuwider die Genehmigung des Betreuungsgerichts behauptet hat (§ 1830), kann der Vertragspartner bis zur Gebrauchmachung der Genehmigung den Vertrag widerrufen, wenn ihm das Fehlen der Genehmigung beim Abschluss des Vertrags nicht bekannt war;

er fordert den Betreuer zur Mitteilung darüber auf, ob die Genehmigung erteilt sei. Dann kann diese Mitteilung des Betreuers nur innerhalb von vier Wochen ab Zugang der Aufforderung erfolgen. Schweigt der Betreuer bzw. erfolgt keine Mitteilung innerhalb der Vier-Wochen-Frist, so gilt die Genehmigung als verweigert, § 1829 Abs.2.

Stirbt der Betreute oder wird die Betreuung aufgehoben oder eingeschränkt, bevor von der Genehmigung Gebrauch gemacht wurde, muss der Rechtsnachfolger oder der geschäftsfähige Betreute selbst entscheiden, ob er den Vertrag noch genehmigt oder nicht. Auch kann der geschäftsfähige Betreute das Rechtsgeschäft jederzeit an sich ziehen und das Handeln des Betreuers sodann rechtsgeschäftlich genehmigen § 177. Stirbt der Betreuer vor Gebrauchmachung der Genehmigung muss der neu zu bestellende Nachfolger die Genehmigung erneut beantragen bzw. kann erst in dem Zeitpunkt, in dem er bestellt wird, von der Genehmigung Gebrauch machen.

Der Betreuer kann jedenfalls nicht wirksam ohne Genehmigung des Betreuungsgerichts handeln, auch nicht, wenn sein Betroffener geschäftsfähig ist. Die Zustimmung des Betroffenen ersetzt also nicht das betreuungsgerichtliche Genehmigungsbedürfnis. Nur wenn der geschäftsfähige Betroffene alleine handelt, ist eine betreuungsgerichtliche Genehmigung nicht erforderlich.

Möglichkeit Rechtsmittelverzicht ?

Ist den Beteiligten an einer möglichst schnellen Rechtskraft der Entscheidung gelegen, so haben sie die Möglichkeit, durch einen **Rechtsmittelverzicht**⁵⁹ nach Bekanntgabe des Beschlusses, die auch mündlich nach § 41 Abs. 2 FamFG er-

folgen kann, die umgehende Wirksamkeit der Entscheidung herbeizuführen. Dieser Verzicht müsste von allen beschwerdeberechtigten Beteiligten erklärt werden.

Allerdings setzt die Abgabe eines Rechtsmittelverzichts voraus, dass der Verzichtende in der Lage ist, die ihm zustehenden Verfahrensrechte selbst auszuüben und die Bedeutung seiner Verfahrenserklärung zu erkennen.⁶⁰

Der Verfahrenspfleger ist nicht gesetzlicher Vertreter des Betreuten, sodass dessen Rechtsmittelverzicht nicht auch zugleich für den Betreuten Wirkung entfaltet.

Zur Vermeidung von Anfechtungsmöglichkeiten bzw. einer Unwirksamkeit der Genehmigung wird man in der Praxis die Vierzehn-Tagesfrist oder die 1 Monatsfrist bei Berücksichtigung der Möglichkeit der Einlegung einer Sprungrechtsbeschwerde nach schriftlicher Bekanntgabe an alle Beteiligten abwarten.

Die Innengenehmigung

Die Innengenehmigung betrifft während der Amtszeit des gesetzlichen Vertreters das Verhältnis zwischen ihm und dem Gericht als Aufsichtsbehörde über seine Tätigkeit. Innengenehmigungen werden immer mit dem Zugang an den Betreuer wirksam.

Innengenehmigungen können sowohl vor der Vornahme des Rechtsgeschäfts als auch nachher beantragt werden. Nach z. B. §§ 1810, 1823 soll der Betreuer die Genehmigung des Betreuungsgerichts einholen, nach § 1811 kann eine andere Geldanlage gestattet werden; die Vorschriften sind also reine Ordnungsvorschriften. Liegt die vorgeschriebene Innengenehmigung nicht vor, weil sie nicht beantragt oder verweigert worden ist, berührt ihr Fehlen die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts dagegen nicht. Hierunter fallen insbesondere die Genehmigung für

- die Kontoeröffnung im Rahmen der Anlegung von Mündelgeld;
- die Order von Wertpapieren;
- den Kauf von Investmentanteilen (Renten- oder Aktienfonds) oder Aktien sowie den Abschluss eines Lebensversicherungsvertrages oder Darlehensvertrages zur Geldanlage;
- den Kauf gesicherter Forderungen;
- den Abschluss des Gesellschaftsvertrages zur Beteiligung an Kapitalgesellschaften sowie
- die Mündelgeldanlage;
- die Genehmigung zum Beginn oder der Auflösung eines Erwerbsgeschäfts und des entsprechenden Gesellschaftsvertrages bzw. der Mitwirkung des Betreuten am Liquidationsbeschluss der Gesellschafter sowie der Kündigung des Gesellschaftsvertrages durch den Betreuten und der Veräußerung des Gesellschaftsanteils.

Die Folge ist, dass eine Geldanlage durch den Betreuer, auch wenn sie noch so risikoreich ist, sofort wirksam ist. Das Gericht kann nach § 1837 Abs.2 einschreiten und dem Betreuer die Anlage untersagen und ggbf. den Betreuer entlassen (§ 1908 b) oder ihn mit Zwangsmittel (§ 35 FamFG) dazu auf-

⁵⁸ BGH NJW 1954,1925

⁵⁹ § 67 Abs.1 FamFG

⁶⁰ OLG Hamm, Beschluss vom 10.07.1990, 15 W 243/90, Rpfleger 1990,510

fordern, die Geldanlage rückgängig zu machen. Hierbei ist zu prüfen, ob eine Rückabwicklung den Schaden evtl. noch mehr vergrößert. Sollte das Betreuungsgericht weder eine Genehmigung erteilen noch die unmittelbare Rückabwicklung verlangen können, wird der aus einer Anlage entstandene Schaden ggf. durch einen neuen Betreuer oder Ergänzungsbetreuer alsbald gegen den Betreuer geltend zu machen sein (§1833).⁶¹ Hat der Betreuer das Vermögen geschädigt, kann er sich nach § 266 StGB (Untreue) strafbar machen, wenn er im Rahmen seines Aufgabenkreises rechtswirksam Rechtsgeschäfte tätigt und dabei vorsätzlich und eigennützig das Vermögen des Betreuten schädigt (Missbrauchstatbestand).

Die Außengenehmigung

Außengenehmigungen sind im Gesetzestext an den beispielhaft gewählten Worten

„hat, hat zu, kann nicht ohne, muss, darf nur mit“ oder ähnliche Begriffe zu erkennen.

Damit die Mitwirkung des Betreuungsgerichts oder des Gegenbetreuers sichergestellt ist, sind außengenehmigungspflichtige Rechtsgeschäfte als „Mussvorschriften“ gestaltet. Das hat auch für den Vertragspartner zur Folge, dass er bei Rechtsgeschäften mit gesetzlichen Vertretern damit rechnen muss, dass die Wirksamkeit des Vertrags sich verzögert oder überhaupt kein wirksamer Vertragsabschluss zustande kommt.

Der Vertragspartner hat auch kein Beschwerderecht gegen die Verweigerung einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung, seine Interessen bleiben bei der Entscheidung des Betreuungsgerichts unberücksichtigt.

Der Betreuer sollte gegenüber dem Vertragspartner nicht die Genehmigung des Betreuungsgerichts behaupten, es sei denn, er hat die (zu Beweiszwecken schriftliche) Vorgenehmigung bereits vom Gericht erteilt erhalten.

Haftung bei fehlender Außengenehmigung

Vom Betreuer wird erwartet, dass er die Außengenehmigungspflicht seines Handelns kennt und den Vertragspartner auf die schwebende Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts hinweist. Auch darauf, dass er vor Gebrauchmachung erneut zu prüfen hat, ob der genehmigte Vertrag noch den Interessen des Betroffenen entspricht, und eine Vertragsgestaltung wählt, welche die Rechtswirkungen des Geschäfts erst mit erfolgter Erteilung und Gebrauchmachung der betreuungsgerichtlichen Genehmigungen eintreten lässt. Bei notariell zu beurkundenden Erklärungen obliegt dies dem Notar in seiner Vertragsgestaltung, bspw. Kaufpreisfälligkeit, Besitzübergang erst mit Rechtswirksamkeit des Vertrags, also wirksame Gebrauchmachung von der rechtskräftigen betreuungsgerichtlichen Genehmigung.

Kommt der Betreuer nach Erteilung der Genehmigung zu dem Ergebnis, dass das Rechtsgeschäft zu diesem Zeitpunkt nicht mehr den wirtschaftlichen Interessen seines Betroffenen entspricht, so wird er von der Gebrauchmachung der Genehmigung Abstand nehmen. Eine Haftung des Betreuers (nicht des Betroffenen) gegenüber dem Vertragspartner könnte sich nur ausnahmsweise dann ergeben, wenn der Be-

treuer nicht im Interesse des Betroffenen, sondern in der Absicht, den Vertragspartner zu schädigen, den Vertrag „platzen lässt“ (Pflichtverletzung bei Vertragsanbahnung, § 826).

Eine Haftung gegenüber dem Betroffenen kann sich daraus ergeben, dass der Betreuer von der Genehmigung bei dem vorteilhaften Geschäft keinen Gebrauch macht, also der Anforderung des Vertragspartners zum Nachweis der Vorlage der Genehmigung nicht nachkommt und der Vertragspartner deshalb widerrufen kann.

Verjährungsverkürzung der Betreuerhaftung

Die bisherige Verjährungsfrist von 30 Jahren gegenüber dem Betreuten bzw. seinem Erben von Ansprüchen nach § 1833 BGB ist seit 01.01.2010 auf die gewöhnlichen Verjährungsfristen verkürzt worden; es besteht zudem eine Verjährungshemmung während der laufenden Betreuung (§§ 197, 207).

Zunächst einmal läuft die Verjährungsfrist während der bestehenden Betreuung nicht. Danach gilt eine 3 Jahresfrist, die mit dem Ende des laufenden Kalenderjahres beginnt, indem der Anspruch entstanden (fällig) ist und der Anspruchsinhaber, also der Geschädigte, Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners erlangt oder auf Grund grober Fahrlässigkeit nicht erlangt hat. Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich großem Maße verletzt ist, ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt oder beiseite geschoben wurde und dasjenige unbeachtet geblieben ist, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen. Die Anknüpfung des Beginns der Verjährung an die Kenntniserlangung oder grob fahrlässige Unkenntnis führt zu der Notwendigkeit einer zeitlichen Begrenzung, da sich bei Nichtvorliegen des Kennnismerkmals der Eintritt der Verjährung auf unabsehbare Zeit hinauschieben könnte. Nach § 199 Abs. 3 verjährt deshalb der Anspruch ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grobfahrlässige Unkenntnis in 10 Jahren von der Fälligkeit an. Nach § 199 Abs. 2 gilt schließlich eine Frist von 30 Jahren für die Verjährung von Ansprüchen, die auf der Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit oder der Freiheit beruhen.

Der "Normalfall" dürfte die 10-Jahresfrist sein. Das dürfte auch die allgemeine Empfehlung zur Aktenaufbewahrung sein.

Genehmigungsverfahren aus Sicht des Betreuers

Der Betreuer trägt den Sachverhalt vor und das Gericht prüft, ob das Rechtsgeschäfts genehmigungsbedürftig und genehmigungsfähig ist.

Der Betreuer entscheidet eigenverantwortlich nach pflichtgemäßem Ermessen über die Notwendigkeit und Wirtschaftlichkeit seiner konkret getroffenen Verwaltungsmaßnahme, das Gericht entscheidet nur darüber, ob die Maßnahme als solche genehmigt werden kann.

Genehmigungsverfahren aus Sicht des Betreuungsgerichts

Das Betreuungsgericht hat unverzüglich über die zur Genehmigung vorgelegte Verfügung zu entscheiden. Dies wird ge-

⁶¹ U.a. LG Hannover, Rpfleger 1987,247

rade im Hinblick auf die Vier-Wochenfrist des §1829 Abs.2 deutlich. Das Gericht darf nicht sein Ermessen anstelle des Ermessens des Betreuers setzen, also nicht die Genehmigung verweigern, weil es eine andere Verfügung oder Verpflichtung für wirtschaftlicher hält.⁶² Das Gericht entscheidet nur darüber, ob die Maßnahme als solche entsprechend den gesetzlichen Voraussetzungen genehmigt werden kann. Das Gericht hat die vom Betreuer vorgetragene Tatsachen, die seine Entscheidung tragen, in nachvollziehbarer Weise abzuwägen. Fehlt es hierzu an einer ausreichenden Entscheidungsgrundlage, so muss das Gericht ggf. ein Sachverständigengutachten auf Kosten des Betroffenen einholen, § 26 FamFG.⁶³ Genehmigungsfähig ist das Geschäft dann, wenn es für den Betroffenen vorteilhaft oder zumindest neutral, also nicht nachteilig ist.⁶⁴

Bei der Veräußerung von Grundstücken ist ein Gutachten neueren Datums über den Verkehrswert regelmäßig geboten.

Ein Rechtsgeschäft, das nicht genehmigungsfähig ist, bspw. eine Schenkung (§1804) oder ein In-Sich-Geschäft (§ 181) oder Verwandtengeschäft (§ 1795) kann auch nicht genehmigt werden.

Ein fehlerhaftes Geschäft kann ebenfalls nicht genehmigt werden. Das Betreuungsgericht muss den gesetzlichen Vertreter auf die Mängel hinweisen und auf deren Beseitigung hinwirken.

Eine Genehmigung darf nur dann erteilt werden, wenn eine hinreichende Aufklärung des Sachverhalts durch das Betreuungsgericht erfolgt ist. Bei wirtschaftlich schwierigem Sachverhalt ist das Betreuungsgericht im Hinblick auf seine begrenzte eigene Sachkunde verpflichtet, sich der Hilfe eines Sachverständigen zur Aufklärung des Sachverhalts zu bedienen.

Wenn der Betreuungsrichter amtspflichtwidrig eine betreuungsgerichtliche Genehmigung erteilt, ohne vorher den Sachverhalt hinreichend aufgeklärt zu haben, und der Betroffene wird dadurch geschädigt, besteht ein Amtshaftungsanspruch gegen das Land.⁶⁵ Das Spruchrichterprivileg des § 839 Abs. 2 wird dem Betreuungsrichter nicht zugebilligt.

Beschwerderecht bei Erteilung der Genehmigung

Das Beschwerderecht richtet sich nach § 59 Abs. 1 FamFG. Danach steht die Beschwerde demjenigen zu, der durch den Beschluss in seinen Rechten beeinträchtigt ist.

Beteiligt ist der Betreute und der Verfahrenspfleger, wenn bestellt.⁶⁶ Der Betreuer ist in seinen Rechten nicht beeinträchtigt, weil die von ihm beantragte Genehmigung erteilt wird. Allerdings kann er namens des Betreuten Beschwerde einlegen.⁶⁷

Beschwerderecht bei Versagung der Genehmigung

Hält der Betreuer die Genehmigung für gerechtfertigt, wird er namens des Betroffenen Beschwerde gegen die Verweigerung einer erforderlichen Genehmigung einlegen. Der Betreuer ist auch bei Geschäftsunfähigkeit verfahrensfähig und kann selbst Beschwerde einlegen. Ob der Betreuer auch in eigenem Namen gegen die Versagung der Genehmigung Beschwerde einlegen kann, also durch die Versagung in seinen (eigenen) Rechten beeinträchtigt wird, ist fraglich. Die Rechtsprechung bejaht ein eigenes Beschwerderecht des Betreuers bei Versagung der Genehmigung.⁶⁸

Dritten, bspw. Angehörigen⁶⁹ und der Betreuungsbehörde steht kein Beschwerderecht zu, da sie in dem Genehmigungsverfahren nicht beteiligt sind. Dem Vertragspartner steht ebenfalls kein Beschwerderecht zu.⁷⁰

Hält das Gericht ein ihm zur Genehmigung vorgelegtes Rechtsgeschäft für nicht genehmigungsbedürftig, so wird des Öfteren ein so genanntes Negativattest verlangt. Diese Verfügung des Gerichts kann nicht als vorsorgliche Genehmigung ausgelegt werden. Deshalb empfiehlt es sich bei Zweifel an der Genehmigungsbedürftigkeit, dass das Betreuungsgericht jedenfalls das Rechtsgeschäft genehmigt und kein Negativzeugnis ausstellt.

Denn war das Rechtsgeschäft tatsächlich genehmigungspflichtig, so ist es mit der Erteilung der Genehmigung wirksam, während mit dem Negativzeugnis feststeht, dass die Genehmigung nicht erteilt ist.

Vorhandensein von Vollmachten auf Betreutenkonten⁷¹

Die Vollmacht erlischt nicht mit Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers⁷². Der Betreuer hat zunächst das der Vollmacht zugrunde liegende Auftragsverhältnis zu prüfen. Nach § 1896 Abs. 2 Satz 1 darf ein Betreuer nur für Aufgabenkreise bestellt werden, in denen die Betreuung erforderlich ist, also die Angelegenheiten nicht durch einen Bevollmächtigten ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können. Soll die rechtsgeschäftliche Vertretungsberechtigung bleiben, muss die gesetzliche Vertretung eingeschränkt oder auf die Funktion der Kontrollbetreuung (§ 1896 Abs.3) beschränkt werden. Dazu genügt es aber nicht, wenn vom Bevollmächtigten ein großes Vermögen verwaltet wird. Es müssten vielmehr konkrete Anhaltspunkte dafür gegeben sein, dass der Bevollmächtigte dieses Vermögen nicht im Sinne des Betreuten verwaltet. Die Existenz der Vollmacht und seine Prüfungen über den Bestand und die Gesetzesmäßigkeit des zugrundeliegenden Auftragsverhältnisses wird der Betreuer dem Betreuungsgericht mitteilen zur Prüfung, ob Umstände gegeben sind, die eine Einschränkung des Aufgabenkreises ermöglichen (§ 1901 Abs.5) oder das Auftragsverhältnis gekündigt und die Vollmacht widerrufen werden muss.

⁶² OLG Schleswig Rpfleger 2000,112

⁶³ OLG Schleswig Rpfleger 2000,112

⁶⁴ BayObLG Rpfleger 1989,455, Rpfleger 1990,67

⁶⁵ Zu den Amtspflichten bei Genehmigung eines Unterhalts-Erb- und Pflichtteilsverzichtsvertrag, BGH, BWNotZ 1995,118

⁶⁶ § 303 Abs. 3 FamFG

⁶⁷ § 303 Abs. 4 FamFG

⁶⁸ OLG München, FamRZ 2003, 392, OLG Hamm FamRZ 1991, 605.

⁶⁹ KG Berlin, BtPrax 2010,39

⁷⁰ OLG Rostock, FGPrax 2006,215, NJW 2006, 3503,

OLG München Beschluss vom 15.06.2009, 33 Wx 79/09, MDR 2009,1001;

⁷¹ siehe Geißner, Rpfleger 1985, 482, zum Widerruf einer Generalvollmacht siehe oben Kapitel Aufgabekreis

⁷² §§ 168,672,675

Eine Genehmigung zur Kündigung des Grundverhältnisses und des Widerrufs der Vollmacht ist nicht erforderlich

Der Betreuer kann im Grundsatz nicht das Risiko eingehen, dass neben ihm noch ein Bevollmächtigter über die Konten verfügt.

Gegenbetreuer

Der Gegenbetreuer (§ 1792) hat die Aufgabe, den Betreuer zu überwachen und bei Pflichtwidrigkeiten das Eingreifen des Betreuungsgerichts zu veranlassen, ein eigenes Vertretungs- und Verwaltungsrecht hat er nicht (§ 1799 Abs.1). Der Betreuer hat dem Gegenbetreuer Auskunft zu erteilen und Einsicht in die Papiere zu gewähren, die sich auf die Betreuung beziehen.

Der Betreuer hat den Gegenbetreuer zur Aufnahme des Vermögensverzeichnisses heranzuziehen (§1802 Abs.1 S.2), ihm die laufende Rechnung (§ 1842) und die Schlussrechnung (§ 1892 Abs.1) vorzulegen.

Der Gegenbetreuer dient zur Entlastung des Betreuungsgerichts, da er anstelle des Betreuungsgerichts dem Betreuer die Innengenehmigungen von mündelsicheren Geldanlagen nach §§ 1807 und 1809 erteilt und insbesondere auch die ansonsten vom Gericht mit Rechtskraftvermerk zu versehenen Außengenehmigungen nach § 1812 dem Betreuer erteilt. Mit dem Gegenbetreuer kann der Betreuer Verfügungen über Forderungen und Wertpapiere nach §§ 1812, 1824 sofort zur Wirksamkeit bringen, die Einschaltung des Gerichts und das Abwarten der zweiwöchigen Beschwerdefrist erübrigt sich. Allerdings kann der Gegenbetreuer keine andere Anlegung von Betreutengeld nach § 1811, keine Grundstücksgeschäfte nach § 1821, keine sonstigen Geschäfte nach 1822 und keine Wohnungskündigung nach § 1907 genehmigen. Diese Geschäfte verbleiben in der ausschließlichen Genehmigungszuständigkeit des Betreuungsgerichts.

Die Bestellung eines Gegenbetreuers, die durch den Rechtspfleger erfolgen kann, liegt im **pflichtgemäßen Ermessen** des Betreuungsgerichts. Die Vorschrift des § 1792 Abs. 2 verlangt die Bestellung eines Gegenbetreuers, wenn der Betreuer ein Vermögen zu verwalten hat, es sei denn dass diese Verwaltung nicht erheblich ist. Für die Erheblichkeit ist nicht an den Wert des Vermögens anzuknüpfen. Ausschlaggebend ist also vor allem die Zusammensetzung des Vermögens, z.B. umfangreicher Immobilienbesitz, Wertpapieranlagen, Unternehmensbeteiligungen. Entscheidend ist der Umfang der zu erbringenden Tätigkeit des Betreuers. Die Bestellung des Gegenbetreuers kann sich auch nur auf bestimmte Aufgabenkreise beschränken.

Auf die Bestellung des Gegenbetreuers sind die Vorschriften über die Betreuerbestellung sinngemäß anzuwenden. Wird nachträglich ein Gegenbetreuer bestellt, ist zu verfahren wie bei der Bestellung eines weiteren Betreuers ohne Erweiterung des Aufgabenkreises (§ 293 Abs.3 FamFG).

Die Tätigkeit des Gegenbetreuers wird vom Betreuungsgericht überwacht, ihn treffen Berichts- und Auskunftspflichten (§§ 1837 Abs. 2, 1839 Abs.2) Er haftet dem Betreuten gegenüber für Pflichtverletzungen (§ 1833). und hat Vergütungs- und Aufwendungsanspruch wie ein Betreuer.

Anlegung von Geldern auf den Namen des Betroffenen

Der Betreuer handelt fremdnützig, unzulässig ist jedwede ei-

gene Verwendung, so die Inanspruchnahme von Geldern oder der Gebrauch von Sachen des Betreuten.

Die Variante (bspw. zur Vermeidung des Zugriffs von Gläubigern oder weil keine Kontoerrichtung möglich ist) Gelder auf ein eigenes Konto des Betreuers zu buchen oder auf Sammelgiro- oder Sammelanlagekonten oder Treuhand- oder Anderkonten,⁷³ ist nach § 1805 nicht zulässig, da dies dem Trennungsgebot des § 1805 widerspricht. Geld ist gleich in welcher Art, stets individuell zuordenbar auf den Namen des Betreuten anzulegen, dies gilt auch für die laufenden Konten des Betroffenen. Es wird damit auch die betreuungsgerichtlichen Genehmigungsbedürfnisse unterlaufen. Eine Anlage auf den Namen des Betreuers birgt auch die Gefahr, dass Gläubiger des Betreuers Pfändungsmaßnahmen treffen, die zunächst abgewehrt werden müssten. Weiter stünde im Falle eines Betreuerwechsels dem neuen Betreuer das dem Betroffenen zustehende Vermögen nicht automatisch zu, sondern müsste gegen den früheren Betreuer oder dessen Erben erst geltend gemacht werden. Bei Beiseiteschaffen von Vermögen wegen Pfändung könnte ein Straftatbestand gem. §§ 288 oder 283 d StGB vorliegen.

Werden vom Betreuer bereits gemeinsame Konten bei Beginn der Betreuung vorgefunden, so sollte der Betreuer auf eine Trennung des Vermögens hinwirken, sodass ein Sperrvermerk angebracht werden kann. Ein Anspruch auf Trennung von gemeinsamen Vermögen besteht jedoch nur bei Auflösen der ehelichen Lebensgemeinschaft. (§ 1363 Abs. 2). Weiter wären auch Unterhaltsansprüche (bspw. § 1360) zu prüfen.

Verfügungsgelder

Gelder, die zur Bestreitung laufender Ausgaben benötigt werden, so genannte Verfügungsgelder im Gegensatz zu Anlagegelder, brauchen nicht verzinslich angelegt werden, ihre Anlegung ist nicht nach § 1810 zu genehmigen, sie können auf dem Girokonto oder Sparkonto bereitgehalten werden.

Mündelsicherheit

Der Betreuer muss sich darüber vergewissern, ob das Kreditinstitut, bei dem er eine Anlage nach § 1807 Abs.1 Nr. 5 tätigt, der Einlagensicherung angehört.

Der Betreuer haftet auf Schadensersatz aus schuldhafter Verletzung seiner Pflichten, wenn er Geld des Betreuten bei einem Kreditinstitut anlegt, das keiner für die Anlage ausreichenden Sicherungseinrichtung angehört.⁷⁴

Mündelsicher sind alle Banken mit ausreichender Sicherungseinrichtung (dazu zählen alle Großbanken, Volksbanken und Raiffeisenkassen, Stadt- und Kreissparkassen). Der Einlagensicherungsfonds sichert Spareinlagen und alle nicht in Wertpapieren verbrieften Einlagen bis zur Höhe von 30 % des haftenden Einlagekapitals, das mindestens 5 Mio. Euro betragen muss. Auskunft über die Mündelsicherheit erteilen die Landeszentralbanken, der Bundesverband deutscher Banken in Köln und der Bundesverband der deutschen Volks- und Raiffeisenbanken in Bonn. Ist das Kreditinstitut nicht mündelsicher, hat der Betreuer eine Genehmigung nach § 1811 beim Betreuungsgericht zu beantragen.

⁷³ KG NJW 1967,883, LG Krefeld Rpfleger 2001,302,Gleißner, Rpfleger 1985,482

⁷⁴ LG Waldshut-Tiengen, BtPrax 2008, 87, FamRZ 2008, 916

Geldanlageformen

Betreuer könnte Geld des Betroffenen im Wege des **Darlehens** (höherverzinslicher als bei einer Bank) vergeben, wenn die Darlehensforderung an einem inländischen Grundstück durch eine Hypothek/Grundschuld abgesichert werden kann, wobei der Wert des Grundstücks in einer Zwangsversteigerung (ggbf. Schätzung erforderlich) zumindest doppelt so hoch wie die erstrangig gesicherte Darlehensforderung sein muss.

Namenspapiere lauten auf den Namen des Berechtigten der Forderung. Dieser muss nachweisen, wenn er über die Forderung verfügen will, dass ihm das Recht aus dem Papier tatsächlich zusteht. Entweder das Papier enthält seinen Namen als Berechtigter oder es ist nachzuweisen, dass durch Abtretung der Forderung diese auf ihn übergegangen ist. Außerdem muss der Berechtigte die Urkunde, also das Wertpapier vorlegen. Möglichkeit der Kraftloserklärung nach §1018. Klassische Namenspapiere sind Sparbriefe. Zur Geltendmachung muss man den Brief vorlegen und der Name des Betreuten muss als Bezugsberechtigter auf der Urkunde enthalten sein.

Inhaberpapiere sind Wertpapiere, in denen der Berechtigte nicht genannt ist und aus dem der jeweilige Besitzer das in der Urkunde verbriefte Recht geltend machen kann (dem Inhaber wird die Leistung versprochen, § 797).

Das Papier selbst kann nach sachenrechtlichen Grundsätzen durch Einigung und Übergabe übertragen werden. **Gutgläubiger Erwerb** ist nach § 935 Abs. 2 möglich. Inhaberpapiere sind zum Beispiel Industrie- Kommunalobligationen, Pfandbriefe, öffentliche Anleihen und Aktien (§ 10 AktG) und Schecks (Art.5 ScheckG).

Bundesschatzbriefe sind in das Bundesschuldenbuch eingetragene Forderungen, so genannte Wertrechte.

Kommunalobligationen sind Inhaberschuldverschreibungen öffentlich-rechtlicher Kreditanstalten. Sie sind mündelsicher.

Pfandbriefe sind Inhaberschuldverschreibungen. Sie werden von Hypothekenbanken herausgegeben. Sie sind indirekte hypothekarische gesicherte Forderungen und sind mündelsicher.

Pfandbriefe und Kommunalobligationen gewährleisten hohe Sicherheit bei fester Verzinsung. Sie haben häufig Laufzeiten von zehn Jahren und mehr. Allerdings können sie vor Fälligkeit verkauft werden an der Börse, wobei Kursschwankungen möglich sind. Der Erwerb erfolgt regelmäßig nicht zum verbrieften Wert, sondern mit einem Abschlag (Disagio). Die Auszahlung erfolgt bei Ablauf der Festlegungsfrist zu 100 Prozent, so dass dann kein Kursrisiko besteht. Pfandbriefe werden von Hypothekenbanken herausgegeben.

Das Sparbuch ist eine Mischform aus Namenspapier und Inhaberpapier. Es ist auf den Namen des Eigentümers ausgestellt (§ 808). Die Bank wird jedoch von der Auszahlungsverpflichtung (§ 700) frei, wenn sie an denjenigen auszahlt, dessen Name im Sparbuch steht, und auch durch Leistung an den jeweiligen Sparbuchinhaber (§ 808 Abs.1 S.2) Auf die Berechtigung des Inhabers kommt es nicht an. Vom hinkenden Inhaberpapier spricht man, weil das qualifizierte Legitimationspapier im Unterschied zum Inhaberpapier den Schuldner nicht zur Leistung an den Inhaber verpflichtet.

Aufbewahrung

Weil Namenspapiere gegen unzulässige Fremdverfügungen relativ gut geschützt sind, gibt es für die Aufbewahrungspflichten keine besonderen gesetzlichen Regelungen.

Der Betreuer muss jedoch **Inhaberpapiere** hinterlegen (§ 1814). Die Hinterlegung erfolgt üblicherweise bei einem Kreditinstitut in einem Depotkonto. Hierzu ist ein Verwahrvertrag (§ 688) mit der Bank zu vereinbaren und zusätzlich ein Abrede zu treffen, dass die Herausgabe der Wertpapiere nur mit betreuungsgerichtlicher Genehmigung erfolgen kann (§ 1814).

Nach §§ 2 und 5 DepotG sind Sonder- und Sammelverwahrung zulässig.

Bei der Sonderverwahrung werden die Papiere für jeden Hinterleger gesondert aufbewahrt. Sie ist die regelmäßige Aufbewahrungsart, da sich am Eigentum der Sache Papier nichts verändert. Sie ist mit hohen Verwahrungskosten durch die Banken verbunden, weil auch der Verwaltungsaufwand groß ist.

Bei der Sammelverwahrung ist die Bank berechtigt, für einen Kunden Wertpapiere derselben Art ungetrennt von anderen Beständen aufzubewahren oder von einem Dritten aufbewahren zu lassen. Die Sammelverwahrung ist genehmigungsfrei und aus Kostengründen vorzuziehen. Bundeswertpapiere (Bundesschatzbriefe usw.) können gebührenfrei bei der Bundesschuldenverwaltung hinterlegt werden (Bundesschuldenverwaltung, Postfach 1245, 61282 Bad Homburg von der Höhe).

Wertsachen und Schmuck

Die allgemeine Haftung des Betreuers (§ 1833) umfasst auch die Pflicht nicht hinterlegungspflichtige Wertgegenstände sicher aufzubewahren. Das kann etwa in einem Schließfach bei der Bank geschehen, das auf den Namen des Betreuten anzulegen ist.

Das Betreuungsgericht kann die Hinterlegungspflicht auf Wertpapiere ausdehnen, die von der gesetzlichen Verpflichtung nach § 1814 nicht erfasst sind, also bspw. Namenspapiere (Sparbriefe), Hypothekenbriefe, sowie Zins- Renten- oder Gewinnanteilsscheine.

Auch die Hinterlegung von Kostbarkeiten wie Schmuck oder Edelmetalle kann angeordnet werden (§ 1818, 5 HinterIO). Diese Anordnung kann auch dem befreiten Betreuer (§§ 1908 i, 1817, 1857 a, 1853) aufgegeben werden.

In diesem Fall muss der Betreuer auch eine „Sperrabrede“ für die Herausgabe treffen (§ 1819 BGB).

Die Kontosperrung des § 1809

Damit der Betreuer nicht von einem unter § 1807 Abs. 1 Nr. 5 fallenden Konto ohne Zustimmung des Betreuungsgerichts Geld abheben kann, ist in § 1809 die versperrte Anlegung vorgeschrieben. Unter § 1809 fallen insbesondere Sparkonten, Wertpapierkonten, Bausparverträge und Lebensversicherungsverträge. Diese Konten sind mit einem Sperrvermerk zu versehen, wonach zur Abhebung von Geld die betreuungsgerichtliche Genehmigung erforderlich ist. Diese Beschränkung der Vertretungsmacht des Betreuers bedarf einer entsprechenden Gestaltung des Kontoeröffnungsvertrages oder der nachträglichen Eintragung. Unterlässt der Betreuer die Eintragung des Sperrvermerks, haftet er nach § 1833 dem Betreuten für dessen entstandenen Schaden. Die Verfügung über das Geld ist aber wirksam, soweit nicht nach § 1812 eine betreuungsgerichtliche Genehmigung erforderlich war. Das Betreuungsgericht hat bereits bei Einrei-

chung des Vermögensverzeichnisses die Eintragung des Sperrvermerks zu kontrollieren und sollte dies nicht bis zur ersten Rechnungslegung offen lassen (Staatshaftung § 839 i.V.m.Art. 34 GG).⁷⁵

Die versperrte Anlegung kann auch mit Zwangsgeld gegen den Betreuer durchgesetzt werden (§ 1837 Abs. 3, § 35 FamFG). Die versperrte Anlage hat der Betreuer durch Bestätigung des Kreditinstituts dem Betreuungsgericht nachzuweisen.

Durch den Sperrvermerk wird die qualifizierte Legitimationswirkung des § 808 außer Kraft gesetzt, sodass das Kreditinstitut nicht mehr allein aufgrund bloßer Vorlage eines Sparbuches schuldbefreiend auszahlen kann. Der Sperrvermerk schützt auch den Betreuer davor, dass ein Dritter unberechtigt über das Geld verfügt.

Durch den Sperrvermerk ist jede Verfügung über das Geld genehmigungsbedürftig. Die Befreiungen des § 1813 Abs. 1 Nr. 2 und 3 werden außer Kraft gesetzt (§ 1813 Abs.2 Satz 1).

Allerdings bindet die Sperre nur den Betreuer und nicht auch den Betroffenen. Ist dieser geschäftsfähig, so kann dieser jederzeit über seine Gelder verfügen und bedarf nicht der betreuungsgerichtlichen Genehmigung. Allerdings führt die Sperrung des Guthabens durch den Betreuer zum faktischen Ausschluss des Betroffenen, weil die Kreditinstitute aus Rechtsunkenntnis oder zur Vermeidung eines Haftungsrisikos dessen Anweisungen nicht beachten.

Im Einzelfall wird es u.U. helfen, dem Betreuten ein Sparbuch zur eigenen Verwaltung zu überlassen.

Verjährung von Sparbuchforderungen

Aufgrund des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes beträgt nunmehr die regelmäßige Verjährungsfrist nur noch drei Jahre, § 195.

Die Verjährungsfrist beginnt jedoch erst mit Schluss des Jahres, in dem gekündigt worden ist. Das Sparguthaben muss also fällig sein (§ 199 Abs.1 Ziff.1).

Nicht gekündigte Spareinlagen können deshalb nicht verjähren. Daraus folgt, dass ein Kreditinstitut, das die Rückzahlung einer Spareinlage nicht beweisen kann, auch dann noch eine Zahlungsverpflichtung hat, wenn eine Uralt-Sparurkunde vorgelegt wird.⁷⁶ Allerdings kann aber 20 Jahre nach der letzten Eintragung bzw. 38 Jahre nach der letzten Kontenbewegung und Vernichtung aller Unterlagen im Einzelfall von einer Umkehr der Beweislast auszugehen sein.⁷⁷

Ansprüche bei gefälschter Überweisung

Die (gefälschte) Überweisung, also den von einer anderen Person mit der Unterschrift des Kontoinhabers versehenen Auftrag an die Bank, vom Konto einen bestimmten Geldbetrag einem begünstigten Konto gutzuschreiben, gibt ein Nichtberechtigter ab, sodass keine wirksame Verfügung des Kontoinhabers vorliegt.

Technisch werden oftmals Überweisungsträger aus den Sammelbriefkästen der Bankfilialen entwendet und anschlie-

ßend durch gefälschte Überweisungsaufträge ausgetauscht. In Deutschland ist das Vergehen des Betrugs (§ 263 StGB), das Vergehen des Ausspähens von Daten (§ 202a StGB) und das Vergehen der Urkundenfälschung (§ 267 StGB) einschlägig. Bei der Frage, ob ein Kontoinhaber sich bei einem gefälschten Überweisungsauftrag den entstehenden Anschein einer Anweisung im Giroverhältnis, die zu einem entsprechenden Aufwendungsersatzanspruch der Bank führt, mit welchem sie das Konto des Überweisenden belasten kann, den bei der Bank entstehenden Rechtsschein zurechnen lassen muss, stellt der BGH⁷⁸ maßgeblich auf die Grundsätze des Blankettmissbrauchs ab.

Die Entscheidung diskutiert weiter einen Schadensersatzanspruch der Bank gegen den Kontoinhaber wegen der Verletzung einer Nebenpflicht (§§ 241 Abs. 2, 280 Abs.1).

Die Prüfung der Unterschrift auf Zahlungsbelegen stelle einen Teil der Sorgfaltspflicht der Bank im Geschäftsverkehr mit ihren Kunden dar. Aus diesem Grunde trage die Bank das Fälschungsrisiko. Sie habe den Schaden.

Sie sei deshalb unabhängig davon, ob sie schuldhaft gehandelt habe, verpflichtet, den rechtswidrig abgebuchten Betrag wieder gutzuschreiben.⁷⁹

Allerdings hat der Kontoinhaber die kontovertragliche Nebenverpflichtung, die Gefahr einer Fälschung soweit wie möglich auszuschalten. Hierzu gehört auch die Verpflichtung zur laufenden Prüfung der Kontoauszüge auf vertragswidrige Verfügungen.

Andersartige Geldanlage nach § 1811

Bei der andersartigen Anlegung ist zu denken an festverzinsliche Wertpapiere, Investmentanteile, Aktienfonds, Rentenfonds, Lebensversicherungen, Festgeldkonten bei privaten Geschäftsbanken; Privatdarlehen; Beteiligungen an Kapitalgesellschaften, welche allerdings unter dem Genehmigungsvorbehalt des § 1822 Nr. 3 stehen können.

Aktien sind verbriefte Geschäftsanteile an einer AG. Die Höhe des Geschäftsanteils ist auf der Aktie ersichtlich. Gemessen an diesem Wert wird der Jahresüberschuss einer AG berechnet und an die Aktionäre als Dividende ausgezahlt. Aktien haben i. d. R. einen geringen Nennwert. Meist nicht mehr als 100,- €. Der eigentliche Wert der Aktie bestimmt sich nach dem Preis für den sie an der Börse gehandelt wird. Aktien sind jedenfalls keine mündelsichere und auch keine verzinsliche Anlageform.

Ein Investmentfonds gibt Investmentzertifikate aus, diese bescheinigen die Teilhaberschaft an dem Fonds, d.h. einer Kapitalanlagegesellschaft. Der Fonds besteht entweder aus Aktien verschiedener Firmen, aus Rentenpapieren (festverzinsliche Wertpapiere) oder einer Mischung daraus. Da es sich um Papiere mehrerer Firmen handelt, ergibt sich eine Risikostreuung und damit eine erhebliche Verringerung eines Kursrisikos. Die Investmentgesellschaft ist gesetzlich verpflichtet, Investmentzertifikate jederzeit zurückzukaufen. Es gibt daher einen Unterschied zwischen dem Kaufpreis für die Investmentpapiere und dem Rücknahmewert, der täglich neu festgesetzt wird. Er ergibt sich aus dem Gesamtwert des

⁷⁵ OLG Oldenburg Rpfleger 1979,101

⁷⁶ BGH, NJW 2002, 2707

⁷⁷ s.Palandt, 69.Auflage zu § 199

⁷⁸ BGH, Urteil vom 17.07.2001, XI ZR 325/00

⁷⁹ Oberlandesgericht Koblenz, Urteil vom 26. November 2009 - Aktenzeichen: 2 U 116/09

Fondsvermögens. Dieser wird durch die Anzahl aller Anteilscheine geteilt.

Immobilienfonds gibt es als offene oder als geschlossene Fonds. Der Anleger beteiligt sich bei den offenen an unbeschränkt vielen Grundstücken, bei den geschlossenen dagegen nur an einem oder mehreren bestimmten Objekten.

Zur Genehmigungsfähigkeit des Kaufs von Gold, LG Kempfen, Beschluss vom 21.11.2008, 42 T 2071/08, FamRZ 2009, 724.

Nach dem Wortlaut von § 1811 kann das Betreuungsgericht die Verweigerung der Genehmigung der andersartigen Anlage nur damit begründen, dass diese den Grundsätzen einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung nach Lage des Falles zuwiderlaufe.

Der Betreuer wird dennoch das Vorliegen eines besonderen Falles – allgemeine wirtschaftliche Erwägungen genügen danach nicht - sowie die wirtschaftlichen Vorteile gegenüber der mündelsicheren Anlage vortragen müssen, um die Wirtschaftlichkeit der andersartigen Anlage begründen zu können. Andererseits darf das Betreuungsgericht die andersartige Anlage nicht allein damit ablehnen, es halte eine andere Anlage oder Anlageart für sicherer.⁸⁰

Im vorliegenden Fall hatte der Betreuer Immobilien verkauft und das Geld u. a. in einem Renten-, Immobilien- und Aktienfonds anlegen wollen. Die Anlage in einem Aktienfonds wurde in den unteren Instanzen als nicht sicher angesehen. Das OLG Schleswig hob auf, weil der Beschlussinhalt nicht nachvollziehbar den Vorgang einer Ermessensausübung enthielt. Bei Zweifeln über die Sicherheit der intendierten Kapitalanlage wäre nach § 12 FGG (§ 26 FamFG) ein Sachverständigengutachten einzuholen gewesen.

Nach Ansicht des AG Bremen stellt bereits die längere Anlage eines Vermögens von 27.000,-DM auf einem Sparbuch mit gesetzlicher Kündigungsfrist zum Eckzinssatz eine Pflichtverletzung dar, sodass der Betreuer verpflichtet gewesen wäre, eine anderweitige Geldanlage beim Betreuungsgericht nach § 1811 zu beantragen⁸¹.

Diese im Jahre 1993 ergangene Entscheidung ist heute nach den Erfahrungen der weltweiten Bankenkrise nicht mehr von Bedeutung.

Es gilt aktuell der Grundsatz, dass die Erhaltung des Mündelvermögens Vorrang vor der Vermehrung hat. Der Betreuer hat also insbesondere Sicherheit und Ertrag abzuwägen. Er darf sich weder darauf verlassen, dass die regelmäßige Anlage im Hinblick auf sein Haftungsrisiko für ihn sicher ist, noch darauf, dass jede andersartige Anlegung mit Vermögensgefährdung einhergeht.

Dreigestirn der anderweitigen Anlage

Die Anlage muss hinreichend sicher sein. Deswegen kommt eine Erlaubnis nur dann in Betracht, wenn die beabsichtigte Anlage im Einzelfall klar erkennbare wirtschaftliche Vorteile bietet und gleichermaßen sicher ist.⁸²

Dies ist bei der Anlage in Aktien nicht gewährleistet, andererseits entspricht es wirtschaftlichen Grundsätzen, jedenfalls bei mittleren und größeren Vermögen, einen Teil des Anlagevermögens langfristig in Aktien zu investieren.

Bei größeren Vermögen entspricht es den Grundsätzen einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung, eine Streuung auf unterschiedliche Anlagearten vorzunehmen.⁸⁴

Rein spekulative Anlagen, mit denen bei großem Risiko eine hohe Wertsteigerung oder eine besonders hohe Rendite erstrebt wird, sind aber jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn sie das gesamte Vermögen oder einen sehr hohen Teil davon erfassen.⁸⁵

Die mit der Anlage in Aktien verbundenen Risiken lassen sich im Hinblick auf die für Investmentfonds gesetzlich vorgeschriebene Risikomischung streuen durch die Beteiligung an Investmentfonds.

Bei der Beurteilung der Gestattungsfähigkeit ist davon auszugehen, dass Aktien sowie Beteiligungen an Aktien- und Rentenfonds nicht schon von vornherein wegen eines allgemeinen Risikos von Kursschwankungen und Schwankungen des Renten- und Geldmarkts als Anlagen nach § 1811 ausscheiden.⁸⁶

Ob die zur Genehmigung beantragte anderweitige Anlageform den Grundsätzen einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung entspricht, ist aufgrund einer umfassenden Prüfung der Vor- und Nachteile, ausgerichtet an den Umständen des Einzelfalls, zu beurteilen. Dabei ist auf ein angemessenes Verhältnis von Anlagesicherheit zum Zweck der Vermögenserhaltung und Rentabilität im Sinne einer optimalen Renditezielung zu achten. Von Bedeutung sind auch Art und Umfang des Vermögens sowie die in der Vergangenheit vom Betroffenen eigenverantwortlich getroffenen Anlageentscheidungen. Daneben ist zu berücksichtigen, ob und inwieweit der Betroffene seinen laufenden Lebensunterhalt aus anderen Einkünften bestreiten kann oder hierzu auf die Erträge aus der beabsichtigten Geldanlage oder auch auf die längerfristige Verwertung von deren Substanz angewiesen ist. Bei größerem Vermögen entspricht es den Grundsätzen einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung, eine Streuung auf verschiedene Anlagearten vorzunehmen. Zur Beurteilung der Wertsicherheit, Rendite und der steuerlichen Auswirkungen der beabsichtigten Geldanlage wird im konkreten Einzelfall im Hinblick auf die notwendige Sachkunde und nach dem Amtsermittlungsgrundsatz die Einholung amtlicher Auskünfte oder eines Sachverständigengutachtens in Betracht kommen.

Der Erwerb von Aktien sowie von Beteiligungen an Aktien- und Rentenfonds scheidet nicht von vornherein wegen des allgemeinen Risikos von Kurs- und Wertschwankungen als betreuungsgerichtlich genehmigungsfähige „andere Anlage“ aus. Zu den bei einer am Einzelfall orientierten Prüfung zu beachtenden Gesichtspunkten ist insbesondere zu berücksichtigen

1. Zusammensetzung des Fondsvermögens
2. Arbeit des Managements
3. Bonität der hinter der Gesellschaft stehenden Bank oder Bankengruppe.

⁸⁰ OLG Schleswig Rpfleger 2000, 112, 113

⁸¹ AG Bremen, NJW 1993, 205.

⁸² OLG Frankfurt, Rpfleger 1984, 147

⁸³ OLG Frankfurt, NJW-RR 1999, 1236,

⁸⁴ BGH, NJW 1987, 1070, FamRZ 1987, 377

⁸⁵ OLG Schleswig Rpfleger 2000, 112 = BtPrax 2000, 87

Für Auflage und Vertrieb von Investmentanteilen gilt das Gesetz über die Kapitalanlagesellschaften (KAGG).⁸⁶ Es gilt das Prinzip der Risikomischung.⁸⁷

Das Betreuungsgericht hat weiter zu prüfen, ob die geplante Anlage evidente Vorteile gegenüber den Anlageformen des § 1807 hat bei gleicher Sicherheit und zugleich höherem Ertrag. Bei Zweifeln an der Wirtschaftlichkeit einer Anlageform muss ggf. ein Sachverständigengutachten eingeholt werden.

Bei größeren Vermögen kann eine Geldanlage in einem offenen **Immobilienfonds** nach § 1811 BGB genehmigungsfähig sein. Die Entscheidung erfordert eine umfassende Prüfung der Vor- und Nachteile, die an den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ausgerichtet sein muss. Dabei ist auch die den Grundsätzen einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung entsprechende Streuung auf mehrere Anlageformen zu berücksichtigen.⁸⁸

Bei Immobilienfonds sind **geschlossene** Fonds nicht genehmigungsfähig (bspw. Altenwohnungsfonds etc.)

Erweist sich eine Anlage als völlig ungeeignet und hätte der Betreuer dies erkennen müssen oder können, haftet der Betreuer nach § 1833 für den Verlust und die entgangenen Nutzungen (§ 252). Hierfür genügt insbesondere auch, dass der Betreuer nach § 1807 verpflichtet gewesen wäre, eine dort abschließend aufgeführte Anlageform zu wählen bzw. eine andersartige Anlageform dem Betreuungsgericht zur Genehmigung vorzulegen.

Bei Zweifeln an der Wirtschaftlichkeit oder Sicherheit der beabsichtigten Anlageform kann das Gericht im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes nicht davon absehen, sich sachverständig beraten zu lassen, indem es etwa eine amtliche Auskunft bei der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht oder ein Gutachten bei einem Bankenverband einholt.⁸⁹

Genehmigung nach § 1812

Nach § 1812 bedarf der Betreuer zur Verfügung über eine Forderung oder über ein anderes Recht, kraft dessen der Betreute eine Leistung verlangen kann, sowie über ein Wertpapier des Betreuten - und nach Abs. I Satz 2 auch für den obligatorischen Vertrag - der Genehmigung des Betreuungsgerichts, Abs. 2, 3. Dass auch die Verpflichtung zur Verfügung über eine Forderung oder ein solches Recht unter dem Genehmigungsvorbehalt steht, hat den Zweck, zu verhindern, dass die Erfüllung der Verpflichtung durch die Zwangsvollstreckung erreicht werden könnte. Soweit eine Genehmigung des Betreuungsgerichts nach §§ 1819 bis 1822 erforderlich ist, gilt § 1812 nicht, Abs. I Satz I. Es handelt sich um eine **Außengenehmigung**, sie schränkt also die Vertretungsmacht des Betreuers ein

Die Vorschrift befindet sich bei den Vorschriften über Geld. Sie gilt also zunächst erst einmal für Geldforderungen. Im weiteren Sinne der Geldforderung sind auch die anderen Rechte zu verstehen. Das sind beispielsweise Reallasten,

Hypotheken, Grund- und Rentenschulden, die vom Genehmigungserfordernis des § 1821 Abs. 2 ausgenommen sind – sowie Reallasten und die einzelnen Ansprüche, die aus diesen Rechten folgen. Eine Verfügung über sie durch den Betreuer bedarf der Genehmigung, solange das Grundpfandrecht noch valutiert.⁹⁰ Wird die durch das Grundpfandrecht gesicherte Forderung zurückbezahlt, bedarf der Betreuer zur **Annahme der Tilgungsleistung** der Genehmigung nach § 1812. Soll eine für einen Dritten eingetragene Hypothek an einem Grundstück des Betreuten gelöscht werden, nachdem die ihr zugrunde liegende Forderung getilgt ist, bedarf die Zustimmung zur Löschung stets der Genehmigung des Betreuungsgerichts, weil die (verdeckte) Eigentümergrundschild, die gelöscht werden soll, eine nicht lediglich formale Rechtsposition vermittelt.⁹¹

Die Verfügung über Wertpapiere ist zugleich Verfügung über das darin verbriefte Recht. Deshalb bedarf der Betreuer zur Verfügung der Genehmigung.

Verfügungen sind Rechtsgeschäfte, die auf ein bestehendes oder künftiges Recht einwirken durch Belastung, inhaltliche Änderung, Abtretung, Übereignung oder Aufhebung.

Dazu gehört unter anderem die Annahme von Geld zur Erfüllung einer dem Betroffenen geschuldeten Forderung, Erlass, Gestaltungsrechte wie Kündigung, Wandelung oder Minderung und Rücktritt, Anfechtung, Aufrechnung, Verzicht, Änderung von Zins- und Zahlungsbestimmungen. Abtretung oder Aufhebung einer Grundschild.⁹²

Die am ehesten in der Praxis vorkommenden Rechtsgeschäfte sind Abhebungen von Geldern von Betreutenkonten, sämtlicher Kontenverkehr, auch Depotkonten, Verkauf von Wertpapieren, Abhebung, Überweisung oder Lastschriftverfahren. Inanspruchnahme eines Überziehungskredits, Stundung, Kündigung und Aufrechnung einer Forderung, bspw. Änderung einer Ratenvereinbarung, oder Aufrechnung, Auszahlung einer Versicherungsleistung.

Bewegliche Sachen kann der Betreuer frei veräußern, hingegen ist die Einziehung des Kaufpreises aus der Veräußerung genehmigungspflichtig.

Ist die Genehmigung nicht erteilt, so ist das Rechtsgeschäft schwebend unwirksam, es tritt also keine Erfüllungswirkung für den Vertragspartner ein. Wird die Genehmigung versagt, steht dem Vertragspartner nur der Anspruch auf ungerechtfertigte Bereicherung zu, keine vertraglichen Ansprüche.

Ausnahmen von der Genehmigungspflicht nach § 1813

§ 1813 Abs. 1 Nr. 1 wenn der Gegenstand der Leistung nicht in Geld oder Wertpapieren besteht

Nicht genehmigungspflichtig sind Verfügungen und dazu eingegangene Verpflichtungen im Sinne des § 1812, wenn der Gegenstand der Leistung nicht in Geld oder Wertpapieren besteht, Abs. I Nr. I.

Freigestellt sind insbesondere alle Sachleistungen, also zum Beispiel der Anspruch auf Übereignung von Sachen oder

⁸⁶ Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl. I S. 2726) zuletzt geändert durch Art. 6

⁸⁷ des Gesetzes vom 22. Dezember 2003 (BGBl. I S. 2840).

⁸⁸ Aufsatz Vogt, Rpfleger 1996, 389

⁸⁹ OLG Frankfurt, BtPrax 2002, 266, FamRZ 2003, 59, FGPrax 2002, 257, Rpfleger 2002, 621

⁹⁰ KGOLGE 26,171,172

⁹¹ OLG Hamm Rpfleger 1976, 309; BayObLG Rpfleger 1985, 24

⁹² Spanl, Rpfleger 1989, 392

Übertragung von Rechten, insbesondere auf den Kaufgegenstand oder eine Werk- oder Dienstleistung, bspw. Einkauf, Beauftragung von Handwerkern oder Pflegediensten, Heimvertrag etc.

Beispiel 1:

Betreuer kauft für seinen Betroffenen ein behindertengerechtes Kraftfahrzeug zum Preis von 15.000 €. Keine Genehmigungspflicht nach § 1812 für Rechtsgeschäft, der Betreuer verpflichtet den Betroffenen zur Zahlung des Kaufpreises und damit zur Verfügung über Geld. Diese Verpflichtung zur Verfügung über Geld ist aber keine Verpflichtung zur Verfügung über eine Geld-Forderung des Betreuten. Die Annahme des PKW ist genehmigungsfrei, weil dieser weder Geld noch Wertpapier ist.

Beispiel 2:

Betreuer beauftragt ein Dachdeckerunternehmen, das Dach des Wohnhauses des Betreuten neu zu decken.

Eine betreuungsgerichtliche Genehmigung ist nicht erforderlich für den Werkvertrag, durch den der Betreuer den Betreuten zur Dienstleistungsvergütung verpflichtet. Der Abschluss eines Vertrags, durch den ein Betreuer den Betreuten zur Vergütung von Dienstleistungen verpflichtet, bedarf keiner betreuungsgerichtlichen Genehmigung. Gegenstand ist hierbei nicht eine Verfügung im Sinne der Regelung über Forderungen und Wertpapiere oder eine Verpflichtung zu einer solchen Verfügung.

Beispiel 3:

Betreuer verkauft drei wertvolle Wandteppiche, den ersten Teppich an den Käufer A zum Kaufpreis von 3.100 €, den zweiten Teppich an den Käufer B für 5.000 €, den dritten Teppich an den Käufer C zu 4.000 €.

Käufer A zahlt den Kaufpreis sofort in bar, Käufer B überweist den Kaufpreis auf Girokonto des Betreuten, Käufer C stellt einen Scheck über 4.000 € aus.

In allen drei Fällen liegt eine Verfügung (Einziehung) über eine Geldleistung des Betreuten vor. Die Übereignungsverpflichtung der Teppiche ist genehmigungsfrei, da sie keine Verfügung über eine Geldforderung oder Wertpapier beinhaltet. Der Kaufvertrag verpflichtet den Betreuer auch nicht zur Verfügung über den Kaufpreis durch Annahme, weil die Nichtannahme des Kaufpreises allenfalls die Rechtsfolgen des Annahmeverzugs auslöst.

Genehmigungspflichtig könnte jedoch die Annahme des Kaufpreises sein, da durch die Annahme der Anspruch des Betreuten auf Kaufpreiszahlung erlischt. Diese Verfügung (also die Annahme der Kaufpreiszahlung) ist genehmigungsbedürftig, soweit der Kaufpreis 3.000,-€ übersteigt.

Im zweiten Fall der Überweisung des Kaufpreises auf das Girokonto des Betreuten, würde zunächst das gleiche Ergebnis eintreten. Der Betreuer bräuchte zur Entgegennahme der Kaufpreisforderung die Genehmigung des Gerichts. Wegen fehlender Genehmigung ist keine Erfüllung eingetreten.

Wirtschaftlich gesehen entsteht für den Betreuten bei der Zahlung des Kaufpreises auf Girokonto eine neue Forderung des Betreuten gegen die Bank auf Auszahlung des Kontoguthabens. Bei der Überweisung nimmt somit der Betreuer das Geld gar nicht entgegen, es wird lediglich der Anspruch ausgetauscht. Gerade die Überweisung auf Konto ist ja der sicherste Weg für den Betreuten, es wäre unverständlich, wenn die Erfüllungswirkung nicht eintreten würde, weil keine be-

treuungsgerichtliche Genehmigung zur Einziehung vorliegt.

Im dritten Fall müsste der Betreuer bei der Scheckhingabe den Scheck innerhalb von acht Tagen bei der Bank vorlegen (Art, 29 ScheckG). Der Betreuer bräuchte zur Annahme des Schecks die Genehmigung des Betreuungsgerichts, da der Gegenstand der Leistung in einem Wertpapier besteht.

Beträgt der Anspruch nicht mehr als 3.000 Euro, kann der Betreuer das Geld genehmigungsfrei annehmen, Abs. I Nr. 2.

§ 1813 Abs. 1 Nr. 2 wenn der Anspruch nicht mehr als 3000 Euro beträgt

Die überwiegende Rechtsprechung stellt auf den Gesamtkontostand ab, d.h., liegt dieser über 3000 Euro, ist jede Verfügung, egal in welcher Höhe, zu genehmigen. Zinsen, Kosten und andere Nebenleistungen bleiben bei der Berechnung der Höhe des Anspruchs außer Betracht, § 1813 Abs. I Nr. 5.

Danach kommt es nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht auf die Höhe des Betrages der Verfügung, sondern auf die Höhe des Anspruchs des Betreuten insgesamt an, bei Bankkonten also auf den Kontostand. Bereits in den Motiven wird ausgeführt, dass nicht der Betrag der Leistung, sondern des Anspruches maßgebend (ist), sodass der Betreuer, wenn der Betrag des Anspruchs 300 DM (heute 3.000 Euro) übersteigt, auch Teilzahlungen, welche jenen Betrag nicht übersteigen, ohne Genehmigung des Betreuungsgerichts wirksam nicht entnehmen kann.⁹³ Dem ist die obergerichtliche Rechtsprechung gefolgt.⁹⁴

Die §§ 1812 ff. dienen der Kontrolle des Vormunds bzw. des Betreuers und dem Schutz des Mündels bzw. des Betreuten vor Missbräuchen. Dieser wäre nicht mehr gewährleistet, wenn der Betreuer über erhebliche Beträge verfügen könnte, indem er den Gesamtbetrag auf einzelne hintereinander folgende Abhebungen oder Überweisungen unterhalb der Wertgrenze splittet, also 10 x 2.999 Euro genehmigungsfrei abheben könnte.

Sofern es sich um einem Anspruch gegen ein Geldinstitut handelt, bei dem Geld nach § 1807 Nr. 5, § 1809 **versperrt** angelegt war, gilt die Befreiung des § 1813 Abs. I Nr. 2 **nicht**, Abs. 2 Satz 1, also von einem versperrten Konto ist jede Abhebung genehmigungspflichtig.

Folgen der Nichtbeachtung von § 1812 BGB

Was passiert, wenn die Bank eine Abhebung über ein vom Betreuten angelegtes, vom Betreuer nicht versperrtes Konto, welches kein Giro- oder Kontokorrentkonto darstellt, mit höherem Kontostand als 3.000 € ohne betreuungsgerichtliche Genehmigung durchführt?

Hebt der Betreuer ab, so macht er den aus dem mit der Bank abgeschlossenen Darlehensvertrag resultierenden Rückzahlungsanspruch geltend (§ 488 Abs.1 S.2, der durch Rückzahlung der Darlehensforderung erlischt, § 362 Abs.1.) Er verfügt also über eine Forderung des Betreuten, sodass die Abhebung der Genehmigung nach § 1812 Abs.1 S.1, Abs.3 bedarf. Ohne diese Genehmigung ist die Rückzahlung schwebend unwirksam. Sie kann noch nachträglich erteilt werden.

⁹³ Mot IV S.1126

⁹⁴ OLG Köln Rpfleger 1994,503, OLG Karlsruhe FGPrax 2001,23

Wird sie verweigert, konnte die Bank nicht schuldbefreiend auszahlen, sodass die Bank einen Herausgabeanspruch gegen das Vermögen des Betroffenen nach § 812 hat und diesem Anspruch die Entreichung nach § 818 Abs. 3 entgegengehalten werden könnte. .

§ 1813 Abs. 1 Nr. 3 1. Alternative Gelder auf Giro- oder Kontokorrentkonten sind genehmigungsfrei

Es ist auch durchaus nicht so, dass nur Verfügungsgelder auf dem Girokonto sich befinden. Wird bspw. im Kaufvertrag über den Verkauf einer Wohnung des Betreuten dessen Girokonto als Zahlstelle angegeben, so handelt es sich selbstverständlich nicht um Verfügungsgelder, wohl aber war bisher der Betreute vor einem Missbrauch durch den nicht befreiten Betreuer durch die Vorschrift des **§ 1813 Abs. 1 Ziff. 2** geschützt (3.000 €- Grenze).

Die 3.000 €- Verfügungs-Grenze, die selbstverständlich auch für das Kontokorrent- oder Girokonto galt, war somit aus der Sicht des Betreuungsgerichts, das ja die **Interessen des Betroffenen** zu beachten hat, eine ideale Sicherheit, damit ein Missbrauch über Mündelgeld verhindert werden konnte.

Aus der Sicht der Kreditinstitute ist die Vorschrift des § 1812 BGB, die bisher auch für das Girokonto galt, äußerst nachteilig und haftungsträchtig und führte in der Praxis dazu, dass entweder eine Befreiung nach § 1817 oder eine allgemeine Ermächtigung nach § 1825 verlangt oder dem Betreuer deutlich gemacht wurde, dass die Aufrechterhaltung der Geschäftsverbindung nicht gewünscht wird.

Der Gesetzgeber hat auf den Druck der Banken reagiert und seit 01.09.2009 in § 1813 Abs. 1 Ziffer 3 die Genehmigungsfreiheit von allen Ansprüchen auf Annahme einer geschuldeten Leistung von einem Giro- oder Kontokorrentkonto aufgenommen.

Begründet wurde dies mit den Schwierigkeiten des modernen Zahlungsverkehrs und den Umstand, dass der befreite Betreuer auch keiner Genehmigungspflicht unterliegt und in der Aufsichtsfunktion des Betreuungsgerichts ein geeignetes Kontrollmittel bestehe.

Da nunmehr das Girokonto ohne betragsmäßige Beschränkung in den Wortlaut des § 1813 Abs. 1 Nr. 3 einbezogen wurde, liegt in der Tat alleine in der Aufsicht des Betreuungsgerichts die einzige Möglichkeit, zu verhindern, dass der Betreuer das genehmigungsfreie Girokonto für Zwecke des Missbrauchs verwendet.

Für die Praxis bedeutet dies:

Strenge Prüfung durch das Betreuungsgericht, dass auf **Girokonten** nur Verfügungsgelder geführt werden. Für den Betreuer empfiehlt es sich jedoch künftig, höhere Geldbeträge auf dem Girokonto zu belassen, da die Verfügung über sonstige Konten der rechtskräftigen Abhebungsgenehmigung bedarf, die aufgrund Abwartens der Beschwerdefrist sich zeitaufwendig gestaltet.

Bei Wertpapierkonten müsste darauf geachtet werden, dass kein Girokonto als Verrechnungskonto dient, ansonsten zwar die Verfügung über das fällig gewordene Wertpapier der Genehmigung des Betreuungsgerichts bedarf, jedoch nach Genehmigung der Geldbetrag auf das Girokonto gebucht und dort genehmigungsfrei abgehoben werden kann.

Durch die unbeschränkte Freigabe von Girokonten erfährt die Aufsichtspflicht des Betreuungsgerichts eine wesentliche Lücke:

Gerade in Betreuungen sind aufgrund der bereits länger bestehenden Unfähigkeit des Betroffenen zur Regelung der Bankangelegenheiten **hohe Girokontostände** in der Regel anzutreffen. Über diese Konten könnte der Betreuer **sofort** nach seiner Bestellung ohne Genehmigung des Gerichts verfügen und die Konten abräumen.

Die abgeräumten Konten verschweigt der Betreuer im Vermögensverzeichnis, das Betreuungsgericht erlangt zu keinem Zeitpunkt Kenntnis von der Existenz dieser Konten. Aufgrund des bisherigen § 1813 Abs. 1 Nr. 2 hätte der Betreuer bisher die Genehmigung des Gerichts zur Verfügung benötigt, wenn das Girokonto den Betrag von 3.000 € übersteigt, sodass er bei Verschweigen des Kontos im Vermögensverzeichnis maximal diesen Betrag veruntreuen hätte können.

Welche Möglichkeit hätte das Betreuungsgericht, wenn es von der Unredlichkeit des nichtbefreiten Betreuers vor Anordnung der Betreuung Kenntnis erlangt ?

Das Betreuungsgericht müsste bereits bei Anordnung der Betreuung eine Sperrung von Girokonten und Kontokorrentkonten in den Bestellungsbeschluss und in die Bestellungsurkunde aufnehmen, sodass die Bank von der angeordneten Nichtbefreiung bei Vorlage der Legitimation des Betreuers über die Konten Kenntnis erhält.

§ 1813 Abs. 1 Nr. 2 2. Alternative

Gelder, die der Betreuer selbst angelegt hat;

solche sollten (aus der Verpflichtung zur versperrten Anlage von Anlagegeldern) eigentlich nur solche sein, die der Betreuer nach § 1806 zur Bestreitung von Ausgaben bereitzuhalten (Verfügungsgelder) und kurzfristig wieder angelegt hat auf Giro/Spar- oder Termingeldkonten und nun an sich oder den Betreuten auszahlt. Dies beinhaltet auch die Bewilligung der Zahlung an einen Dritten; Zweck der Vorschrift ist, dass der Betreuer bei der Wiedererhebung von Geld vom nicht versperrten Giro/Spar/Termingeld-Konto, das eben nicht zur Anlegung auf Dauer bestimmt ist und deshalb nicht versperrt angelegt werden muss (§§ 1806, 1807 Abs.1 Nr. 5, 1809), freie Hand haben soll.

Dieser Befreiungstatbestand von der Genehmigungspflicht hätte mit der zum 01.09.2009 in Kraft getretenen Änderung von § 1813 Abs. 1 Nummer 3 aus dem Gesetz gestrichen werden müssen, da die Verfügung über nicht versperrte **Giro- und Kontokorrentkonten** nunmehr unabhängig davon, ob der Betreute oder der Betreuer das Konto angelegt oder die Gutschriften oder Abhebungen tätigt, genehmigungsfrei ist und damit die genehmigungsfreie Handhabung von Verfügungsgeldern ausreichend geregelt wurde.

Die in § 1806 enthaltene Unterscheidung zwischen Verfügungsgeldern und Anlagegeldern deckt sich mit dem modernen Zahlungsverkehr über Konten, der heute üblich ist, nicht mehr. Die Befreiung der Genehmigung für Gelder, die der Vormund angelegt hat, bringt in der Praxis nichts, weil die Bank in einer Vielzahl von Fällen nicht prüfen kann, woher das angelegte Geld gekommen ist, bspw. bei Überweisungen. Auf dem Konto des Betroffenen ist in der Regel kein Geld verbucht, das der Betreuer selbst eingezahlt und damit "angelegt" hat. Das Guthaben wird sich vielmehr im Normalfall aus Einzahlungen/Überweisungen Dritter, z.B. des Rentenversicherungsträgers oder des Käufers zusammensetzen, sodass bereits deswegen die Voraussetzung der Anlage des Geldes durch den Betreuer entfällt.

Genehmigungspflichtig sind jedoch Verfügungen über die in § 1807 Abs.1 bis 4 genannten Wertpapiere und Buchforderungen, also die mündelsichere Geldanlage, einerlei ob sie auf einem Konto mit oder ohne Sperrvermerk verwahrt sind (§ 1813, Abs 2, Satz 2)

§ 1807 Abs.1 bis 4 betrifft jedoch nur die **mündelsicheren** Wertpapiere, nicht auch die nach **§ 1811** anderweitig genehmigte Anlegung! Deshalb könnte eine nach § 1811 vom Betreuer angelegte Geldanlage, bspw. wenn sie nicht gesperrt ist, vom Betreuer genehmigungsfrei gekündigt und angenommen werden.

So könnte also der Betreuer z.B. Inhaberschuldverschreibungen, die vom Schutz durch die gesetzlichen oder freiwilligen Einlagensicherungsfonds ausgenommen ist, ohne Genehmigung des Gerichts auszahlen lassen, wenn er die Geldanlage selbst getätigt hat.

Lücken in der Vermögensüberwachung

Wenn der (nichtbefreite) Betreuer bisherige Forderungen und Wertpapiere mit betreuungsgerichtlicher Genehmigung auflöst (§ 1812) und neu **in einer Anlage nach § 1811** oder auf einem **Giro- oder Kontokorrentkonto** (jeweils ohne Sperrvereinbarung) anlegt, kann der Betreuer über diese neu angelegten Vermögensanlagen ohne betreuungsgerichtliche Genehmigung frei verfügen und zwar unabhängig von der Höhe der Guthaben. Daraus ist ersichtlich, dass das Betreuungsgericht in diesen Fällen genauer auf die richtige Hinterlegung achten muss, also eine **versperrte Anlage**, ansonsten Gelder aus Forderungen von Wertpapieranlagen, die nicht mündelsicher angelegt sind, genehmigungsfrei zurückgenommen werden können.

Eine Amtspflichtverletzung kommt evtl. in Betracht, soweit sich dem Gericht der Verdacht aufdrängen muss, dass die Rechnungslegung genehmigungspflichtige Rechtsgeschäfte und Verfügungen verschleiert und keine weiteren Ermittlungen anstellt und sonstige Maßnahmen (z. B. §§ 1837 Abs. 3 § 1908 b) trifft, um (weiteren) Schaden auf Seiten des Betreuten zu verhindern.

Nutzungen kann der Betreuer stets genehmigungsfrei entgegennehmen, also bspw. Kontozinsen, Mietzahlungen, Darlehenszinsen, Rentenzahlungen der gesetzlichen Rentenversicherung.

Befreiung nach § 1817

Eine Befreiung von den Verpflichtungen der §§ 1806 bis 1816 kann nach § 1817 Abs.1 auf Antrag des Betreuers erteilt werden, soweit im Regelfall der Wert des Vermögens, also auch der beweglichen Sachen, allerdings ohne Grundbesitz 6.000,--€ nicht übersteigt und eine Gefährdung des Vermögens des Betreuten wegen der Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit des Betreuers nicht zu besorgen ist. Vom Sinn der Vorschrift müsste wohl auf den Wert des Kapitalvermögens abgehoben werden. Mit der Befreiung kann der Betreuer Geld des Betreuten genehmigungsfrei und unversperrt anlegen oder über Forderungen oder Wertpapiere ohne Genehmigung des Betreuungsgerichts verfügen.

Aus besonderen Gründen kann auch bei größerem Kapitalvermögen von der Verpflichtung zur versperrten Anlegung von Inhaberpapieren oder Schuldbuchforderungen befreit werden, (§ 1817 Abs. 2), zur Entgegennahme von Wertpapie-

ren nach §§ 1812, 1819 bleibt die Genehmigung unverändert bestehen, es sei denn, es ist eine allgemeine Ermächtigung nach § 1825 erteilt.

Grundsätzlich muss jedes einzelne Geschäft im Sinne der §§ 1812, 1822 Nr. 8 bis 10 betreuungsgerichtlich genehmigt werden.

Will der Betreuer nicht für jede Verfügung eine Genehmigung einholen, wird er die Erteilung der allgemeinen Ermächtigung nach § 1825 beantragen.

Allgemeine Ermächtigung nach § 1825

Grundsätzlich muss jedes einzelne Geschäft im Sinne der §§ 1812, 1822 Nr. 8 bis 10 betreuungsgerichtlich genehmigt werden.

Will der Betreuer nicht für jede Verfügung eine Genehmigung einholen, wird er die Erteilung der allgemeinen Ermächtigung nach § 1825 beantragen. Eine allgemeine Ermächtigung für weitere Genehmigungspflichten, bspw. § 1907 oder §1821 ist nicht möglich, da die Befreiungsmöglichkeiten in §§ 1817, 1825 ausdrücklich erwähnt sind.

Die allgemeine Ermächtigung kann sich auch auf bestimmte Art von Vermögen beschränken, bspw. nur auf das Sparkonto. Sie kann zeitlich beschränkt oder im Umfang begrenzt sein. Sie kann sich auf versperrte oder ungesperrte Konten beziehen.

Die allgemeine Ermächtigung wird wirksam, wenn sie dem Betreuer mit einem Rechtskraftvermerk bekanntgegeben ist (§ 40 Abs. 1,2 FamFG), in gleicher Weise kann sie auch widerrufen oder eingeschränkt werden.

Beispiele:

Der Betreute hat regelmäßig monatlich über 4.000 Euro gemäß der jeweiligen Abrechnung dem Pflegeheim zu überweisen oder die Kosten der häuslichen Versorgung belaufen sich monatlich auf 6.000 Euro.

Hierbei kommt es auf die Häufigkeit der genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäfte an. Hat der Betreute einen Gewerbebetrieb, so ermöglicht die allgemeine Ermächtigung den Fortbestand des Geschäftsbetriebs, ohne dass Rechtsgeschäfte im Sinne der §§ 1812, 1822 Nr. 8 bis 10 vom Betreuungsgericht genehmigt werden müssen.

Die Ermächtigung ist auf Antrag des Betreuers zu erteilen und der Betreute soll persönlich zur Erteilung der Ermächtigung gehört werden (§ 299 FamFG).

Befreite Betreuer

Gem. § 1908 i Abs.1 ist § 1857 auch für Betreuer anzuwenden. Dieser verweist auf § 1852 Abs.2 und 1843 bis 1854.

Der befreite Betreuer muss daher gem. § 1852 keine Sperrvermerke bei Sparkonten anbringen (§ 1809), Wertpapiere nicht hinterlegen (§ 1814), er braucht keine Innengenehmigung nach § 1810 und keine Außengenehmigung nach § 1812.

Eine jährliche Rechnungslegung ist nicht erforderlich, sondern nur eine Vermögensübersicht im Abstand von zwei bis höchstens fünf Jahren (§ 1854). Auch diese Vermögensübersicht ist mit Belegen (Kontoauszügen, Bankzusammenstellung) zu versehen, damit eine Prüfung überhaupt möglich ist. In der Praxis wird die Vermögensübersicht in der Regel jähr-

lich angefordert zur Prüfung bzw. Ansatz der Jahresgerichtsgebühr nach § 92 KostO. Allerdings befreit die Rechnungslegung gegenüber dem Betreuungsgericht nicht zur Rechnungslegung gegenüber dem Betroffenen oder dessen Erben (Schlussrechnung), sodass der Betreuer gut daran tut, alle Ein- und Ausgaben über das Konto laufen zu lassen, sodass er mit den Kontoauszügen bei Beendigung der Betreuung seine Vermögensverwaltung gegenüber dem Betroffenen oder dessen Erben oder dem Nachfolgebetreuer dokumentieren kann.

Genehmigungspflicht nach § 1819

Der Schutzzweck der Hinterlegung von Wertpapieren könnte unterlaufen werden, wenn der Betreuer während der Hinterlegung über die Wertpapiere verfügt oder den Betreuten hierzu verpflichten könnte. Zum Beispiel durch Übereignung von Inhaberpapieren nach §§ 929, 931 durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen die Hinterlegungsstelle oder durch Übertragung des mittelbaren Besitzes an den verwahrten Papieren durch Umbuchung auf ein anderes Depot. Verfügungen und Verpflichtungsgeschäfte hierzu sind daher während der Hinterlegung an die Genehmigung des Betreuungsgerichts gebunden, ohne Genehmigung sind die Rechtsgeschäfte unwirksam (§§ 1828, 1829).

Wurden die Wertpapiere nicht versperrt angelegt, so verbleibt es bei der Genehmigungspflicht nach § 1812, die jedoch nach § 1813 Abs. 1 Ziffer 3 nicht erforderlich ist, wenn es sich um nicht mündelsichere Wertpapiere, also eine anderweitige Geldanlage im Sinne von § 1811, handelt, die der Betreuer angelegt hat.

Genehmigung zur Verfügung über Grundstücke

Sowohl die Veräußerung als auch der Erwerb von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten bedarf der Genehmigung des Betreuungsgerichts. In welcher Rechtsform der Betreute an dem Grundstück beteiligt ist (Alleineigentum, Miteigentum, Erbengemeinschaft, BGB-Innengesellschaft, Gesamtgut der Gütergemeinschaft) spielt hierbei keine Rolle.

Die Belastung des Grundstücks, bspw. Bestellung eines Nießbrauchs, einer Dienstbarkeit, eines Vorkaufsrechts, ist ebenfalls eine Verfügung über das Grundstück.

Nicht unter § 1821 Abs.1 Nr. 1 Alt.2 fallen Verfügungen über Hypotheken-Grund- und Rentenschulden. Hierfür gelten die Beschränkungen der §§ 1812, 1819.

Genehmigungsbedürftig sind nach § 1821 Abs. I Nr. 2 Alt. I . Verfügungen über Forderungen, die auf Übertragung des Eigentums gerichtet sind, wie die Abtretung des Anspruchs auf Auflassung; die Verfügung über das Anwartschaftsrecht auf Erwerb eines Grundstücks; die Abtretung der Rechte aus dem Meistgebot, § 81 Abs. 2 ZVG; der Antrag auf Teilungsversteigerung § 181 ZVG, der Verzicht auf den Auflassungsanspruch; die Wiederaufhebung eines Vertrages auf Übertragung eines Grundstücks; die Verfügung über das Vorkaufsrecht, Wiederverkaufsrecht oder einen durch Auflassungsvormerkung gesicherten Anspruch; (bspw. Rückübertragungsanspruch in Schenkungsvertrag) die Übertragung eines Options- oder Ankaufsrechts.

Wird dem Betreuten ein Grundstück geschenkt unter Vorbehalt eines Rückübertragungsanspruchs, der sich nicht nach

rein bereicherungsrechtlichen Grundsätzen (§§ 528, 530) richtet, ist der schuldrechtliche Vertrag nach § 1821 Abs.1 Nr.1 und 4 genehmigungspflichtig. Die (wenn auch bedingte) Verpflichtung zur Rückübertragung des Grundstücks ist genehmigungspflichtig, es genügen Zweifel, ob der Beschenkte nur mit dem geschenkten Gegenstand haftet,^{95 96} während die dingliche Übereignung des Grundstücks an den Betreuten nicht genehmigungspflichtig ist (keine Gesamtbetrachtung von schuldrechtlichem und dinglichem Geschäft).⁹⁷ Die Übereignung ist unter Beachtung des Abstraktionsprinzips lediglich rechtlich vorteilhaft und somit isoliert wirksam, sodass der Grundbuchvollzug erfolgen kann. Die bestehende grundpfandrechtliche Belastung des Vertragsobjekts, der Vorbehaltsnießbrauch, wenn der Nießbraucher auch die Kosten außergewöhnlicher Ausbesserungen und Erneuerungen sowie die außergewöhnlichen Grundstückslasten zu tragen hat, und die Eigentumsvormerkung, stellen dabei jeweils ebenso wenig rechtliche Nachteile des dinglichen Erwerbs dar, wie der mögliche Kondiktionsanspruch des Übergebers und, wie jetzt erstmals vom BGH entschieden, die mit dem Grunderwerb verbundene Verpflichtung zur Tragung öffentlicher Lasten; sofern es sich um laufende Aufwendungen handelt (also möglicherweise nicht mehr bei Erschließungs- und Anliegerbeiträgen). Die Unterscheidung zwischen schuldrechtlichem und dinglichem Rechtsgeschäft ist zwar konsequent, erfordert in der Praxis jedoch trotzdem die Einholung der Genehmigung, da ansonsten der Betroffene dem gesetzlichen Rückforderungsanspruch des Übergebers aus § 812 Abs.1 Satz 1 Alt. 1 ausgesetzt wird.

Ferner ist nach § 1821 Abs. I Nr. 5 genehmigungspflichtig ein (schuldrechtlicher) Vertrag auf **entgeltlichen** Erwerb eines Grundstücks oder Grundstücksrechts, wobei die Wirksamkeit der dinglichen Einigung nicht unter § 1821 Abs.1 Nr. 5 fällt.⁹⁸

Wird dem Betreuten eine Immobilie geschenkt, die vermietet ist, tritt der Betreute mit Eigentumsänderung in das Mietverhältnis ein.⁹⁹ Durch den Eintritt in das Mietverhältnis wird eine persönliche Verpflichtung des Betreuten begründet und die Eigentumsübertragung ist nicht lediglich rechtlich vorteilhaft.

Ist die geschenkte Immobilie ein Wohnungseigentum, tritt er mit Eigentumsübertragung in den Verwaltervertrag bzw. in die Gemeinschaftsordnung ein, sodass die Eigentumsübertragung nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist.

Der mit dem dinglichen Erwerb verbundene Eintritt in das Mietverhältnis oder in die Eigentümergemeinschaft macht die Schenkung jedoch nicht genehmigungspflichtig, sondern bewirkt für den Fall, dass der Betroffene selbst handeln will und einen Einwilligungsvorbehalt hat,¹⁰⁰ der Mitwirkung des Betreuers.

Schließt der Betreuer den Schenkungsvertrag namens des Betreuten mit sich selbst oder mit einem Verwandten des Betreuers in gerader Linie ab, so führt das nicht lediglich rechtlich vorteilhafte Erfüllungsgeschäft zu einem grundsätzlichen

⁹⁵ OLG Köln, Rpfleger 2004,163, BayObLG Rpfleger 2004,482

⁹⁶ OKG Köln, Rpfleger 2003, 570

⁹⁷ BGH Beschluss vom 25.11.2004, VZB 13/04, ZEV 2005, Heft 2

⁹⁸ BayObLG DNotZ 1990,510, OLG Köln Rpfleger 1996, 446

⁹⁹ § 566 ff., OLG Oldenburg NJW-RR 1988,839

¹⁰⁰ §§ 1903 Abs. 3

Vertretungsverbot des Betreuers, sodass ein Ergänzungsbetreuer nach § 1899 Abs. IV zu bestellen ist.

§ 1822 Nr. 1 Verpflichtung zur Verfügung über das gesamte Vermögen

Der Betreute möchte sein einziges Vermögen, seine Immobilie, unter Mitwirkung des Betreuers gegen Zahlung einer Leibrente und ein lebenslanges Wohnrecht auf seine Nichte übertragen. Damit verfügt der Betreute über sein „ganzes Vermögen“, auch wenn er dafür eine Gegenleistung erhält, die in sein Vermögen wandert.

Im Gegensatz zu § 1365 muss der Wille der Parteien auf Verfügung über das gesamte Vermögen oder eines Bruchteils (z. B. Belastung mit einem Nießbrauch) gerichtet sein (Gesamttheorie) und nicht auf Verfügung über einzelne Gegenstände, die nahezu das gesamte Vermögen ausmachen (Einzeltheorie). Die Verfügungsmacht des Betreuers sollte nicht bei jeder Verfügung über einen wertvollen Gegenstand in Zweifel gezogen werden.¹⁰¹ Der Vertrag bedarf zusätzlich zur betreuungsgerichtlichen Genehmigung der not. Beurkundung nach § 311. Der dingliche Vertrag kann wegen des sachenrechtlichen Spezialitätsprinzips nur auf die Übertragung einzelner Gegenstände gerichtet sein; eine Genehmigung nach §§ 1812, 1821 ist aber nicht zusätzlich erforderlich.

Weitere Fälle der Änderung der Zuordnung einer Vermögensgesamtheit sind:

- die Übertragung eines Erbteils, Belastung eines angefallenen Erbteils, bspw. Verpfändung an den Sozialhilfeträger (Beurkundungspflicht § 2033)
- die Begründung/Aufhebung der Gütergemeinschaft, § 1416;
- die Ablehnung/Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft, §§ 1484, 1492.

Verpflichtung zur Verfügung über die Erbschaft: Hierher gehören:

- die Veräußerung der Erbschaft, §§ 2371 ff., 2385,
- die Bestellung eines Nießbrauchs an der Erbschaft, § 1089.

Verpflichtung zur Verfügung über einen künftigen gesetzlichen Erbteil/Pflichtteil:

Der Vertrag kann nur unter gesetzlichen Erben geschlossen werden; er bedarf der not. Beurkundung, § 311 b Abs. 5 Satz 2. Der Vertrag über den Nachlass, den Pflichtteil oder ein Vermächtnis aus dem Nachlass eines noch lebenden Dritten ist nichtig, § 311 b Abs. 4. Der Erbverzichtsvertrag bedarf bereits nach § 2347 der betreuungsgerichtlichen Genehmigung.

Der nicht geschäftsfähige Betreute kann über seinen Nachlass **einen Erbvertrag** nicht schließen, § 2275 Abs. 1. Der be-

schränkt geschäftsfähige Betreute kann nur mit dem Ehegatten oder Verlobten einen Erbvertrag schließen, der aber der betreuungsgerichtlichen Genehmigung bedarf, § 2275 Abs.-2 und 3.

Erb – oder Pflichtteilsverzichtsvertrag mit dem Erblasser (Beurkundungspflicht § 2348)

Weitere familienrechtliche und erbrechtliche Genehmigungserfordernisse:

Ehevertrag, in welchem der Zugewinn ausgeschlossen wird oder Gütergemeinschaft vereinbart oder aufgehoben wird (§ 1411) oder die Fortsetzung der Gütergemeinschaft abgelehnt wird § 1484 Abs.2 (notarielle Beurkundungspflicht)

Anfechtung der Ehelichkeit, Vaterschaftsanerkennung, Antrag auf Ehelicherklärung (§§1595, 1600 d, 1600 k,1728)

Scheidungsantrag oder Eheaufhebungsklage § 125 Abs. 2 FamFG

Abschluss eines Erbvertrages sowie dessen Anfechtung und Aufhebung, § 2275, 2282, 2290, (notarielle Beurkundungspflicht)

§ 1822 Nr. 2: Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses

Zur Ausschlagung einer Erbschaft, eines Erbteils (§ 1922 Abs. 2) oder eines Vermächtnisses ist die betreuungsgerichtliche Genehmigung erforderlich, nicht jedoch zu deren Annahme. Ficht der Betreuer die Annahme an, gilt dies als Ausschlagung, § 1957 Abs. 1.

Bei der Genehmigung zur Ausschlagung einer Erbschaft hat das Gericht zu prüfen, ob die Erklärung infolge eines Gesetzes- oder Sittenverstoßes (§§ 134,138) nichtig ist.¹⁰² Die Ausschlagung einer werthaltigen Erbschaft, die dazu führt, dass ein ansonsten für eine nicht unerhebliche Zeit ausgeschlossener Sozialleistungsanspruch (§§ 2, 90 I SGB XII) fortbesteht, verstößt gegen die guten Sitten, wenn nicht ausnahmsweise legitime Interessen des Erben geeignet sind, die Ausschlagung nachvollziehbar zu motivieren.¹⁰³

Verzicht auf angefallenen Pflichtteil = Erlassvertrag mit dem Erben ist genehmigungsbedürftig.

Verzicht auf künftigen Pflichtteil beurkundungspflichtig und genehmigungspflichtig (§ 2347 BGB).

Erteilungsvertrag ist jeder Vertrag, durch den die Erben hinsichtlich des Nachlasses oder eines Teils davon die Erbengemeinschaft aufheben, also Nachlasswerte auseinandersetzen. Die betreuungsgerichtliche Genehmigung ist auch dann erforderlich, wenn die Auseinandersetzung auf den Anordnungen des Erblassers beruht. Auch die Vereinbarung über den Aufschub der Auseinandersetzung, also eine Vereinbarung über das Verbot der Aufhebung der Gemeinschaft, sodass die Auseinandersetzung nur noch aus wichtigem Grund erfolgen kann, ist genehmigungspflichtig.

Für die Veräußerung von Nachlasswerten an Dritte gelten die Genehmigungserfordernisse der §§ 1812, 1821 Abs.1 Nr. 1

¹⁰¹ BGH, FamRZ 1957, 766,

¹⁰² OLG Frankfurt NJOZ 2005,976f m.w.N.

¹⁰³ OLG Hamm, Beschluss vom 16.07.2009, BtPrax 2009, 302

bis 3 , für die Verteilung des Erlöses unter den Erben gilt wiederum die Genehmigungspflicht nach § 1822 Nr. 2.

§ 1822 Nr. 3 Entgeltlicher Erwerb oder Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts oder Eingang eines auf den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gerichteten Gesellschaftsvertrages

Erwerbsgeschäft ist jede berufsmäßig ausgeübte, auf selbstständigen Erwerb gerichtete Tätigkeit, gleichgültig, ob es sich um Handel, Fabrikation, Handwerk, Landwirtschaft, wissenschaftliche, künstlerische oder sonstige Tätigkeit handelt.¹⁰⁴

Beispiele: Handwerksbetrieb, Arztpraxis, Steuerberaterpraxis, Friseursalon, Versicherungsagentur etc.

Beim Erwerb eines "gesamten" Erwerbsgeschäfts spielt die Rechtsform keine Rolle, also bspw. Erwerb einer GmbH, Kommanditgesellschaft, Einzelunternehmen etc.

Erwerb ist jedoch auch dann gegeben, wenn der Betreute als Teilhaber in das Erwerbsgeschäft aufgenommen wird, oder der Betreute eine Beteiligung eines anderen Gesellschafters erwirbt, wozu ein Aufnahme- oder Abtretungsvertrag erforderlich ist und ggwf. der bestehende Gesellschaftsvertrag verändert werden muss. Hier stellt sich die Frage, ob hier lediglich eine Kapitalanlage erworben wird oder zusätzlich das Unternehmerrisiko zu tragen ist. Daher ist auf die Rechtsform des Unternehmens abzustellen.

Beim Erwerb von Aktien liegt eine Anlage im Sinne von § 1811 vor. Erwirbt der Betreute alle Aktien einer Aktiengesellschaft, handelt es sich um einen Fall des § 1822 Nr. 3 .

Der Erwerb eines Gesamthandanteils an einer Erwerbs-Personengesellschaft, also GbR, OHG, KG, GmbH & Co. KG ist stets genehmigungsbedürftig, wegen des Grundsatzes der Selbstorganschaft, auch wenn der Betreute keine Geschäftsführungsbefugnis erhält, für die ohnehin ggf. eine Genehmigung nach § 112 einzuholen ist. Das gilt auch dann, wenn der Betroffene nur die Stellung eines Kommanditisten innehaben soll, denn zum einen haftet er bis zur Eintragung der KG nach § 176 HGB unbeschränkt, zum anderen können Nachschusspflichten bestehen

Der Erwerb eines GmbH-Anteil ist nur dann genehmigungspflichtig, wenn der Anteil einer Ein-Mann-GmbH¹⁰⁶ oder alle Anteile einer GmbH erworben werden, weil der Betreute wirtschaftlich betrachtet das Unternehmerrisiko trägt, selbst wenn der Betreute rechtlich nicht Träger des Erwerbsgeschäfts ist, sondern die GmbH. Im Zweifel sollte jedoch auch beim Erwerb einzelner Anteile die Genehmigung des Betreuungsgerichts eingeholt werden (Prüfung, welche Rechtsstellung der Betreute im Unternehmen einnehmen wird, Haftungspflicht nach § 24 GmbHG für rückständige Einlagen anderer Gesellschafter oder verbotene Zahlungen an andere Gesellschaft (§§ 30, 31 Abs. 3 GmbHG begründen eine Genehmigungspflicht nach § 1822 Nr. 10 BGB).)

Die Beteiligung in Form einer typischen stillen Gesellschaft hat der BGH¹⁰⁶ für nicht genehmigungsbedürftig nach § 1822 Nr. 3 angesehen, da in der stillen Beteiligung kein Unternehmerrisiko liegt , das Erwerbsgeschäft betreibt ja ein anderer.

Als stiller Gesellschafter kann sich der Betroffene am Handelsgewerbe eines anderen, sei es ein Einzelunternehmen, eine Personenhandels-gesellschaft oder eine Kapitalgesellschaft beteiligen (§ 230 HGB). Zwischen dem Geschäftsinhaber und dem stillen Gesellschafter besteht eine Innengesellschaft, die die Unternehmensträgerschaft unberührt lässt. Die Einlage des stillen Gesellschafters geht in das Vermögen des Geschäftsinhabers über (§ 230 Abs. 1 HGB). Bei der atypischen stillen Gesellschaft ist der stille Gesellschafter am Verlust beteiligt (§§ 231, 232 HGB). Diese Beteiligungsrisiko entspricht dem der Kommanditbeteiligung, § 167 HGB, und führt nach anderer Meinung zur Genehmigungsbedürftigkeit nach § 1822 Nr. 3 Fall 2 .

Die Unterbeteiligung ist die stille Beteiligung an einem Gesellschaftsanteil. Es gilt das gleiche. Ob die stille Gesellschaft oder Unterbeteiligung entgeltlich oder unentgeltlich erworben worden ist spielt keine Rolle. Der typische stille Gesellschafter ist nach § 232 Abs.2 HGB weder am Verlust der Gesellschaft noch an der Führung der Geschäfte der Gesellschaft beteiligt. Die laufenden Geschäfte des Einzelunternehmens, der Personen- oder Kapitalgesellschaft sind der betreuungsgerichtlichen Kontrolle entzogen (§§ 124, 161 HGB). Das gilt auch für die Erwerbs-BGB-Gesellschaft

Die Auflösung einer GmbH oder Handelsgesellschaft bedarf nach h.M. nicht der betreuungsgerichtlichen Genehmigung.

Der Geschäftsführer der GmbH muss im Übrigen unbeschränkt geschäftsfähig sein und darf nicht unter Betreuung stehen (§ 6 Abs. 2 GmbHG).

Strittig ist die Frage, ob die nachträgliche Änderung eines Gesellschaftsvertrags genehmigungspflichtig ist. Nach dem Gesetzeswortlaut ist nur der Abschluss des auf den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gerichteten Gesellschaftsvertrags genehmigungspflichtig. So könnte jedoch jeder abgeschlossene Gesellschaftsvertrag zum Nachteil des Betroffenen geändert werden. Nach einer anderen Meinung ist maßgebend, ob die Änderung in die wesentlichen Rechte der Gesellschafter eingreift oder die Änderungen auch durch Mehrheitsbeschluss (ohne den Betroffenen) vorgenommen werden können.

Nicht genehmigungspflichtig ist die Auflösung eines Erwerbsgeschäfts bzw. der Gesellschaft¹⁰⁷ oder die Kündigung des Gesellschaftsvertrags. Solange nicht das Erwerbsgeschäft als Ganzes veräußert wird, ist die Veräußerung des Inventars oder einzelner Inventarstücke ebenfalls nicht nach § 1822 Nr. 3 genehmigungspflichtig.

Demnach richtet sich die Genehmigungspflicht bei Verkauf einer Maschine für z. B. 3.500 Euro, Übereignung, Geldentgegennahme bar oder durch Überweisung nach §§ 1812, 1813. Denn es ist im Hinblick auf jene Vorschriften zunächst zu prüfen, ob eine Genehmigung nicht schon nach §§ 1819 bis 1822 erforderlich ist. In diesem Beispielsfall kommt im Ergebnis nur eine Genehmigungspflicht nach §§ 1812, 1813 in Betracht. Hier gilt das oben Gesagte.

¹⁰⁴ RGZ 133,7,11

¹⁰⁵ BGH, FamRZ 1957,1211

¹⁰⁶ BGH, FamRZ 1957,121

¹⁰⁷ BGH NJW 1970,33

Beginn eines neuen und Auflösung eines bestehenden Rechtsgeschäfts

§ 1823. Lediglich für den Beginn eines neuen Erwerbsgeschäfts und die Auflösung eines bestehenden bedarf der Betreuer der Innengenehmigung des Betreuungsgerichts, § 1823. Ein entsprechender Handelsregistereintrag darf also nicht wegen deren Fehlens abgelehnt werden. Der Betreuer bedarf insbesondere keiner Genehmigung zur Fortführung eines Erwerbsgeschäfts, wenn der Eintritt des zum Erben berufenen Betreuten in der Nachfolgeklausel des Gesellschaftsvertrages bereits bestimmt ist. Fehlt es an einer derartigen Nachfolgeklausel und wird die Gesellschaft durch den Tod des Erblassers nach § 727 Abs. I aufgelöst, gilt § 1822 Nr. 3.

§ 1822 Nr. 8 Aufnahme von Geld auf Kredit des Betreuten

Genehmigungspflichtig ist die Aufnahme von Geld auf Kredit des Betreuten, also alle Geschäfte, durch die eine Verpflichtung des Betreuten begründet wird, zur Verfügung gestelltes Geld zurückzubezahlen, sei es

- ein Darlehen im Sinne des § 488 Abs. ,
- ein Verbraucherdarlehen im Sinne des § 491 Abs. I ,
- ein Darlehensvorvertrag,
- ein Sachdarlehen im Sinne des § 607,
- eine Kontokorrentabrede nach § 355 HGB oder
- ein konstitutives Schuldversprechen oder Schuldanerkennnis nach §§ 780, 781, das dem Zweck dient, Geld auf Kredit des Mündels zu beschaffen.

Verträge, die unter das VerbrKrG fallen, sind danach genehmigungsbedürftig, nicht aber die bloße Stundung des Kaufpreises, weil in diesem Fall der Betreute das Recht behält, die Raten in einer Summe zurückzuzahlen. Beim finanzierten oder drittfinanzierten Kauf ist nur der Darlehensvertrag genehmigungsbedürftig, auch wenn die Valuta dem Verkäufer zufließt, nicht aber der Kaufvertrag; jedoch ist der Kaufvertrag nach § 139 nichtig, wenn die Genehmigung des Darlehensvertrages fehlt.

Ist der Betreute an einer Gesellschaft beteiligt und nimmt deren Geschäftsführer einen Kredit für die Gesellschaft auf, so ist Nr. 8 nicht anwendbar.

Nicht genehmigungspflichtig ist, wenn der Betreute ein Darlehen gibt.

§1822 Nr. 10 Übernahme einer fremden Verbindlichkeit

Die Übernahme einer Verbindlichkeit als wirtschaftlich fremde Schuld ist genehmigungsbedürftig. Hierunter fallen insbesondere: die Bürgschaft, die Schuldübernahme, der Schuldbeitritt, die Schuldmitübernahme und ggf. die Erfüllungsübernahme.

Voraussetzung der Übernahme einer fremden Schuld ist, dass der Betreute die Schuld nicht als eigene übernimmt und deshalb gegen den (ursprünglichen/anderen) Schuldner im Innenverhältnis einen Rückgriffs- oder Befreiungsanspruch hat. Daran fehlt es, wenn z. B. beim Grundstückskauf der Erwerber die Darlehensschuld des Verkäufers übernimmt, der Erwerber in der Zwangsversteigerung vereinbart, dass ein Recht bestehen bleiben soll, § 91 Abs. 2 ZVG, oder wenn er

dingliche Lasten übernimmt, die auf dem ihm geschenkten Grundstück ruhen.

Die Übernahme einer fremden Schuld ist auch die gesamtschuldnerische Verpflichtung unabhängig von der Frage, ob die Heranziehung zur Haftung für die volle vertragliche Schuld wahrscheinlich ist oder ob die Durchsetzung von Ausgleichsansprüchen möglich erscheint.¹⁰⁸

§ 1822 Nr.11 Erteilung einer Prokura

Erteilung einer Prokura ist ein einseitiges Rechtsgeschäft und daher nur mit Vorgenehmigung des Gerichts möglich (§ 1831). Möglichkeit der Prokuraerteilung allein durch Betreuer nur bei im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmen und Ein-Mann-GmbH (§ 46 Nr. 7 GmbHG). Die Erteilung der Prokura für die Gesellschaft, an der der Betreute mitbeteiligt ist, bedarf nicht der Genehmigung des Betreuungsgerichts. Der Prokurist kann alle Rechtsgeschäfte im Rahmen der erteilten Prokura ohne die Genehmigung des Betreuungsgericht vornehmen, auch wenn der Betreuer zu ihrer Vornahme der Genehmigung bedarf.

Die Erteilung einer Handlungsvollmacht nach § 54 HGB oder sonstigen Vollmacht bedarf nicht der Genehmigung des Betreuungsgerichts. Allerdings bedarf der Bevollmächtigte zu allen Rechtsgeschäften, zu denen der Betreuer der betreuungsgerichtlichen Genehmigung bedarf ebenso der Genehmigung.

Beispiel:

Geschäftsunfähiger Betreuer ist Alleingesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH.

Kann nun der Betreuer aufgrund seiner gesetzlichen Vertretungsmacht die Gesellschafterrechte wahrnehmen und die Geschäftsführungsbefugnis übernehmen?

Der Betreute verliert automatisch seine Geschäftsführerstellung, da Geschäftsführer nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person sein kann (§ 6 Abs. 2 Satz 1 GmbHG). Zum registerrechtlichen Vollzug des Erlöschens der Organstellung ist grundsätzlich ein Gesellschafterbeschluss notwendig (§ 6 Abs. 3 Satz 2, § 46 Nr. 5 GmbHG).

Zunächst ist der Aufgabenkreis zu beachten:

Gehört die Regelung aller Vermögensangelegenheiten zum Aufgabenkreis des Betreuers, kann er auch dessen Vermögensangelegenheiten und Gesellschaftsangelegenheiten wahrnehmen. Besser noch ist, wenn der Aufgabenkreis konkretisiert wird in „Wahrnehmung der Gesellschafterrechte des Betreuten als Komplementär/Kommanditist/Gesellschafter im Unternehmen“

Gesellschafterrechte im GmbH-Unternehmen sind keine höchstpersönlichen Rechte, weil der Gesellschafter sich bei der Abstimmung vertreten lassen kann, § 47 Abs. 3 GmbHG. Der gesetzliche Vertreter ist also in Gesellschafterversammlungen teilnahme- und stimmberechtigt.

Der Betreuer wird also einen Gesellschafterbeschluss fassen und einen neuen Geschäftsführer bestellen und diesen zur Eintragung im Register anmelden.

¹⁰⁸ BGH NJW 1973,1276

Sich selbst kann er nicht zum Geschäftsführer bestellen, weil er nach § 181 nicht namens des Vertretenen mit sich im eigenen Namen ein Rechtsgeschäft vornehmen kann. Für Beschlüsse im Rahmen des Gesellschaftsvertrags über Maßnahmen der Geschäftsführung findet § 181 im Grundsatz keine Anwendung, jedoch findet § 181 dann Anwendung, wenn durch Beschluss der Gesellschaftsvertrag oder die Satzung geändert oder der Vertreter in ein Gesellschaftsorgan gewählt werden soll.

Genehmigung zur Wohnungskündigung

Voraussetzung ist, dass die Kündigung in den Aufgabenkreis des Betreuers fällt. Dies ist der Fall, wenn dem Betreuer die Regelung der Miet- und Wohnungsangelegenheiten zugewiesen sind. Als ausreichend wird auch der Aufgabenkreis Vermögensangelegenheiten angesehen (strittig). Hierbei ist der Gesetzgeber selbst von einer „Angelegenheit der Vermögenssorge, die sich besonders schwerwiegend auf die persönlichen Lebensverhältnisse des Betroffenen auswirkt, ausgegangen. Auch der Aufgabenkreis Aufenthaltsbestimmung wird als ausreichend, jedoch als problematisch angesehen, da damit nicht notwendig die Entscheidung über eine Wohnungsauflösung einhergehen muss. Die Wohnungskündigung enthält Elemente der Personensorge und der Vermögenssorge. Im Zweifel Rückfrage beim Betreuungsgericht und ggf. Konkretisierung/Erweiterung des Aufgabenkreises.

Will der Betreuer die vom Betreuten gemietete Wohnung kündigen oder den Mietvertrag aufheben, benötigt er die Genehmigung des Betreuungsgerichts. Gewerbliche Pachtverhältnisse fallen unter § 1822 Nr. 4.

Die Kündigung bedarf der Schriftform und der zu diesem Zeitpunkt bereits erteilten rechtskräftigen betreuungsgerichtlichen Genehmigung und muss dem Vermieter in Urschrift zugehen. Eine Nachgenehmigung ist nicht möglich, hier muss eine erneute Kündigung ausgesprochen werden. Auch keine Fax-Kündigung.

Es empfiehlt sich, dass der Betreuer der Kündigung die Ausfertigung des rechtskräftigen Genehmigungsbeschlusses beifügt (nicht nur eine Kopie), andernfalls der Vermieter nach § 1831 Abs. 2 die Kündigung mangels Vorliegen der Ausfertigung der Genehmigung unverzüglich zurückweisen kann und somit nicht wirksam gekündigt wurde.

Die tatsächliche Räumung, also Auflösung des Hausrats, bspw. infolge Umzug des Betreuten in ein Pflegeheim, ist kein Rechtsgeschäft, sondern eine tatsächliche Handlung, die keiner Genehmigungspflicht nach § 1907 Abs. 1, sondern nur der Mitteilungspflicht nach § 1907 Abs. 2 gegenüber dem Betreuungsgericht unterliegt.

Wirksam kann der Betreuer nur kündigen, wenn er eine rechtskräftige Genehmigungserklärung des Betreuungsgerichts zum Zeitpunkt des Zugangs der schriftlichen Kündigung an den Vermieter in den Händen hat.

Diese kann dauern, da der Betreute hierzu persönlich vom Betreuungsrichter angehört werden muss.¹⁰⁹

Dazu kommt die dreimonatige Kündigungsfrist des Mieters.¹¹⁰

Deshalb empfiehlt sich, dass der Betreuer stets einen Mietaufhebungsvertrag mit dem Vermieter vereinbart. Dieser hat den Vorteil, dass er nachträglich genehmigt werden und auch die gesetzlichen Kündigungsfristen abgeändert werden können.

Schwierig für den Betreuer wird es, wenn der Betroffene einer Kündigung nicht zustimmt und das Vermögen nicht ausreicht zur Bezahlung der Heimkosten und der Miet- und Nebenkosten. In der Regel übernehmen die Sozialämter die Weiterzahlung der Miet- und Nebenkosten für den Betreuten nicht, sondern verweisen auf das Vermieterrisiko. Die Übernahme der Mietkosten als außerordentliche Belastung ist eine Kannvorschrift und steht im pflichtgemäßen Ermessen des Sozialamtes.

Hier kann sich empfehlen, dass der Betreuer rechtzeitig den Vermieter über seine Handlungsunfähigkeit ohne Genehmigung des Betreuungsgerichts informiert, sodass der Vermieter das Mietverhältnis außerordentlich kündigen kann, wenn der Mieter mit der Zahlung von zwei aufeinander folgenden Mieten in Verzug gerät.¹¹¹

Wird die Wohnung vom Vermieter gekündigt, muss der Betreuer die Kündigung dem Betreuungsgericht unverzüglich mitteilen.¹¹²

Erklärt der geschäftsfähige Betreute selbst die Kündigung oder die Mietaufhebung, ist keine betreuungsgerichtliche Genehmigung erforderlich. Allerdings empfiehlt es sich, dass der Betreuer hier sich äußerst zurückhält und nicht in das Mietverhältnis eingreift.

Wird dem Betreuten gekündigt, ist ebenfalls keine betreuungsgerichtliche Genehmigung erforderlich, sondern nur eine Anzeigepflicht des Betreuers an das Betreuungsgericht nach § 1907 Abs. 2 erforderlich.

Schutzzweck von § 1907 umfasst auch die Untervermietung oder Neuvermietung der vom Betreuten bisher eigengenutzten Wohnung. Die Vorschrift will verhindern, dass der Betroffene nicht wieder in seine Wohnung einziehen kann, weil die Wohnung bereits vom Betreuer anderweitig oder neu vermietet wurde.

Nicht genehmigungspflichtig ist nach LG Münster die Vermietung einer bisher nicht vom Betreuten genutzten leerstehenden Wohnung durch den Betreuer. Auch der Schutzzweck des § 1812 sei bei einer bereits leerstehenden Wohnung nicht berührt, weil durch den Abschluss des Mietvertrags die Betroffene kein Recht aufgibt (anders bei der Kündigung des Mietverhältnisses, wo die Mietzinsforderung aufgegeben wird) sondern den Mietzinsanspruch neu erwirbt.

Ist der Mieter geschäftsunfähig, so braucht er einen gesetzlichen Betreuer oder den besonders bestellten Prozesspfleger, damit die Kündigung als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung überhaupt an einen Empfangsberechtigten zugehen kann. Hier ist die Bestellung eines Betreuers auch ausschließlich im Drittinteresse nach § 1896 zulässig. Die Bestellung eines Prozesspflegers (§ 57 ZPO) ist subsidiär, da der Vermieter zunächst versuchen muss, die Bestellung eines Betreuers herbeizuführen.

¹⁰⁹ § 299 Satz 2 FamFG

¹¹⁰ § 573 c

¹¹¹ § 543 Abs. 2 Ziff. 3 a

¹¹² § 1907 Abs. 2 Satz 1

Mitteilungspflicht besteht nur, wenn Betreuer auch den Aufgabenkreis der Wohnungsangelegenheiten bzw. der Aufenthaltsbestimmung hat (evtl. Anregung auf Erweiterung des Aufgabenkreises).

Das Betreuungsgericht soll den Betreuer zur Verteidigung gegen die Kündigung bzw. Räumung auffordern, wenn dieser nichts unternimmt (Anweisung nach § 1837).

Möglichkeiten der Abwehr der Vermieterkündigung:

Einwand des unwirksamen Zugangs der Kündigung

Mieter ist geschäftsunfähig, Betreuer mit Aufgabenkreis ist nicht bestellt – keine Kündigung möglich

Mieter ist geschäftsunfähig, Betreuer mit Aufgabenkreis ist bestellt – Kündigung nur gegenüber dem Betreuer möglich

Mieter ist geschäftsfähig, Betreuer mit Aufgabenkreis ist bestellt – beiden gegenüber kann gekündigt werden

Einwand der unzureichenden Begründung der Kündigung

Nach §§ 543 Abs. 1, 569 Abs.4 muss die außerordentliche fristlose Kündigung begründet sein.

Verschulden wird nicht vorausgesetzt, sodass Einwand der Schuldunfähigkeit als solcher nicht greifen wird;

Einwand des Härtefalls;

Widerspruchsrecht gem. §§ 574 ff.

Bei Räumungsklage besteht Räumungsschutz nach § 765 a ZPO

Leihvertrag über Haushalts- oder Vermächtnisgegenstände

Gelegentlich kommt es vor, dass der Betreute über Mobiliar oder einzelne Gegenstände seiner Haushaltseinrichtung, Schmuck etc. bereits letztwillig verfügt hat (Sachvermächtnisse) und der Betreuer hiervon Kenntnis hat und sich unsicher ist, wie er sich bei Räumung der Wohnung hinsichtlich dieser vermachten Gegenstände verhalten soll oder dass Angehörige gerne schon einzelne Vermögensgegenstände, die sie später erben würden, erhalten wollen. Benötigt der Betreute diese Sachen nicht mehr, müsste der Betreuer sie auf Kosten des Betreuten einlagern, wenn er sie nicht verkauft, wozu aufgrund des geringen Verkaufswertes oder der Vermögensverhältnisse des Betreuten vielleicht kein Bedürfnis besteht. Ist der Betreute nicht mehr geschäftsfähig, kann er diese Gegenstände nicht an den Begünstigten verschenken, da die Schenkung die Geschäftsfähigkeit des Schenkers verlangt. Der Betreuer unterliegt dem Schenkungsverbot des § 1804, sodass er ebenfalls dem künftig Bedachten die Gegenstände nicht wirksam übereignen kann.

Im Einvernehmen mit dem Betreuungsgericht könnte der Betreuer mit dem künftig Bedachten einen **Verwahrungsvertrag** abschließen, in welchem sich der künftig Bedachte verpflichtet, die ihm in einer letztwilligen Verfügung zugewendeten bestimmten Gegenstände bis zu einer Entscheidung der Erben über die Erfüllung des Vermächtnisses unentgeltlich zu verwahren. Damit bleibt der Betreute Eigentümer. Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter muss sich hierbei das Recht vorbehalten, die Gegenstände jederzeit aus der Verwahrung zurückzuverlangen, der Verwahrende verpflichtet sich, über die eingelagerten Gegenstände nicht zu verfügen und sie für den Fall des Verlustes oder einer Verschlechterung ordnungsgemäß zu versichern.

Der Verwahrungsvertrag bedarf keiner betreuungsgerichtlichen Genehmigung.

Rechtsprechung

BGB §§ 2197, 2227, 2368

Dem vom Erblasser wirksam ernannten Testamentsvollstrecker ist auf Antrag ein Testamentsvollstreckerzeugnis auch dann zu erteilen, wenn bereits ein Entlassungsantrag gestellt ist. Für eine Prüfung, ob ein Entlassungsgrund vorliegt, ist im Zeugniserteilungsverfahren regelmäßig kein Raum.

OLG München, Beschluss vom 3.05.2010 – 31 Wx 034/10, rechtskräftig

Aus den Gründen:

I.

Der Erblasser ist am xxx im Alter von 87 Jahren verstorben. Seine erste Ehefrau ist 1969 verstorben; die Beteiligten zu 2 bis 5 sind die Kinder aus dieser Ehe. Die Beteiligte zu 1 ist die zweite Ehefrau des Erblassers. Anlässlich ihrer Heirat schlossen der Erblasser und die Beteiligte zu 1 am 26.8.1977 einen Erbvertrag, den sie mit einer vom Erblasser geschriebenen und von beiden Ehegatten unterschriebenen Verfügung vom 9.11.2006 aufhoben. Mit eigenhändigem Testament vom 11.1.2008 setzte der Erblasser die Beteiligten zu 2 bis 5 als Erben ein. Die Betei-

ligte zu 1, die als Vermächtnisnehmerin Leibrente, Hausrat und Wertpapiere erhielt, bestimmte er zur Testamentsvollstreckerin. Zwei Nachträge zu diesem Testament sowie mehrere weitere letztwillige Verfügungen enthalten Zuwendungen von Einzelgegenständen.

Die Beteiligte zu 1 beantragte die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses. Die Beteiligten zu 2 bis 5 traten dem entgegen mit der Begründung, der Erbvertrag vom 26.8.1977 sei nicht wirksam aufgehoben. Außerdem lägen mehrere Abberufungsgründe vor, so dass eine Bestellung der Beteiligten zu 1 zur Testamentsvollstreckerin nicht in Betracht komme.

Mit Beschluss vom 29.07.2009 kündigte das Nachlassgericht an, der Beteiligte zu 1 das beantragte Testamentsvollstreckerzeugnis zu erteilen. Die Beschwerde der Beteiligten zu 2 bis 5 wies das Landgericht zurück. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde. Das Testamentsvollstreckerzeugnis wurde der Beteiligte zu 1 am 5.2.2010 erteilt.

II.

Die weitere Beschwerde ist zulässig mit dem Ziel der Einziehung des inzwischen erteilten Testamentsvollstreckerzeugnisses. Sie ist jedoch in der Sache nicht begründet. Die Vorinstanzen haben

zu Recht angenommen, dass die Voraussetzungen für die Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses vorliegen.

1. Nach § 2368 Abs. 1 Satz 1 BGB hat das Nachlassgericht auf Antrag einem Testamentsvollstrecker ein Zeugnis über die Ernennung zu erteilen. Voraussetzung für die Erteilung ist, dass wirksam Testamentsvollstreckung angeordnet ist, der Testamentsvollstrecker wirksam ernannt ist und er das Amt angenommen hat. Ferner ist zu prüfen, ob die Testamentsvollstreckung gegenstandslos oder das Amt aus einem sonstigen Grund bereits erloschen ist. Denn grundsätzlich wird kein Zeugnis erteilt, das von Anfang an wieder eingezogen werden müsste (vgl. MünchKommBGB/Mayer 5. Aufl. § 2368 Rn. 12). Ist die Testamentsvollstreckung schon wieder beendet, nachdem sie bestanden hatte, kommt die Erteilung eines Zeugnisses hierüber mit dem Vermerk der Beendigung in Betracht (vgl. OLG Stuttgart, OLGZ 1979, 387).

2. Die Vorinstanzen sind zu Recht davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen für die Erteilung des beantragten Zeugnisses vorliegen. Sie haben zutreffend die letztwillige Verfügung vom 11.1.2008 und die darin enthaltene Anordnung der Testamentsvollstreckung für wirksam und maßgeblich für die Erbfolge erachtet. Der Erbvertrag vom 26.8.1977 ist durch die Verfügung vom 9.11.2006, die ein formgültiges gemeinschaftliches Testament der Ehegatten darstellt, wirksam aufgehoben (§ 2292 i. V. m. §§ 2265, 2267 BGB). Die Beteiligte zu 1 ist gemäß § 2197 Abs. 1 BGB vom Erblasser durch Testament zur Testamentsvollstreckerin ernannt; Umstände, die zur Unwirksamkeit der Ernennung durch den Erblasser führen könnten, sind nicht ersichtlich. Die Beteiligte zu 1 hat das Amt angenommen (§ 2202 BGB).

Das Amt der Beteiligten zu 1 als Testamentsvollstreckerin ist auch nicht gegenstandslos oder aus einem sonstigen Grund bereits erloschen. Denn es führt nicht zur Beendigung des Amtes, dass ein Antrag auf Entlassung des Testamentsvollstreckers gestellt wird. Die Beendigung des Amtes des Testamentsvollstreckers wird erst durch die konstitutive Entscheidung des Nachlassgerichts über die Entlassung herbeigeführt (§ 2227 Abs. 1 BGB). Das Amt des Testamentsvollstreckers endet mit der Zustimmung des Entlassungsbeschlusses (§ 16 FGG; für nach dem 1.9.2009 eingeleitete Verfahren §§ 40, 41 FamFG). Solange das nicht der Fall ist, hat er das Amt inne und demzufolge Anspruch auf das zu seiner Legitimation dienende Testamentsvollstreckerzeugnis. Im Verfahren betreffend die Erteilung des Zeugnisses kommt es deshalb entgegen der Auffassung des Nachlassgerichts nicht darauf an, ob ein behaupteter wichtiger Grund für eine Entlassung des Testamentsvollstreckers tatsächlich vorliegt. Anders verhält es sich, wenn es um die Ernennung eines Testamentsvollstreckers durch das Nachlassgericht nach § 2200 BGB geht, denn ein nach pflichtgemäßem Ermessen auszuwählender Testamentsvollstrecker ist für die Aufgabe ungeeignet, wenn von vornherein das Vorliegen oder spätere Entstehen eines Entlassungsgrundes feststeht oder wahrscheinlich ist (vgl. MünchKommBGB/Zimmermann § 2200 Rn. 6). Hier geht es aber nicht um die Auswahl eines Testamentsvollstreckers durch das Nachlassgericht, sondern um die Erteilung eines Zeugnisses für den vom Erblasser selbst ausgewählten Testamentsvollstrecker, der sein Amt angenommen und das seiner Legitimation dienende Zeugnis beantragt hat.

Im Übrigen kann dem Testamentsvollstrecker selbst im Falle der Entlassung für die Zeit bis zur Entlassung ein Testamentsvollstreckerzeugnis (mit einem entsprechenden Beendigungsvermerk) erteilt werden, denn das Testamentsvollstreckerzeugnis bekundet die Legitimation des Testamentsvollstreckers, nicht aber die Ordnungsgemäßheit seiner Amtsführung (OLG Stuttgart OLGZ 1979, 387/389). Der pauschale Hinweis auf mögliche Verfügungen zum Nachteil der Erben ist nicht geeignet, dem Testamentsvollstrecker für die Zeit seiner Amtsführung das Zeugnis zu versagen. Die (etwa nach § 2205 Satz 3 BGB) fehlende Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers wird im Übrigen durch den guten Glauben nicht ersetzt (MünchKommBGB/Zimmermann § 2205 Rn. 79; Palandt/Edenhofer BGB 69. Aufl. § 2205 Rn. 24).

Die weitere Beschwerde rügt deshalb zu Unrecht, dass sich das

Landgericht nicht mit den vorgetragenen Beanstandungen hinsichtlich der Amtsführung der Beteiligten zu 1 auseinandergesetzt hat. Die Vorinstanzen hatten keinen Anlass, sich im Rahmen des Verfahrens betreffend die Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses mit dem von den Beteiligten zu 2 bis 5 vorgetragenen Sachverhalten auseinanderzusetzen, auf die diese ihren Entlassungsantrag stützen. Erst recht bestand kein Anlass, hierzu Beweise zu erheben. Mit dem Sachvortrag, auf den die Beteiligten zu 2 – 5 ihren Entlassungsantrag stützen, wird sich das Nachlassgericht im Rahmen des Entlassungsverfahrens zu befassen haben. Im Verfahren betreffend die Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses ist hierfür kein Raum.

3. Die Entscheidung über die Kostenerstattung beruht auf § 13a Abs. 1 Satz 2 FGG, die Festsetzung des Geschäftswerts auf § 131 Abs. 2, 30 Abs. 1 KostO a. F.

Mitgeteilt durch Richterin am OLG München Margaretha Förth

BGB §§ 138, 2303, 2314, 2346; SGB XII 93

1. Eine Verfügung von Todes wegen, mit der Eltern ihr behindertes, durch den Sozialhilfeträger unterstütztes Kind nur als Vorerben auf einen den Pflichtteil kaum übersteigenden Erbteil einsetzen, bei seinem Tod ein anderes Kind als Nacherben berufen (sog. Behindertentestament), verstößt nicht gegen die guten Sitten.

2. Ein vom behinderten Kind mit seinen Eltern lebzeitig abgeschlossener Pflichtteilsverzichtungsvertrag ist auch nicht im Falle des Bezugs von Sozialleistungen sittenwidrig.

OLG Köln, Urteil vom 9. 12. 2009 - 2 U 46/09 (Revision eingelegt: BGH IV ZR 7/10)

Sachverhalt:

I. Der Kl. nimmt den Bekl. als Erben seiner am 6. 11. 2006 verstorbenen Ehefrau (E), aus übergeleitetem Recht im Wege der Stufenklage auf Auskunft und Zahlung aus streitigem Pflichtteilsrecht der Tochter (T) des Bekl. in Anspruch. Der Kl. gewährt der lernbehinderten T (geb. 1974), die nicht unter gerichtlicher Betreuung steht, seit 1992 Eingliederungshilfe gemäß §§ 53 ff. SGB XII. Im Jahre 2007 wurde die Leistung als erweiterte Hilfe nach § 19 Abs. 5 SGB XII umgestellt. Mit Bescheid vom 30. 4. 2008 leitete der Kl. gemäß § 93 Abs. 1 Satz 1 SGB XII sowohl den Pflichtteils- als auch den Auskunftsanspruch nach § 2314 BGB der T aus dem Erbfall nach E über. Derzeit fallen monatliche Kosten i. H. von 3 000 € an, und die bisher aufgewendeten Beträge belaufen sich auf über 400 000 €. Seit November 2006 bis zum 31. 5. 2008 wurden seitens des Kl. Leistungen i. H. von 62 717,30 € erbracht. Der Bekl. lebte mit E in Zugewinnngemeinschaft. Aus der Ehe gingen drei Kinder hervor. Am 6. 11. 2006 errichteten die Eheleute ein gemeinschaftliches Testament. Zu diesem Zweck begab sich der Notar in die Wohnung der Eheleute. Die Eheleute setzten sich im Ehegattentestament gegenseitig als Alleinerben, die Tochter U. (geb. 1969) und den Sohn D. (geb. 1977) zu je 83/200 als Schlusserven des Längstlebenden sowie T zu 34/200 als Vorerbin ohne Befreiung von den gesetzlichen Beschränkungen der §§ 2113 ff. BGB ein. Zugleich wurden Dauertestamentsvollstreckung hinsichtlich des der T anfallenden Erbteils angeordnet und der Bruder zum Testamentsvollstrecker sowie für den Fall des Todes der T als Nacherbe bestimmt. Weiterhin heißt es u. a. in der notariellen Urkunde:

„E gab an, ihren Namen nicht schreiben und nicht sprechen zu können. Der Notar zog daher als Zeugen und Erklärungshelfer ... zu. Ausschlussgründe für die Mitwirkung gemäß § 26 BeurkG liegen in der Person des Zeugen und Erklärungshelfers nicht vor.

E kann sich auch durch Zeichenverständlich machen. ...

Der Notar überzeugte sich durch die Verhandlung von der erforderlichen Geschäfts- und Testierfähigkeit der Erblasser. E ist schwer krebskrank und nach Auskunft ihres behandelnden Arztes, des Zeugen und Erklärungshelfers ... testierfähig. ...

Unsere Tochter ... (T) ist lernbehindert, steht jedoch nicht unter gerichtlicher Betreuung und ist auch nicht in der Geschäftsfähigkeit eingeschränkt. ...

Im Anschluss an die Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments verzichteten T sowie ihre Geschwister durch notariell beurkundeten Pflichtteilsverzichtsvertrag auf die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen nach dem Erstversterbenden. Noch im Laufe des Abends des 6. 11. 2006 verstarb E. Die Eheleute waren Eigentümer eines Grundstücks, welches mit einem Wohnhaus bebaut ist.

Der Kl. hat die Auffassung vertreten, T stehe ein Pflichtteilsanspruch nach § 2303 Abs. 1 i. V. m. § 1924 BGB zu. T sei nicht befugt gewesen, wirksam auf ihren Pflichtteil zu verzichten. Der Pflichtteilsverzichtsvertrag sei als Vertrag zu Lasten Dritter nichtig. Dem Bekl. und E sei bewusst gewesen, dass der Kl. nach dem Tode des Längstlebenden grundsätzlich auf Vermögenswerte zugreifen könne. Um dies zu vereiteln, seien die erbrechtlichen Regelungen getroffen sowie der Pflichtteilsverzicht nach dem Erstversterbenden erklärt worden. Aus der testamentarischen Regelung, T als Einziges der drei Kinder als beschränkte Vorerbin einzusetzen, während die beiden anderen Kinder beschränkungslos zu Erben des Letztversterbenden berufen wurden, werde die Intention deutlich, den Zugriff des Sozialhilfeträgers auf Vermögenswerte zu verhindern. Gleiche Motivation sei für den Pflichtteilsverzicht anzunehmen. Der Kl. hat im Wege der Stufenklage Auskunft über den Wert des Hausgrundstücks und mit der Leistungsstufe zunächst die Zahlung von 1/12 des nach Wertermittlung sich ergebenden Verkehrswerts abzüglich eines Betrags von 1553,49 € begehrt.

Der Bekl. hat die Aktivlegitimation des Kl. und die Wirksamkeit der Überleitung der angeblichen Ansprüche auf den Kl. bestritten. T habe wirksam auf ihren Pflichtteil verzichtet; der Verzicht sei nicht sittenwidrig. Die Motivation für diesen Verzicht habe darin bestanden, dass der Bekl. nach dem Tode der E finanziell abgesichert sei, da außer dem Hausgrundstück keine wesentlichen Vermögenswerte vorhanden seien. In seiner Familie sei es üblich, dass die Kinder den elterlichen Nachlass erst nach dem letztversterbenden Elternteil erhalten sollen. Diese Motivation finde auch darin Ausdruck, dass alle drei Kinder auf den Pflichtteil nach dem Erstversterbenden verzichtet haben.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Gegen dieses Urteil hat der Kl. Berufung eingelegt.

Gründe:

1. 1. Gegen die Zulässigkeit der Berufung des Kl. bestehen keine Bedenken. Insbesondere übersteigt der Wert des Beschwerdegegenstands 600 € (§ 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Das LG hat nicht nur eine Entscheidung über die 1. Stufe der vom Kl. erhobenen Stufenklage getroffen, sondern in zulässiger Weise eine das Klageverfahren abschließende Entscheidung gefällt. Dies folgt bereits aus ihrer Bezeichnung als „Urteil“ und nicht als „Teilurteil“. Zudem hat der Einzelrichter nach dem insoweit maßgeblichen Tenor des Urteils die Klage insgesamt abgewiesen und in den Entscheidungsgründen hierzu näher ausgeführt, dem Kl. stehe weder ein Pflichtteils- noch ein Auskunftsanspruch zu. Zudem hat er sein Urteil mit einer Kostenentscheidung versehen.

2. In der Sache hat die Berufung keinen Erfolg.

Wirksame Überleitung der Pflichtteilsansprüche der T

a) Der klagende Verband ist vorliegend grundsätzlich berechtigt, den hier im Wege der Stufenklage geltend gemachten Pflichtteilsanspruch der Leistungsberechtigten klageweise zu verfolgen (§ 2303 Abs. 1 Satz 1 BGB i. V. m. § 93 Abs. 1 Satz 1 SGB XI). T

ist im Testament der E nicht als Erbin eingesetzt und somit grundsätzlich pflichtteilsberechtigt. Damit steht ihr dem Grunde nach auch ein Anspruch auf Wertermittlung nach § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB zu. Diese Ansprüche kann nunmehr der Kl. als Sozialhilfeträger geltend machen, ohne dass es auf eine Entscheidung des Pflichtteilsberechtigten selbst ankommt (BGH v. 8. 12. 2004, IV ZR 223/03, ZEV 2005, 117 m. Anm. Muscheler, NJW-RR 2005, 369). Ein Pflichtteilsanspruch ist nach h. M. in der Literatur (vgl. nur Lange, in: MüKo-BGB, 4. Aufl. 2004, § 2317 Rn. 10; Ivo, FamRZ 2003, 6; Mensch, BWNNotZ 2009, 162, 165; Nieder, NJW 1994, 1265) und der vom Senat geteilten Auffassung des BGH (v. 8. 12. 2004, a. a. O.) überleitungsfähig. Hat ein Sozialhilfeträger wegen seiner bereits getätigten Aufwendungen einen Pflichtteilsanspruch des Hilfeempfängers nach dem Erbfall durch Bescheid auf sich übergeleitet, so kann er den übergeleiteten Anspruch selbstständig verfolgen (BGH v. 8. 12. 2004, a. a. O.). Dies ist hier der Fall. Der Kl. hat durch Bescheid vom 30. 4. 2008 die Pflichtteilsansprüche der T aus dem Erbfall nach E sowie die Hilfsansprüche nach § 2314 BGB auf sich übergeleitet.

Wirksamkeit des gemeinschaftlichen Behindertentestaments

b) Es bestehen keine Bedenken hinsichtlich der Wirksamkeit des gemeinschaftlichen Testaments der Eheleute. Insbesondere liegt kein Verstoß gegen § 138 BGB vor. Der Inhalt des Testaments der Eheleute – Enterbung der Kinder nach dem Erstversterbenden; Anordnung einer nicht befreiten Vorerbschaft nach dem Letztversterbenden – ist nicht sittenwidrig. Zunächst einmal entspricht die von den Ehegatten gewählte Konstruktion im Wesentlichen einem Berliner Testament. Diese Art der Testamenterrichtung ist gesetzlich anerkannt (§ 2269 BGB) und unterliegt keinen rechtlichen Bedenken. Eine Sittenwidrigkeit des gemeinschaftlichen Testaments folgt auch nicht daraus, dass die Eltern ihre Tochter nach dem Tode des Letztversterbenden nur als nicht befreite Vorerbin eingesetzt haben und durch diese Anordnung das Vermögen dem Zugriff des Sozialhilfeträgers entzogen wird. Grundsätzlich steht jedem Erblasser als Ausfluss der Testierfreiheit das Recht zu, über sein Vermögen nach dem Tod nach Belieben zu verfügen, so dass letztlich die Nachrangigkeit der Sozialhilfe mit der bestehenden Testierfreiheit abzuwägen ist. Insoweit wird z. T. von der Rechtsprechung (LG Flensburg v. 1. 9. 1992, 2 O 265/92, NJW 1993, 1866; LG Konstanz v. 24. 4. 1991, 5 O 423/90, FamRZ 1992, 360) und der Literatur (vgl. z. B. Armbrüster, in: MüKo-BGB, 5. Aufl. 2006, § 138 Rn. 45; Damrau, ZEV 1998, 1; Kuchinke, FamRZ 1992, 363) es als sittenwidrig angesehen, wenn der Erblasser, zu dessen pflichtteilsberechtigten Angehörigen ein Empfänger von Sozialhilfe zählt, Zuwendungen an diese Person so gestaltet, dass diese nicht dem Zugriff des Sozialhilfeträgers ausgesetzt sind. Demgegenüber geht die wohl h. M. davon aus, dass eine Verfügung von Todes wegen, mit der Eltern ihr behindertes, auf Kosten der Sozialhilfe untergebrachtes oder unterstütztes Kind nur als Vorerben auf einen den Pflichtteil kaum übersteigenden Erbteil einsetzen (vorliegend 17 % statt des Pflichtteils von 16,666 %), bei seinem Tod ein anderes Kind als Nacherben berufen und dieses auch zum Vollerben des übrigen Nachlasses bestimmen, nicht sittenwidrig ist, auch wenn dadurch der Träger der Sozialhilfe keinen Kostenersatz erlangen kann. Dieser auch vom BGH in gefestigter Rechtsprechung (v. 21. 3. 1990, IV ZR 169/89, BGHZ 111, 36, NJW 1990, 2055; v. 20. 10. 1993, IV ZR 231/92, BGHZ 123, 368, ZEV 1994, 35, NJW 1994, 248; s. dazu auch Wendt, ZNotP 2008, 2, 10 ff. m. w. N.) vertretenen Auffassung schließt sich der Senat an (zur Gestaltung eines sog. Behindertentestaments s. a. Grziwotz, ZEV 2002, 409; Mensch, BWNNotZ 2009, 162, 166; Nazari-Golpayegani/Boger, ZEV 2005, 377; Ruby, ZEV 2006, 66; Wendt, ZNotP 2008, 2, 3 ff.).

Keine Testierunfähigkeit der E

c) Dass E zum Zeitpunkt der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments nicht (mehr) sprechen und nicht (mehr) schreiben konnte, macht das Testament nicht unwirksam. Nach § 2233

Abs. 2 BGB kann auch in einem solchen Fall ein notarielles Testament in wirksamer Form errichtet werden. Das zwingende („muss“, vgl. Winkler, BeurkG, 16. Aufl. 2009, § 24 Rn. 20) Erfordernis der Hinzuziehung einer Verständigungsperson nach § 24 Abs. 1 BeurkG, wie auch die übrigen Vorgaben der §§ 22, 24 BeurkG (vgl. Winkler, § 22 Rn.29, § 24 Rn. 20) sind vorliegend beachtet worden.

Wirksamer Pflichtteilsverzicht der T

d) Indes kann der Kl. keinen Pflichtteilsanspruch geltend machen, weil T ihrerseits wirksam zu Lebzeiten auf ihren Pflichtteilsanspruch verzichtet hat. Bedenken hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit der T bestehen nicht. Da die Geschäftsfähigkeit der Regelfall ist, müsste der Kl., wenn er die Unwirksamkeit des Vertrags wegen Geschäftsunfähigkeit einer Vertragspartei geltend machen will, die Voraussetzungen einer solchen Geschäftsunfähigkeit hinreichend schlüssig aufzeigen und unter Beweis stellen. Dies ist nicht geschehen. Der Kl. legt keine konkreten Anhaltspunkte für eine Geschäftsunfähigkeit der lernbehinderten T bei Abschluss des notariellen Vertrags dar; diese ergeben sich auch nicht aus den Akten. Beim streitbefangenen Pflichtteilsverzicht handelt es sich nicht etwa um einen unzulässigen Vertrag zulasten Dritter. Insoweit wird vom Kl. ein methodischer Fehler begangen, indem der nur zur Verdeutlichung bestimmter gesetzlicher Regelungen oder Regelungszusammenhänge verwendete und geeignete Begriff (vgl. dazu z. B. Grüneberg, in: Palandt, BGB, 67. Aufl. 2008, Einf. vor § 328 Rn. 10) verabsolutiert, an die Stelle der gesetzlichen Regelung gesetzt und dann unter den vermeintlichen Inhalt dieses Begriffs subsumiert wird. Der von E mit T abgeschlossene Pflichtteilsverzichtvertrag ist unter den hier gegebenen Umständen ebenso wenig sittenwidrig (§ 138 Abs. 1 BGB; vgl. zu der Problematik Hau, in: jurisPKBGB, Stand 6. 10. 2008, § 2346 Rn. 22; Sack, in: Staudinger, BGB, Bearb. 2003, § 138 Rn. 363 ff.). Zwar wird z. T. in der Rechtsprechung (OLG München v. 25. 1. 2006, 15 U 4751/04, ZEV 2006, 313 für einen Erbverzichts- und Abfindungsvertrag; VGH Mannheim v. 8. 6. 1993, 6 S 1068/92, NJW 1993, 2953, 2954 für einen Pflichtteilsverzicht) und der Literatur (vgl. auch Armbrüster, § 138 Rn. 45) in Anlehnung an die für die Sittenwidrigkeit von Unterhaltsverzichtsverträgen zwischen Ehegatten entwickelten Grundsätze die Auffassung vertreten, ein Erb- bzw. Pflichtteilsverzicht sei zumindest dann sittenwidrig, wenn der Verzichtende sowohl im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts als auch im Zeitpunkt des Erbfalls hilfebedürftig ist und den Beteiligten dies bekannt war. Demgegenüber neigt die wohl h. M. in Literatur und Rechtsprechung dazu, einen zwar während des Bezugs von nachrangigen Sozialleistungen, aber vor Eintritt des Erbfalls erklärten Erb- bzw. Pflichtteilsverzicht nicht als sittenwidrig anzusehen (vgl. dazu Vaupel, RNotZ 2009, 497, 508; offen gelassen Wendt, ZnotP 2008, 2, 11). Dieser letztgenannten Auffassung schließt sich der Senat an. Die vom Familiensenat des BGH (v. 25. 10. 2006, XII ZR 144/04, NJW 2007, 904, 905 f.) vertretene Auffassung, dass Unterhaltsverzichtserklärungen eines Ehegatten dann sittenwidrig sind,

wenn dem verzichtenden Ehegatten ohne die Verzichtserklärung ein Unterhaltsanspruch zustände und erst der Ausschluss des Anspruchs zur Belastung des Sozialhilfeträgers führt, lässt sich nicht verallgemeinern. So verneint z. B. der für das Insolvenzrecht zuständige Senat des BGH (v. 25. 6. 2009, IX ZB 196/08, ZEV 2009, 469, NZI 2009, 563) im Falle einer im Insolvenzverfahren beantragten Restschuldbefreiung (§§ 287 ff. InsO) eine Verpflichtung des Schuldners, in der Wohlverhaltensphase Erb- bzw. Pflichtteilsansprüche zu verfolgen. Eine Übertragung der ehevertraglichen Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle auf den Bereich des Pflichtteilsverzichts ist ebenfalls aufgrund der Unterschiede zwischen den beiden Regelungsmaterien abzulehnen (Kapfer, MittBayNot 2006, 385). Der Unterschied besteht bereits darin, dass beim Unterhaltsverzicht dem Verzichtenden ein subjektives Recht zusteht. Demgegenüber weiß der Verzichtende im Falle einer zu Lebzeiten des Erblassers abgegebenen Verzichtserklärung i. d. R. noch nicht, was letztlich beim Tod des Erblassers im Nachlass vorhanden sein wird, und ob er überhaupt einen Erb- bzw. Pflichtteilsanspruch haben wird. Anders als etwa beim Unterhaltsverzicht verfügt der Verzichtende hier gerade über keine bestehende Erwerbsquelle oder Unterhaltungsmöglichkeit, sondern lediglich über eine mehr oder weniger ungesicherte „Erwerbschance“. Ob und in welchem Umfang der Verzichtende aus dieser „Erwerbschance“ einmal verwertbares Vermögen erhält, ist noch nicht absehbar, weshalb auch eine Schädigungsabsicht i. d. R. zu verneinen ist (Vaupel, RNotZ 2009, 497, 508). Der Senat hat bei seiner Entscheidung nicht verkannt, dass die vorstehenden Überlegungen auf den vorliegenden Fall nur eingeschränkt übertragbar sind, da T die Erklärung zeitlich unmittelbar vor dem aufgrund der schweren Erkrankung der E sich abzeichnenden Tod der E abgegeben hat, und damit hier der Umfang des verwertbaren Vermögens mit einer erheblichen Wahrscheinlichkeit bereits feststand. Indes erscheint es angezeigt, die Frage der Sittenwidrigkeit eines Pflichtteilsverzichtsvertrags aus Gründen der Rechtssicherheit einheitlich zu beantworten und nicht davon abhängig zu machen, in welcher zeitlichen Nähe zum Tod des Erblassers dieser Verzicht ausgesprochen wird und mit welcher Wahrscheinlichkeit zu diesem Zeitpunkt mit dem alsbaldigen Ableben zu rechnen war sowie der Umfang des Vermögens bereits feststand. Da es vorliegend nicht um die Beurteilung einer erst nach Eintritt des Erbfalls abgegebenen Ausschlagungs- oder Verzichtserklärung geht, bedarf es hier keiner Entscheidung des Senats dazu, ob in einem solchen Fall die Ausschlagung einer (werthaltigen) Erbschaft durch einen Sozialhilfebedürftigen sittenwidrig ist (vgl. zuletzt OLG Hamm v. 16. 7. 2009, 15 Wx 85/09, ZEV 2009, 471 m. Anm. Leipold, m. w. N. aus Rspr. und Lit.), bzw. ob und inwieweit eine OLG Köln: Keine Sittenwidrigkeit eines Behindertentestaments sowie eines Pflichtteilsverzichtsvertrags (ZEV 2010, 85) Verpflichtung des Sozialversicherungsträgers zur Hilfeleistung besteht, wenn ein Hilfebedürftiger seine Erbschaft ausschlägt, bzw. einen Pflichtteil nicht geltend macht und damit nicht bereits vorhandene Vermögenswerte zur Vermeidung der Bedürftigkeit einsetzt.

Mitgeteilt von Notaranwärter Sebastian Mensch, Stuttgart

Anmerkung zum Beschluss des OLG Köln vom 09.12.2009*

von Sebastian Mensch, Diplom Finanzwirt (FH), Notaranwärter, Stuttgart

Gliederung:

1. Einordnung der Entscheidung
2. Sittenwidrigkeit des Behindertentestaments
3. Sittenwidrigkeit des Bedürftigentestaments

4. Pflichtteilsverzicht
5. Zusammenfassende Beispiele
6. Fazit

* BWNNotZ 2010, 135 in diesem Heft

1. Einordnung der Entscheidung

Das OLG Köln greift mit seiner Entscheidung gleich mehrere höchst umstrittene Spannungsfelder im Zusammenhang mit sozialrechtlicher Regressnahme und Gestaltungen der Kautelarjurisprudenz auf. Nicht zu Unrecht erkennt der Senat die grundlegende Bedeutung der Entscheidung an und hat die Revision zugelassen.

Mit der Eindeutigkeit wie es die Leitsätze vermuten lassen, kann die Entscheidung nicht verstanden werden. In dem entschiedenen Fall musste primär getrennt werden zwischen der möglichen Sittenwidrigkeit eines sog. Behindertentestaments und den Folgen eines Pflichtteilsverzichts für die Möglichkeit der sozialrechtlichen Überleitung. Bereits diese Differenzierung bereitet im Detail Schwierigkeiten.

In Erweiterung des Urteils muss auch überlegt werden, inwiefern eine Unterscheidung zwischen der Gestaltung im Zusammenhang mit Behindertentestamenten und der Gestaltung bei sonstigen Bedürftigentestamenten¹ notwendig ist.

2. Sittenwidrigkeit des Behindertentestaments

Das klassische Behindertentestament sieht eine Erbeinsetzung des Behinderten zum nicht befreiten Vorerben, ergänzt mit Testamentsvollstreckung vor. Verbunden wird dies mit einer Anordnung gemäß § 2216 Abs. 2 BGB, die es dem Testamentsvollstrecker erlaubt, innerhalb eines festgelegten Rahmens, dem Behinderten Leistungen zukommen zu lassen. Diese Leistungen des Testamentsvollstreckers sind nach § 90 SGB XII vor dem Zugriff des Sozialleistungsträgers geschützt, um die Lebensqualität des Erben zu verbessern².

Generell steht der § 2216 BGB vor dem Problem, dass eine weitgehende Thesaurierung der Erträge³ nur vor dem Hintergrund des wohlverstandenen Interesses des Erben⁴ geschützt ist⁵. Hierbei ist fraglich, ob Gestaltungen die den Behinderten von Erträgen ausschließen im Interesse des Erben sind. Verstärktes Gewicht gewinnt diese Überlegung wenn bedacht wird, dass vermehrt nicht mehr der Schutz vor Eigengläubigern des Leistungsempfängers, sondern vielmehr die Abschirmung des Nachlasses gegen den Sozialleistungsträger bezweckt ist.

Seit Inkrafttreten der Erbrechtsreform zum 01.01.2010⁶ ist § 2306 BGB in der Form geändert, dass es keinen automatischen Wegfall von Beschränkungen und Beschwerden mehr gibt, sobald der Erbe weniger als seinen Pflichtteil zugewendet erhält⁷.

Für die Gestaltungspraxis stellt sich die Frage, ob nun in Zukunft keine Einsetzung mehr oberhalb des Pflichtteilsanspruchs geboten ist. Auch bei Einsetzung unterhalb des Pflichtteils fällt die Vor- und Nacherbfolge und die Testamentsvollstreckung nicht mehr weg. Dennoch erscheint es meines Erachtens weiterhin geboten eine Einsetzung, wie bisher vorzunehmen.

Diese Einschätzung fußt auf der Überlegung, dass bei einer angeordneten Betreuung der Betreuer gehalten ist, das Vermögen des Betreuten zu erhalten und ggf. zu mehren⁸.

Aus dieser Verpflichtung wird nun abgeleitet, dass der Betreuer eine Erbschaft unterhalb des Pflichtteilsanspruchs ausschlagen

muss und den höherwertigen Pflichtteilsanspruch zu erhalten⁹. Die Möglichkeit der Geltendmachung eines Zusatzpflichtteils¹⁰ lässt auch ohne bestehende Betreuung eine Einsetzung unterhalb des Pflichtteilsanspruchs als wenig attraktiv erscheinen.

Das klassische Behindertentestament ist durch die Entscheidung des OLG Köln erneut als für die Kautelarpraxis sichere Gestaltung bestätigt worden¹¹. Dies gilt grundsätzlich dann, wenn von der oben beschriebenen erbrechtlichen Lösung¹² Gebrauch gemacht wird.

3. Sittenwidrigkeit des Bedürftigentestaments

Das Bedürftigentestament oder auch Überschuldetentestament genannt versucht die Grundsätze des Behindertentestaments auch auf andere Empfänger von Sozialleistungen zu übertragen¹³. Für Sozialhilfeempfänger ist grundsätzlich nicht vergleichbar sicher anerkannt, dass die Entscheidung über die Erbschaftsausschlagung höchstpersönlich¹⁴ und damit nicht überleitbar ist¹⁵.

Zu unterscheiden ist in diesem Zusammenhang allerdings zwischen der Möglichkeit die Ausschlagung zu erklären und als Sozialleistungsträger den Pflichtteilsanspruch geltend zu machen und der Sanktionsbefugnis des Sozialleistungsträgers.

Sowohl im Bereich der Sozialhilfe, als auch beim Arbeitslosengeld II sieht das Gesetz Sanktionsmöglichkeiten für den Fall der absichtlichen Vermögensminderung vor¹⁶.

In einer kürzlich veröffentlichten Entscheidung des SG Dortmund¹⁷ hat dieses einstweiligen Rechtsschutz in Bezug auf die Weitergewährung von ALG II mit der Begründung abgelehnt, dass der Betroffene eine angefallene Erbschaft ausschlagen könne um den Pflichtteil zu erhalten.

Die notarielle Gestaltung des Bedürftigentestaments war dabei an die Gestaltung von Behindertentestamenten angelehnt. Das SG Dortmund verkennt hierbei die Funktion des Pflichtteilsanspruches als unentziehbare, bedarfsunabhängige Mindestbeteiligung am Nachlass¹⁸. Der Pflichtteilsanspruch ist gerade kein Unterhaltersatz¹⁹, der stets eingesetzt werden müsse.

Zwar ist es herrschende Meinung²⁰, dass ein Pflichtteilsanspruch unabhängig von der Geltendmachung übergeleitet werden kann, jedoch obliegt es dem Erben²¹ inwieweit er eine Beteiligung am Nachlass durch Erbeinsetzung²² bevorzugt.

Im Ergebnis erscheint es zweifelhaft, für ein Bedürftigentestament eine andere Rechtsfolge, als für ein Behindertentestament

¹ Insbesondere Empfänger von ALG II bzw. Grundsicherung und Sozialhilfeempfänger

² Van de Loo NJW 1990, 2852; Nieder NJW 1994, 1264

³ Durch Weitergabe von Naturalleistungen

⁴ Krit. Armbrüster ZEV 2010, 88- Armbrüster sieht in den gewählten Gestaltungen überwiegend die Motivlage vorhandenes Vermögen vor dem Zugriff des Sozialleistungsträgers zu schützen. Andere Ansicht mit guten Argumenten Bengel/Spall ZEV 2010, 195

⁵ OLG Bremen FamRZ 1984, 213

⁶ BGBl. I 2009, S. 3142

⁷ Umfassend bereits zum Reg. Entw. Schaal/Grigas BWNtZ 2008, 2

⁸ Aufgabenkreis der Vermögensvorsorge vorausgesetzt

⁹ So wohl zu verstehen OLG Stuttgart NJW 2001, 3484; ausführl. Mensch BWNtZ 2009, 162

¹⁰ § 2307 Abs 1 Satz 2 BGB

¹¹ So bereits BGH NJW 1990, 2055 und NJW 1994, 248; OVG Bautzen NJW 1997, 2898; VGH Mannheim NJW 1993, 152; OVG Saarlouis Zerb 2006, 275 Sozialhilfeangelegenheiten gehören seit dem 01.01.2005 nicht mehr zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, sondern zur Sozialgerichtsbarkeit gem. § 51 Abs. 1 Nr. 6a SGG

¹² Nicht höchstrichterlich geklärt ist die Zuwendung eines Vermächtnisses mit Bestimmung eines Nachvermächtnisnehmers und Dauertestamentsvollstreckung. Diese Gestaltung bietet im Gegensatz zur erbrechtlichen Lösung auch keine überzeugenden Vorteile. Auch die Tatsache, dass § 2306 BGB auf ein Vermächtnis nicht anwendbar ist, vermag nach der neuen Gesetzeslage nicht zum Vorteil zu gereichen.

¹³ Zur Gestaltung siehe nur Nieder in Münchener Vertragshandbuch Bd. 6 XVI, 17

¹⁴ Abgeleitet aus der allg. Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG

¹⁵ So allerdings richtig LSG BadWürtt. NZS 2008, 543

¹⁶ § 31 Abs. 4 Nr. 1 SGB II; § 26 Abs. 1 Nr. 1 SGB XII

¹⁷ ZEV 2010, 54 mit Anmerkung von Keim

¹⁸ BVerfG ZEV 2005, 301

¹⁹ A.A. noch VGH Mannheim NJW 1993, 2953- diese Entscheidung ist m.E. abzulehnen

²⁰ Mensch BWNtZ 2009, 162; Wendt ZNotP 2008, 2; Ivo FamRZ 2003, 6; Nieder NJW 1994, 1265; BGH NJW-RR 2005, 369

²¹ Siehe Fußn. 14

²² Beschränkt durch Nacherbfolge und Testamentsvollstreckung

zu unterstellen. Der Erblasser ist in seiner Gestaltung einer letztwilligen Verfügung frei. Er hat grds. keine Rücksicht auf die Belange Dritter zu nehmen. Die Motivlage einen eingesetzten Erben zu beschränken ist generell nicht zu hinterfragen. Dabei kann es zu keinem anderen Ergebnis führen, dass aus der Kombination der Testierfreiheit und der hier vertretenden Auffassung²³, dass die Ausschlagung dem Erben höchstpersönlich obliegt, eine Möglichkeit geschaffen wird Vermögenssubstanz, am Sozialleistungsträger vorbei, zu vererben.

Aus der Entscheidung des OLG Hamm²⁴ kann keine andere Schlussfolgerung gezogen werden. In diesem Fall hatte ein Betreuer um vormundschaftsgerichtliche Genehmigung²⁵ ersucht um für den Betreuten die Ausschlagung zu erklären.

Im Zusammenhang mit dem Antrag auf gerichtliche Genehmigung wurde eine Vereinbarung vorgelegt, die dem Betreuten regelmäßige Zuwendungen aus den Erträgen der Erbschaft unterhalb des Schonvermögens zusicherte.

Der Senat erkannte die Ausschlagung als sittenwidrig an und gab dem Amtsgericht insoweit Recht, als dieses eine gerichtliche Genehmigung verweigerte.

Kernunterschied zu der hier besprochenen Entscheidung ist die Tatsache, dass es sich um einen gesetzlichen Erbanfall handelte. Diesem fehlt die vom BGH zugelassene und in einem Behinderten- bzw. Bedürftigentestament zum Ausdruck gebrachte Motivation²⁶ Kinder über die Sozialleistungen hinaus zu begünstigen. Daher war eine Anknüpfung der Sittenwidrigkeit an die zur Ausschlagung führende Motivlage des Erben möglich. Hier erkannte das Gericht in der Abwägung zum Nachrangprinzip der Sozialhilfe²⁷ eine eigennützige, sittenwidrige Ausschlagung.

In seiner Entscheidung vereinfacht das OLG Hamm die Stellung des Ausschlagungsrechts. Zum Einen erkennt es die Höchstpersönlichkeit an, um zum Anderen dennoch eine Anwendung von § 138 BGB zu bejahen.

Meines Erachtens müsste hierbei noch genauer differenziert werden. Die Entscheidung eine Erbschaft auszuschlagen, entzieht sich der Überleitung des Sozialleistungsträgers. Dies hat für die in einem Behindertentestament angeordneten Beschränkungen Bedeutung.

Gleichwohl kann eine Ausschlagung eines Erbteils insofern sittenwidrig sein, als sie einer gerichtlichen Kontrolle unterliegt²⁸. Andernfalls fehlt jegliche Grundlage für hoheitliches Handeln, so dass die Ausschlagung sich einer Beurteilung ihrer Sittenwidrigkeit²⁹ entzieht.

4. Pflichtteilsverzicht

In der Entscheidung des OLG Köln wurde ein Pflichtteilsverzicht der Sozialleistungsempfängerin für wirksam erachtet. Dies ist umso erstaunlicher, als zum Zeitpunkt des Verzichtes der Anfall des Pflichtteils bereits absehbar war. Daher war auch die zu erwartende Erwerbchance konkretisiert.

Aus Gründen der Rechtssicherheit ist es begrüßenswert, dass das OLG Köln mehr allgemein, als konkret begründet den Pflichtteilsverzicht für nicht sittenwidrig erachtet hat. Der Ver-

gleich zum Unterhaltsverzicht drängt sich auf³⁰. Generell ist der Aussage zuzustimmen, dass ein Pflichtteilsverzicht nur eine ungewisse Erwerbchance betrifft, während der Unterhaltsverzicht den Verzicht auf ein subjektives Recht bedeutet.

Es ist schwierig einen Pflichtteilsverzicht anhand von objektiven Kriterien für sittenwidrig oder nicht zu erklären. Daher geht der Ansatz vom OLG Köln in die richtige Richtung.

Es kann nicht auf die Nähe zum Todeszeitpunkt des Erblassers ankommen. Es ist zwar unzweifelhaft richtig, dass bei einem kurzen Zeitraum zwischen Pflichtteilsverzicht und Erbanfall die Erwerbchance bereits konkretisiert ist, allerdings lässt sich der Zeitpunkt des Erbanfalls nicht vorherbestimmen. Es läge im Rahmen des Zufalls, ob ein Pflichtteilsverzicht nun angeknüpft an dieses objektive Zeitverhältnis sittenwidrig ist. Meines Erachtens kann eine krankheitsbedingt kurz anzunehmende Zeitspanne auch kein anderes Ergebnis rechtfertigen.

Ein Pflichtteilsverzicht sollte stets den gleichen Beurteilungskriterien unterliegen. Auch bei einer nur kurzen Zeitspanne verzichtet der Pflichtteilsberechtigte auf sein Pflichtteilsrecht und nicht auf einen bestehenden Anspruch. Der Pflichtteilsverzicht ist eine zugelassene Gestaltung³¹, deren Motivlage sehr vielfältig sein kann. Ein Pflichtteilsverzicht stellt in seiner gegenständlich beschränkten Form ein gängiges Mittel zur Gestaltung von Übergabeverträgen oder Verträgen der vorweggenommenen Erbfolge dar. Diese nun unter den Vorbehalt der möglichen Sittenwidrigkeit im Todeszeitpunkt zu stellen, ist nicht gerechtfertigt. Eine solche Annahme käme einer Erweiterung der sog. Ausübungskontrolle³² auch auf erbrechtliche Gestaltungen gleich.

Im Ergebnis ist der Pflichtteilsverzicht m.E. ein generell zulässiges Gestaltungsmittel, welches nicht dadurch sittenwidrig wird, dass der Verzichtende beim Verzicht oder beim Erbanfall Sozialleistungen bezieht. Ein Pflichtteilsanspruch setzt ein enges Verwandtschaftsverhältnis oder ggf. eine Ehe bzw. eingetragene Lebenspartnerschaft voraus. In einer solchen Konstellation wird der Sozialleistungsträger auf die Überleitung von Unterhaltsansprüchen zu verweisen sein. Aus dieser Überlegung kann es auch nicht entscheidungsrelevant sein, ob der Verzichtende für seinen Verzicht eine Gegenleistung erhält. Zumal zu Bedenken ist, dass eine Gegenleistung nicht zwingend in einem überleitungsfähigen Vermögensrecht bestehen muss.

5. Zusammenfassende Beispiele

1. Erblasser hinterlässt dem Sozialleistungsempfänger Vermögen, welches zu einer Gruppe des Schonvermögens zählt (z.B. kleines Hausgrundstück). Der Sozialleistungsträger möchte ausschlagen, um den verwertbaren, geldlichen Pflichtteilsanspruch zu erhalten.

Lsg.: Eine Ausschlagung unterliegt nach der hier vertretenden Auffassung ausschließlich der Entscheidung des Erben. Eine Überleitung ist nicht möglich.

2. Erblasser setzt den Sozialleistungsempfänger zum Erben ein oder es erfolgt gesetzliche Erbfolge. Der Betreuer will ausschlagen.

Lsg.: Die Ausschlagung bedarf gemäß der §§ 1908i Abs. 1 i.V.m. 1822 Nr. 2 BGB der betreuungsgerichtlichen Genehmigung. Eine solche wird regelmäßig zu versagen sein, sofern hiermit das Vermögen des Betreuten einen Verlust im Vergleich zur Vollerbschaft erleidet.

3. Der Sozialleistungsempfänger ist durch ein Behinderten- bzw. Bedürftigentestament zum beschränkten Erben eingesetzt³³. Der Sozialleistungsträger begeht eine Ausschlagung zur anschließenden Überleitung des Pflichtteils.

²³ Ebenso LG Aachen NJW-RR 2005, 307; Mayer ZEV 2002, 269; Ivo FamRZ 2003, 6

²⁴ FGPrax 2009, 265

²⁵ Nach FamFG betreuungsgerichtliche Genehmigung

²⁶ NJW 1994, 298

²⁷ § 2 SGB XII

²⁸ So z.B. im Falle der Betreuung, Vormundschaft oder bei Minderjährigen, sofern § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB nicht greift.

²⁹ Unabhängig davon, kann es zu Sanktionen des Leistungsbezugs kommen, soweit zwischen Pflichtteil und ausgeschlagener Erbschaft eine Differenz besteht.

³⁰ Unterhaltsverzicht ist grds. sittenwidrig, so auch BGH NJW 2007, 904 m.w.N.

³¹ § 2346 Abs. 2 BGB

³² Inhalts- und Ausübungskontrolle bei Eheverträgen

³³ Nicht befreite Vor- und Nacherbfolge, sowie Testamentsvollstreckung

Lsg.: Vgl. mit Beispiel 1 ist der Sozialleistungsträger nicht befugt die Ausschlagung zu erklären. Eine fehlende Ausschlagung durch den Berechtigten macht die Erbschaftsannahme nicht sittenwidrig.

4. a) Es wurde der Pflichtteilsverzicht durch den Sozialleistungsempfänger erklärt. Dieser wird anschließend nicht zum Erben eingesetzt und erhielt auch keine sonst verwertbare Gegenleistung für den Verzicht.

b) Nach Erklärung des Pflichtteilsverzichts wird der Sozialleistungsempfänger Erbe und begehrt nun die Ausschlagung der Erbschaft.

c) Bei der Verzichtserklärung war der Verzichtende zwar geschäftsfähig, jedoch bereits sicher auf dauerhafte Unterstützung durch den Sozialleistungsträger angewiesen.

Lsg.: Alle drei Fallgruppen eint, dass es Beispiele sind, an denen eine allgemeine Zulässigkeit, des Pflichtteilsverzichts auch zu Lasten des Sozialleistungsträgers in argumentativ überprüft werden muss.

In allen Fällen ist der Pflichtteilsverzicht nicht sittenwidrig, aus den unter 4. genannten Gründen. Bei der Beurteilung eines Pflichtteilsverzichts kann weder die Zeitspanne zum Erbanfall noch die zu erwartende dauerhafte Abhängigkeit von Sozialleistungen eine Rolle spielen. Würde man Letzteres annehmen, so wäre der Pflichtteilsverzicht eines Bedürftigen nach SGB II anders zu beurteilen, als der eines Behinderten. Für eine diesbezügliche Differenzierung lassen sich im Gesetz keine Anhaltspunkte finden. Auch kann die zeitliche Reihenfolge zwischen

Pflichtteilsverzicht und Erbeinsetzung keine Bedeutung erlangen.

Allerdings kann ein Verzicht auf das Pflichtteilsrecht im Erbfall des Verzichtsempfängers Leistungssanktionen rechtfertigen. Dabei geht es indes nicht um die allgemeine Zulässigkeit des Pflichtteilsverzichts, sondern vielmehr um im Einzelfall greifende, gesetzliche Sanktionsmechanismen, welche hier wohl im Fall b) eine Sanktion rechtfertigen.

6. Fazit

Die Möglichkeiten des Sozialregresses und die Frage der Sittenwidrigkeit erbrechtlicher Gestaltungen werden auch weiterhin in der Rechtspraxis eine zunehmende Bedeutung erlangen. Vor diesem Hintergrund ist es mehr als wünschenswert, wenn der BGH sich der Sache annimmt und somit ein Stück Rechtsklarheit eintritt.

Die Entscheidung des OLG Köln bringt für den Rechtsgestalter ein gewisses Maß an Rechtssicherheit. Der Entscheidung kann hier nur gefolgt werden, auch wenn sich in Einzelfragen³⁴ eine weitergehende Differenzierung angeboten hätte.

Erfreulich ist, dass das klassische Behindertentestament erneut eine obergerichtliche Bestätigung gefunden hat.

³⁴ Z.B. fehlt eine Aussage zur Bedeutung des Zeitpunkts des Pflichtteilsverzichts

Buchbesprechungen

Prof. Dr. Günter Brambring/Dr. Wolfram Waldner (Hrsg.)

Beck'sches Notarhandbuch, Verlag C.H. Beck, 5. Auflage 2009, 1794 Seiten, € 108,--

Um es mit den Worten meiner Frau zu sagen: „Für ein Handbuch ist das aber ganz schön dick.“

Und tatsächlich finden sich nunmehr auf 1794 Seiten geballte Informationen für alle Bereiche des Notariats. Gegenüber der Voraufgabe hat das Handbuch nochmals um 65 Seiten zugelegt. Das Beck'sche Notarhandbuch überzeugt aber nicht nur durch Quantität, sondern schon seit Jahren vor allem durch seine Qualität und Praxisnähe.

Es dürfte kaum ein Notariat geben, in dem sich nicht mindestens eine Auflage des „Beck'schen“ befindet. Warum nun eine Neuauflage?

Zunächst gab es zwei Bearbeiterwechsel, anstelle von Reibold, werden nun die Abwicklungsfragen des Grundstückskaufvertrags von Notariatsbürovorsteher Udo Hagemann bearbeitet und Notar Dr. Simon Weiler aus Bamberg ergänzt sich mit Notar Dr. Dieter Mayer im GmbH-Recht.

Des weiteren waren zahlreiche Rechtsänderungen in die Neuauflage einzuarbeiten.

Laut Programminformation sind u.a. berücksichtigt: die elektronische Handelsregisteranmeldung, das FamFG, die Erbschafts- und Schenkungssteuerreform, die GmbH-Reform (MoMiG), das Risikobegrenzungsgesetz, das Rechtsdienstleistungsgesetz, die WEG-Reform, die Unterhaltsreform, das Forderungssicherungsgesetz und die Änderungen im Berufs- und Kostenrecht. Daneben finden sich noch Hinweise zur Änderung des Erbrechts. Daneben wurde auch die aktuelle Literatur und Rechtsprechung eingearbeitet.

Nicht berücksichtigt sind die gesetzlichen Änderungen zur Eintragung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuch

und die Gesetzesänderungen beim Zugewinn- und Versorgungsausgleich.

Die Änderungen im Zugewinn- und Versorgungsausgleich wurden aber in den Kapitel B I und B II (Bearbeiter Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz) noch nach Drucklegung aktualisiert.

Diese können im Internet unter www.beck-shop.de/downloads/B_II.pdf kostenfrei abgerufen werden.

Somit liegt hier ein aktueller Stand vor und der Notar erhält auch für diese neue Rechtsmaterie wichtige Hinweise. So weist Grziwotz z.B. zu recht daraufhin, dass der Notar bei Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich über die Abänderungsmöglichkeit des Gerichts gem. § 227 Abs. 2 FamFG zu belehren hat und gegebenenfalls eine Abänderung des Gerichts ausgeschlossen werden sollte (B I Rn. 145).

Das FamFG ist entgegen der Versprechungen der Programminformation ansonsten aber nur am Rande erwähnt. Insofern kann man weitgehend von März 2009 als Stand der 5. Auflage des Beck'schen Notarhandbuchs ausgehen.

Sehr gelungen und sehr ausführlich eingearbeitet sind die Veränderungen, die das MoMiG, die Erbschafts- und Schenkungssteuerreform und die WEG-Reform gebracht haben.

Beim GmbH-Recht werden viele strittige Fragen diskutiert und praxisnahe Meinungen vertreten bzw. Lösungsvorschläge gemacht. So wird das Problem dargestellt, ob die UG auch als Komplementärin ohne Beteiligung am Vermögen agieren kann, obwohl sie dann die gesetzlich vorgeschriebene Rücklage nicht erwirtschaften kann (D I Rn. 98). Hier wird richtigerweise darauf hingewiesen, dass das Gesetz zwar eine Verpflichtung zur Rücklagenbildung, aber kein Gebot zur Erwirtschaftung von Gewinnen enthält.

Auch das Problem einer Insolvenzantragspflicht bei einer „1,- €-UG“ im Hinblick auf Übersteigen des Stammkapitals durch die Gründungskosten wird diskutiert und hierzu vorgeschlagen, entweder klarzustellen, dass der Gründungsaufwand

maximal in Höhe des Stammkapitals übernommen wird oder in der Anmeldung darauf hinzuweisen, dass die das Stammkapital übersteigenden Gründungskosten durch ein (in der Überschuldungsbilanz gem. § 19 II 3 InsO nicht passivierungspflichtiges) Gesellschafterdarlehen gedeckt werden, um Verzögerungen im Eintragungsverfahren zu vermeiden (D I Rn. 98).

Die Erbschafts- und Schenkungssteuerreform ist sogar doppelt behandelt in Abschnitt A V Rn. 8 ff (Grundstückszuwendung) und Abschnitt E Rn. 44 (Erbschaftssteuer). Ob dieses Materie damit einmal zuviel behandelt ist, mag Geschmackssache sein, ganz sicher finden sich hier aber sehr gute Ausführungen zu diesen geänderten Vorschriften.

Auch die WEG-Reform ist ausführlich in Abschnitt A III eingearbeitet worden.

Rapp spricht dabei auch das Problem der Grundbuchfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft an und bekennt sich dabei dazu, dass die Wohnungseigentümergeinschaft stets dann erwerben kann, wenn das Geschäft abstrakt im Rahmen der Verwaltung vorkommen kann (A III Rn. 149a).

Auch finden sich ausführliche Ausführungen zu den neuen gesetzlichen Öffnungsklauseln (A III Rn. 125f). Auch hier wird richtigerweise darauf hingewiesen, dass das Grundbuch nicht mehr als Informationsquelle über die Rechtslage taugt.

Auch bei der Durchsicht weiterer einzelner (zum Teil auch exotischer) Probleme aus der Praxis, kann man nur schließen, dass praktisch zu jedem Rechtsproblem im Notariat im Beck'schen Notarhandbuch eine praxisnahe Antwort zu finden ist.

Wie schon in den früheren Auflagen finden sich neben der wissenschaftlichen und zugleich praxisnahen Bearbeitung praktisch aller Rechtsgebiete des Notariats auch wieder sehr gute Textbausteine und Gestaltungsvorschläge sowie Übersichten zu einzelnen Bereichen.

Ein Notar, der nur gelegentlich z.B. mit Aktiengesellschaften oder eingetragenen Lebenspartnerschaften oder auch mit dem Internationalen Privatrecht zu tun hat, erhält hier einen raschen Einstieg in vielleicht für ihn nicht alltägliche Materien.

Durch die ständige Überarbeitung aller Bereiche des Handbuchs, die gewohnt hohe Qualität und dem noch moderaten Preis ist das Beck'sche Notarhandbuch auch in der Neuauflage zur Anschaffung zu empfehlen, dies gilt auch für diejenigen, die eine ältere Auflage ihr eigen nennen.

Frank Grigas, Notarvertreter, Balingen

Eberhard Braun, Insolvenzordnung (InsO), 4. Auflage 2010, 1779 Seiten, in Leinen, Verlag C. H. Beck, 110 Euro, ISBN 978-3-406-59543-1

Nach wie vor handlich, weil nur in einem Band, und brandaktuell ist der Kommentar von Braun zur Insolvenzordnung nunmehr in 4. Auflage erschienen.

Neben der Rechtsprechung waren und sind insbesondere die Änderungen aufgrund des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes und des MoMiG eingearbeitet.

Die dem Rezensionsexemplar beigelegt gewesene Programminformation als auch die Informationen auf der Homepage des herausgebenden Verlags preisen das Buch für Insolvenzverwalter, Rechtsanwälte, Steuerberater, Richter, Rechtspfleger, Gerichtsvollzieher, Banken und Versicherungen an.

Fehlt da möglicherweise eine Berufsgruppe? Mithin die Notarschaft.

Ein Blick in das Abkürzungsverzeichnis zeigt, dass die notarielle Standardliteratur, beispielsweise DNotZ, MittBayNot, DNotl-Report, um nur wenige zu nennen, offensichtlich keinen Eingang in den Kommentar gefunden hat.

Der eigentlichen Kommentierung ist eine Einführung vorangestellt, die mit der Geschichte des Insolvenzrechts beginnt und mit einem Ausblick auf möglicherweise Kommendes endet.

Regelmäßig beginnt die Kommentierung der einzelnen Normen mit Darstellung des Normzwecks. Das ist gut und wichtig, da die Insolvenzordnung wohl noch zu keinem Zeitpunkt aus sich heraus an jeder Stelle verständlich war. Dieses möglicherweise nicht oder jedenfalls nicht gehörig vorhandene Verständnis wird jedoch durch eben diese Voranstellung im Rahmen der Kommentierung geschaffen.

Die Fundstellennachweise sind zur Wahrung der besseren Lesbarkeit durch Verweisung über Fußnoten –wie üblich– am Ende der jeweiligen Seite.

Manche Kommentierungen sind sehr kurz – vielleicht zu kurz. Teilweise sind mehrere Vorschriften im Rahmen einer einzigen Kommentierung erläutert. Ob der Sachzusammenhang hierzu tatsächlich zwingt, etwa bei §§ 170, 171, kann letztlich offen bleiben.

Konkrete Auszüge:

Im Rahmen der Kommentierung von § 88 ist in Randnummer 6 die Ausführung jedenfalls missverständlich, da sie so verstanden werden kann, als sei für den maßgeblichen Zeitpunkt der Berechnung des Beginns der Rückschlagsperre im Falle einer Zwangshypothek der Zeitpunkt des Eingangs des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt maßgeblich. Das dürfte nicht zutreffend sein (vgl. nur Demharter, GBO, 27. Auflage, Anhang zu § 44 Rdnr. 66 m. w. N.). Erlangt ist die Zwangshypothek vielmehr erst mit Eintragung im Grundbuch.

Die eintretende Rechtsfolge im Falle der Unwirksamkeit für die Zwangshypothek wird nicht dargestellt. Vielmehr wird ausgeführt, dass an einer nach § 88 „gesperrten“ Zwangssicherungshypothek keine Eigentümergrundschilden entstehe (anderer, aber wohl nicht zutreffender Ansicht insoweit Demharter aaO). Das ist richtig, aber viel zu kurz in der Darstellung.

Im Rahmen der Kommentierung zu § 106 sind Ausführungen zur Wiederbelebung einer erloschenen Eigentumsvormerkung. In Randnummer 3 wird hierbei festgestellt, dass eine Vormerkung, die zwar im Grundbuch eingetragen sei, jedoch nicht (mehr) durch einen Anspruch gesichert werde, gleichwohl –wieder eine insolvenzfeste Sicherung sein könne, wenn mithin die Bewilligung erfolge und „der neu begründete und zu sichernde Anspruch auf dieselbe Leistung gerichtet ist, wie der ursprünglich gesicherte Anspruch.“

Das trifft so nicht zu. Erforderlich ist ferner Identität zwischen Gläubiger und Schuldner, um die Vormerkung wieder mit Sicherungswirkung –ex nunc!– auszustatten. Ferner ist zu beachten, dass „dieselbe Leistung“ dasselbe Anspruchsziel (etwa Eigentumserwerb oder Erwerb eines beschränkten dinglichen Rechts) ist. Das dem Anspruchsziel zugrunde liegende Kausalgeschäft ist schlechterdings irrelevant.

Probleme, die sich im Lichte eines Kettenkaufvertrags („A-B-C-Vertrags“) aufgrund der Norm von § 106 ergeben, wenn der Käufer seinerseits als Zweitverkäufer vor eigenem Eigentumserwerb das Grundstück an einen Zweitkäufer verkauft, werden gar nicht dargestellt.

Mittlerweile gilt als gesichert, dass die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Insolvenzschuldner vereinbarte Sicherungsabtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs hinsichtlich des Grundstücks grundsätzlich wirksam ist.

In § 166 Abs. 2 InsO ist angeordnet, dass der Verwalter die Forderung einziehen kann oder eine Verwertung in anderer Weise erfolgt. Ferner kann er nach § 170 Abs. 2 InsO die Verwertung dem Zessionar überlassen. Dieser Umstand ist ganz wesentlich

beim Kettenkaufvertrag in der Insolvenz des Erstkäufers zum Schutz des Zweitkäufers, sofern das Verwalterwahlrecht für den ersten Vertrag nicht mehr besteht.

Auch hierüber finden sich in den vorgenannten Ausführungen keine punktbezüglichen Ausführungen.

Fazit: Das Buch ist handlich, aktuell und gut lesbar. Der Adressatenkreis scheint mit Bedacht gewählt worden zu sein. Er dürfte stimmen.

Achim Brenner, Notarvertreter, Aalen

Praxis des Handels- und Kostenrechts. ZNotP Schriften für die Notarpraxis. Begründet von Berthold C. Haferland, fortgeführt von Dr. Holger Schmidt, Dr. Markus Sikora und Werner Tiedtke. ZAP-Verlag, Münster. 5. Aufl, 2009, 78 €.

Das Kostenrecht im Handelsrecht ist eine schwierige Materie und nicht immer leicht durchschaubar. Vor allem in den letzten Jahren hat eine rasante Entwicklung in Gesetzgebung und Rechtsprechung das Kostenrecht in Handels- und Registersachen geprägt. So haben das EHUG und das MoMiG zu wesentlichen Änderungen im Bereich der Registeranmeldungen geführt, vor allem hat die EDV Einzug in den Verkehr mit dem Registergericht gehalten. Wohltuend ist, dass trotz aller Veränderungen in der Rechtspraxis das bewährte Gesamtkonzept des Buches beibehalten worden ist, nämlich Darstellung der Probleme an vollständigen Mustern von Handelsregisteranmeldungen mit anschließender Kostenberechnung. Neu hinzugekommen sind umfangreiche Hinweise zur Erstellung der XML-Strukturdateien zu den verschiedenen Registeranmeldungen (z. B. Rn. 121, 549, 611, 1647 u. a.). Strittig ist dabei, ob der Notar eine Betreuungsgebühr nach § 147 KostO erheben darf (so Tiedtke ZNotP 2009, 247, ablehnend OLG Hamm ZNotP 2009, 246), bejahendenfalls aus einem nach § 30 Abs. 1 KostO zu bestimmenden Geschäftswert von ca. 20% des Werts der Veränderung (z. B. bei einer Kapitalerhöhung, vgl. Rn. 2003). Auch in Handelsachen kann die Ermäßigungsvorschrift des § 144 KostO zu Anwendung kommen, wobei Anwendungsprobleme immer wieder auftauchen (Rn. 1968), so betrachtet das OLG Naumburg (Entscheidung v. 4.2.2009 – 6 Wx 8/08) einen zoologischen Garten in Sachsen-Anhalt als wirtschaftliches Unternehmen einer Kommune, während das OLG Stuttgart (Die Justiz 2009, 103 einen von einem Landkreis in der Form einer GmbH betriebenen Krankenhaus Gebührenbefreiung zuerkennt. Durch das MoMiG kam es bei der Gesellschafterliste für eine GmbH zu einem Paradigmenwechsel und damit zu neuen Problemfeldern. Nach § 40 Abs. 2 GmbHG erschöpft sich der Pflichtenkreis des Notars in der Prüfung, Unterzeichnung und Einreichung einer – ihm vorliegenden – und von ihm mit einer Bescheinigung versehenen Liste. Für diese Tätigkeit kann der Notar wohl eine Gebühr nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO erheben, der Geschäftswert wäre nach § 30 Abs. 1 KostO zu bestimmen und zwar je nach Prüfungsumfang mit 20 – 50% des Werts der Veränderung (Rn. 2322, 2324). Diese Gebühr schließt aber den Entwurf der Liste nicht ein, dafür erhält der Notar die Gebühr des § 147 Abs. 2 KostO. Die vereinfachte Gründung einer GmbH oder Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) wirft neue Fragen auf. So gilt das Musterprotokoll auch als (erste) Gesellschafterliste und löst keine Gebühren für die Erstellung bzw. Einreichung und Entgegennahme beim Registergericht aus (Rn. 779); die (erste) Geschäftsführerbestellung ist als gegenstandsgleicher Bestandteil eines einheitlichen Gründungsvorgangs und nicht als Beschluss anzusehen, weshalb keine Gebühr nach § 47 KostO anzusetzen ist (Rn. 130, 794). Ob eine solche Geschäftsführerbestellung als Satzungsbestandteil anzusehen ist, wird von den Verfassern verneint (Rn. 794, ebenso Sikora/Regler/Tiedtke MittBayNot 2008, 437). Durch das MoMiG wurde durch Einfügung von § 55a

GmbHG die Möglichkeit geschaffen, auch für die GmbH ein genehmigtes Kapital vorzusehen, wie es dies bei der AG nach § 202 AktG bereits gibt. Dazu bietet das Werk ein Muster des Gesellschafterbeschlusses und der beiden erforderlichen Registeranmeldungen; die Verfasser gehen davon aus, dass bereits in dem Ermächtigungsbeschluss der Geschäftsführung die Kompetenz für den späteren Ausübungsbeschluss gegeben ist und zwar mangels Regelung im GmbHG durch Analogie zum Aktienrecht (Rn. 1055 ff.). Da es immer häufiger vorkommt, dass ausländische Gesellschaft an inländischen Transaktionen beteiligt sind, gibt das Buch einen Überblick über ausländische Gesellschaften und befasst sich dabei mit dem Nachweis der Existenz und der Vertretung einer ausländischen Gesellschaft. Zu allen möglichen Anmeldungen werden Mustertexte formuliert und die dazu gehörenden Notar- und Gerichtsgebühren dargestellt sowie Hinweise zur Anmeldung und zur Erfassung der Anmeldung in XNotar gegeben. Begleitend zum Buch sind auf der beiliegenden CD-ROM sämtliche Muster und Formulierungsbeispiele enthalten. Das vorzügliche Werk vermittelt umfassend alles Wissenswerte zu Registeranmeldungen. Es ist ein wichtiger Ratgeber für die Praxis des Handels- und Kostenrechts.

Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 5. Auflage, Dezember 2009, ZAP-Verlag, ISBN: 978-3-89655-453-6, 1627 Seiten, gebunden, mit CD-ROM, 98 Euro

Das Buch von Krauß bedarf keiner Besprechung im eigentlichen Sinn. Jeder Insider kennt die Voraufgabe, fast jeder hat sie.

Auch ist Krauß nicht irgendwer. Krauß ist einer der Autoren der Gegenwart schlechthin. Darüber hinaus dürfte Krauß einem großen Personenkreis aufgrund seiner umfangreichen Vortragstätigkeit – zu verschiedensten Rechtsfragen im Zusammenhang mit Grundstücksübergaben – hinlänglich bekannt sein.

Das Buch ist auf dem Stand vom 1. Oktober 2009.

Die zeitlich nachfolgenden und teils divergierenden Entscheidungen verschiedener Oberlandesgerichte zur GbR konnten, da erst in 2010 ergangen, nicht berücksichtigt werden. Schade. Es wäre interessant gewesen zu lesen, welche Position Krauß – über seine umfangreichen Ausführungen zur GbR in seinem Buch – hierzu einnimmt.

Wie bereits die Voraufgabe enthält auch dieses Buch eine Vielzahl von Textbausteinen, Vollzugsmuster und Gesamtmuster im Volltext und bearbeitbar auf der beiliegenden CD-ROM.

Einige Auszüge aus dem Buch:

In Randnummer 1454 wertet auch Krauß die Vollmacht für die Notariatsangestellten im Einklang mit gewichtigen Stimmen in der Literatur und der Rechtsprechung als einen Fall der Vollmachtsmitteilung gem. § 171 Abs. 1 Fall 1 BGB und nicht als Vollmachtsurkunde gem. § 172 BGB.

Das erscheint mir vertretbar, aber im Lichte der punktgenau passenden Norm des § 172 BGB keinesfalls zwingend.

Interessant ist, dass Krauß – wohl zutreffend – der Entscheidung des OLG Frankfurt in NotBZ 2008, 123, nicht folgen will, wonach die Vollmacht unbedingt die Personalien der konkret bevollmächtigten Angestellten enthalten müsse.

Krauß begründet seine Auffassung damit, dass die Vollmacht schließlich jedem Mitarbeiter erteilt sei, dem sie durch Botenschaft des Notars gem. § 167 BGB zugehe. Denn schließlich sei bei der Vollmachtserteilung Vertretung möglich. Das erscheint konsequent. In der Praxis kann jedoch von diesem Weg nur abgeraten werden.

Fraglich erscheint mir die Auffassung von Krauß (Rdnr. 1455), dass die Bestellung von Finanzierungsgrundschulden jedenfalls

dann nicht zu den Vollzugsgeschäften gehört, wenn ein abstraktes Schuldversprechen aufgenommen wird.

Fakt ist, dass sich im Rahmen einer Grundschuldbestellung regelmäßig ganz andere Vertragspartner gegenüber stehen (unabhängig von der tatsächlichen Anwesenheit bei der Beurkundung) als etwa im Falle der Auflassung durch Bevollmächtigte, die entgegen einzelner anderer Auffassungen wohl Vollzugsgeschäft ist. Die Finanzierungsgrundschuldbestellung dürfte demnach schlechterdings kein Vollzugsgeschäft sein.

Soweit Krauß unter Hinweis auf ein Gutachten des Deutschen Notarinstituts (Nr. 11539) darauf hinweist, dass § 10 FamFG nicht für Grundbucheintragungen der Notariatsangestellten gelte, ist festzuhalten, dass die Änderung von § 15 FamFG durch Gesetz vom 30.7.2007 diese Frage eindeutig beantwortet hat. Die gutachtlichen Ausführungen sind demnach überholt.

Im Kostenrecht treibt die Praxis derzeit die Frage um, ob im Falle der Einholung von Lastenfreistellungsunterlagen (ohne Entwurf) die Gebühr gem. § 146 KostO auch den Aufwand für die Überwachung einer erteilten Treuhandaufgabe erfasst oder ob hierfür eine zusätzliche Gebühr anfällt. Krauß weist hier in Randnummer 2605 auf die aktuelle Entscheidung des OLG Dresden in NotBZ 2009, 189 hin, in der ausgeführt ist, dass die Vollzugsgebühr die Überwachungstätigkeit mit abdeckt.

Zwar hat sich das notarielle Schrifttum -soweit mir ersichtlich einhellig- gegen die Ansicht des OLG Dresden ausgesprochen, doch war diese Entscheidung nicht die erste Ihrer Art zu eben dieser Frage. Im Kostenstreit dürfte das Ergebnis zulasten der notariellen Ansicht ausfallen.

In den Ausführungen zum Erschließungsbeitragsrecht hat Krauß die auch in Baden-Württemberg bereits vor wenigen Jahren erfolgte vollständige Überführung der Regelungen des BauGB in das KAG zuverlässig eingearbeitet (Rdnr. 1583).

Wie auch bereits in der 4. Auflage lässt Krauß in Randnummer 1939 den Verzicht des Käufers auf die Vorlage des Energieausweises zu. Hierfür spreche die Ratio der Vorschrift. Ferner könne die Vorlage offensichtlich zweckwidrig sein, etwa wenn der Verkauf des Hausgrundstücks zum Zwecke des Abrisses erfolge. Dem dürfte zuzustimmen sein. Dass diese Frage in der Praxis kein wirkliches Problem darstellt, wird auch dadurch deutlich, dass wohl bis heute keine gerichtliche Entscheidung dazu ergangen ist.

Entgegen den Ausführungen von Krauß im Vorwort gehen die Darstellungen häufiger über bloße praxistaugliche Gestaltungen und Wege hinaus. Krauß zeigt neue Wege auf bzw. prüft kritisch scheinbar Bewährtes. Der Fundus an Literatur- und Rechtsprechungsnachweisen ist nahezu unerschöpflich und ausnahmslos aktuell.

Das Buch ist entsprechend der Erwartung: vorzüglich!

Achim Brenner, Notarvertreter, Aalen

Gesellschaftsrecht. Vertragsgestaltung – Prozessführung. FormularBibliothek. Herausgegeben von Dr. Hans-Joachim David, Dr. Bernhard Dombek, Dr. Sönke Friederichsen, Dr. Marcus Geschwandtner, Helmut Kögel, Alexander Kollmorgen, Peter Pauly, Dr. Andreas Rohde, Karl Michael-Schmidt und Artur Teichmann. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2009. 1201 S., 118 €.

Die rechtliche Beratung von Kaufleuten, Gesellschaftern von Kapital- und Personengesellschaften und deren Geschäftsleitern ist ein schwieriges Tätigkeitsfeld für Notare und Anwälte. Das neue am Markt erschienene Werk stellt umfassend das Recht der Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften

dar. Erläuterungen zum des Einzelkaufmanns, der Genossenschaft, der Stiftung und des Verein vervollständigen das Buch. Ein besonderer Teil ist der Prozessführung im Gesellschaftsrecht gewidmet und stellt die prozessualen Mittel der Durchsetzung von Rechten der Gesellschafter, Geschäftsführung und Vorstände dar. Umfassend werden Muster für die materiellrechtlichen Erklärungen und entsprechende Anmeldungen zum Handelsregister angeboten. Sie sind vollständig ausformuliert und erleichtern dem Praktiker seine Arbeit. Auch auf die gebührenrechtlichen Folgen solcher Handlungen wird eingegangen. Bei allen behandelten Problemen wird stets eine der Praxis gerecht werdende Antwort gegeben. Das Buch ist aus der Praxis für die Praxis geschrieben.

Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Albrecht/Albrecht: Die Patientenverfügung, FamRZ-Buch 32, 118 Seiten, erschienen im Gieseking Verlag, EUR 29,00.

Die Autoren des vorstehenden Buches sind Dr. jur. Andreas Albrecht, Notar in Regensburg und Dr. med. Elisabeth Albrecht, Fachärztin für Innere und Palliative Medizin in Regensburg.

Das Buch gliedert sich in 8 Teile. Teil A Einleitung, Teil B Die Entstehung des Gesetzes, Teil C Die neuen gesetzlichen Regelungen im Überblick, Teil D die Errichtung der Patientenverfügung, Teil E Die Anwendung der Patientenverfügung, Teil F Offen gebliebene Fragen, Teil G Formulierungsvorschlag und Teil H Quintessenz.

Bereits in der Einleitung wird auf die praktische Problematik hingewiesen, in der sich der behandelnde Mediziner aufgrund mangelnder Kommunikation zwischen ihm und dem Patienten befindet.

Unter Teil B wird sehr übersichtlich und in der gebotenen Kürze die Entstehung des Gesetzes dargelegt. Insbesondere wird auf die Lübecker Entscheidung des BGH, BGH v. 17.3.2003 – XII ZB 2/03, BGHZ 154,205 und die Traunsteiner Entscheidung des BGH v. 8.6.2005 – XII ZR 177/03, BGHZ 163,195 eingegangen. Die Entwürfe der einzelnen Bundestagsfraktionen (Bosbach, Zöller und Stünker) werden knapp und prägnant wiedergegeben.

Unter Teil C wird von den Autoren der Unterschied zwischen einer Patientenverfügung und einem (bloßen) Behandlungswunsch aufgezeigt. Die Legaldefinition einer Patientenverfügung findet sich in § 1901 a Abs. 1 BGB wieder. In Abs. 2 ist geregelt, dass ein Behandlungswunsch vorliegt, wenn eine Patientenverfügung nicht vorliegt bzw. diese nicht auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutrifft. Äußerst gelungen wird von den Autoren der Ablauf der Ermittlung des Patientenwillens und des Vorliegens einer Patientenverfügung oder eines Behandlungswunsches dargestellt. Enthalten ist ebenfalls, dass nunmehr neu eine Genehmigungspflicht für die Fälle der Nichteinwilligung und des Widerrufs selbiger in § 1904 Abs. 2 bis 4 BGB eingeführt worden ist. Auf die Ausnahme des Wirksamkeitszeitpunktes von Beschlüssen im Bereich der Betreuung gemäß § 287 Abs. 3 FamFG und das Genehmigungsverfahren des § 1904 BGB gemäß § 298 FamFG wird kurz eingegangen. Hier wäre eine etwas umfangreichere Darstellung wünschenswert gewesen.

Den umfangreichsten Teil des Buches bildet Teil D. An dieser Stelle werden sehr ausführlich die Voraussetzungen der Errichtung einer Patientenverfügung und deren Adressat veranschaulicht. Sehr gut wird die nun durch den Gesetzgeber gelöste Problematik der Reichweitenbegrenzung der Patientenverfügung erörtert. Die Autoren stellen folgendes richtigerweise fest: „ Die

neue Rechtslage hat somit den Schwerpunkt des staatlichen Lebensschutzes von dem Erfordernis des objektiven Vorliegens einer bestimmten Krankheitssituation verschoben zu der subjektiven Kontrolle des präventiv geäußerten Willens des Patienten durch den Vertreter in der aktuellen Situation.“

Eindeutig wird die Frage geklärt, ob eine Patientenverfügung von Zeit zu Zeit erneuert werden muss. Die Autoren kommen zu dem Ergebnis, dass aus dem Schweigen des Gesetzgebers zur einer Aktualisierungspflicht der Grundsatz der gesetzlichen Fortwirkung abzuleiten ist. Von einer Aktualisierung raten die Autoren daher ab, da nach deren Ansicht bei einer Unterbrechung dieser eher das Risiko besteht, dass dem Patienten hierdurch eine Änderung seines Willens unterstellt werden könnte.

Unter Teil E wird der praktische Ablauf dargestellt, in welchen Fällen und auf welche Art und Weise eine Patientenverfügung zum Tragen kommt. Dies kann insbesondere hilfreich sein, damit einem Vorsorgebevollmächtigten im Rahmen der Beratung praktische Probleme und Abläufe ansatzweise aufgezeigt werden können.

Unter Teil F werden kurz die nicht beseitigten Probleme behandelt. Hierbei wird auf die fehlende Regelung im Sozialrecht als auch die Abgrenzungsschwierigkeiten zu § 216 StGB eingegangen.

Aufgezeigt wird auch, dass der Gesetzgeber leider die Frage der Rechtsnatur der Patientenverfügung und des Behandlungswunsches nicht gesetzlich geregelt hat. Es stellt sich hier die Frage, ob es sich um eine reine Anweisung im Innenverhältnis zwischen Patient und Vertreter oder doch um eine solche mit unmittelbarer Außenwirkung gegenüber dem behandelnden Mediziner handelt.

Die Frage der Auswirkungen eines Verstoßes gegen § 1901 b BGB wird thematisiert. Eine eigene Stellungnahme der Autoren liegt leider nicht vor. Dabei haben Sie richtigerweise festgestellt, dass den Vertrauenspersonen eine echte Entscheidungskompetenz nicht zukommt. Aus § 1901 b Abs. 2 BGB ergibt sich, dass es sich um eine reine Soll-Vorschrift handelt. Diese hätte besser ihren Platz im Verfahrensrecht (FamFG) gefunden. Daher kann einer Verletzung dieser formalen Verfahrensvorschrift keinesfalls ein Wirksamkeitserfordernis darstellen.

Der Formulierungsvorschlag unter Teil G kann durchaus zur Ergänzung bestehender Vorsorgevollmachten genutzt werden.

Im Anhang zu Teil H ist übersichtlich in der Form eines Schaubildes der Prüfungsweg dargestellt, wann eine Patientenverfügung und wann ein Behandlungswunsch vorliegt.

Dadurch, dass neben den juristischen Neuerungen und Problemen auch die medizinische Sicht eingearbeitet worden ist, stellt das Buch ein für den Praktiker hervorragendes und brauchbares Werk dar.

Das Buch befindet sich auf der Höhe der Zeit und kann daher uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden.

Timo Lutz, Württ. Notariatsassessor, Stuttgart

Langenfeld/Gail, Handbuch der Familienunternehmen. Gesellschafts-, Steuer-, Güter- und Erbrecht mit Mustersammlung. Von Notar Prof. Dr. Gerrit Langenfeld und WP und StB Dipl.-Kfm. Prof. Dr. Winfried Gail (†), unter Mitarbeit von StB Dipl.-Kffr. Christiane Schubert, RA und StB Dr. Daniel Kautenburger Behr und StB Dipl.-Kfm. Dr. Michael Vituschek.

Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 2009, Loseblattwerk, Grundwerk mit Lfg. 36, 1.645 Seiten, DIN A 5, einschl. Ordner, 129,- Euro.

Zum Handbuch der Familienunternehmen ist die 36. Ergänzungslieferung, Neufassung des I Teiles des Handbuchs, erschienen. Diese umfasst ohne die Neugestaltung der Inhaltsverzeichnisse stattliche 344 Seiten. Der I. Teil des Handbuchs befasst sich mit dem gesamten Gesellschaftsrecht der Familienunternehmen von der OHG, KG, GmbH, Unternehmungsgesellschaft, Limited, GmbH & Co KG, KGaA, SE, Stillen Gesellschaft, GbR bis hin zu den Stiftungen usw. Der Autor, Prof. Dr. Gerrit Langenfeld, hat nunmehr dieses Kapitel komplett überarbeitet und auf den aktuellen Stand gebracht.

Der zivilrechtliche Teil der Ergänzungslieferung setzt hierbei zwei Schwerpunkte.

Zum einen wurde das einleitende Kapitel über „Familienunternehmen und Familie“ neu konzipiert. Übergreifende Probleme von Familienunternehmen insbesondere im Rahmen der Unternehmensnachfolge werden dargestellt, so z.B. zu den Fragekreisen

- weichende Familienmitglieder in der Unternehmensnachfolge, Beteiligung statt Abfindung,
- Familienmitglieder als Gesellschafter minderen Rechts,
- Sicherung einer Mindestdividende für Minderheitsgesellschafter,
- Probleme der Beteiligung von Minderjährigen,
- Versorgung des Ehegatten.

Der zweite Schwerpunkt beschäftigt sich mit der grundlegenden Reform des GmbH-Rechts durch das MoMiG, u.a. mit den Problemkreisen

- Gründungserleichterungen, - Eintragungserleichterungen - Gesellschafterlisten und gutgläubiger Erwerb, - Entschärfung der verdeckten Sacheinlage,
- Unternehmungsgesellschaft (haftungsbeschränkt).

Weitere praxiswichtige Neuerungen wurden berücksichtigt, seien es Gesetzesänderungen (zB zur Grundbucheintragung der GbR) oder Rechtsprechungsänderungen (zB zur Zulässigkeit von Hinauskündigungsklauseln).

Insgesamt ist festzustellen, dass Prof. Dr. Langenfeld wieder eine informationsreiche und lesenswerte Neulieferung gelungen ist, die dem hohen Stellenwert des Handbuchs in der Bibliothek des Rechtsberaters umfassend Rechnung trägt.

Wolfgang Schmenger, Notariatsdirektor, Heidelberg

Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e. V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e. V., Karlsruhe. Schriftleiter: Notarvertreter Daniel Schaal, Archivstraße 15A/B, 70031 Stuttgart (Tel. 0711/2123856). verantwortlich für Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Notar Dr. Oliver Fröhler, Franz-Schubert-Weg 3, 79822 Titisee-Neustadt (Tel. 07651/203214), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung. Die BWNotZ erscheint jährlich sechsmal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 0711/2237951. Fax 0711/2237956. E-Mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten.

Der Bezugspreis beträgt jährlich € 45,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt: Einzelhefte € 7,- einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden.

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

Gesamtherstellung: Gaiser Print Media GmbH, Im Spagen 5, 73527 Schwäbisch Gmünd (Tel. 07171/9702-0, Fax 07171/9702-30).

Einladung

zur Festveranstaltung 150 Jahre Württembergischer Notarverein e.V. und zur ordentlichen Mitgliederversammlung des Württembergischen Notarverein e.V. am

Samstag, den 25. September 2010, 10.00 Uhr

in das Konzert- und Kongresszentrum Harmonie in Heilbronn.

Die Tagesordnung für die Mitgliederversammlung sieht folgendes vor:

- 1. Begrüßung und Grußworte**
- 2. Festvortrag von Prof. Stürner, Freiburg:
Württ. Notariat – Tradition und Reform**
- 3. Bericht des Vorstandes**
- 4. Aussprache**
- 5. Entlastung des Vorstands und der Geschäftsführung**
- 6. Erhöhung der Mitgliedsbeiträge***
- 7. Verschiedenes**

*zu Ziffer 6.:

Vorstand und Beirat stellen den Antrag, die Mitgliederversammlung möge folgendes beschließen:

Die Mitgliedsbeiträge werden ab dem Vereinsjahr 2011 wie folgt erhöht:

- Amtsnotare: um 40 € auf 390 €
- Notare im Hauptberuf: um 40 € auf 270 €
- Notarvertreter: um 20 € auf 190 €
- Württ. Notariatsassessoren bei öffentlichen Notaren oder im Justizdienst, sowie Kolleginnen und Kollegen, welche zur ordentlichen Mitgliedschaft optiert haben: um 20 € auf 140 €
- Kolleginnen und Kollegen außerhalb der Justizverwaltung und sonstige außerordentliche Mitglieder: um 20 € auf 90 €
- Notare i.R., sonstige Rentner, ohne Bezüge beurlaubte Kolleginnen und Kollegen, Notaranwärter: um 5 € auf 50 €.

Der Vorstand:

Kuhn, Oelgray, Stock, Mücke, Neubert