

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

3/2009

Juni
Seiten 89-120

Inhalt

Abhandlungen

Sorg

Wesentliche Änderungen in Betreuungssachen
nach dem FGG-Reformgesetz 90

Mohr

Altlastenklausel in Grundstücksverträgen:
nicht immer wasserdicht! Ein Beispiel aus
und für die Praxis 113

Elsäßer

Sicherung der Vertragserfüllung bei
Bauträgerverträgen durch Einbehalt 115

Rechtsprechung..... 117

Buchbesprechungen..... 120

Inhaltsverzeichnis

| | Seite |
|--|-------|
| Abhandlungen | |
| Wolfgang Sorg, Bezirksnotar, Stuttgart Wesentliche Änderungen in Betreuungssachen nach dem FGG-Reformgesetz | 90 |
| Hellmuth Mohr, Rechtsanwalt, Stuttgart Altlastenklausel in Grundstücksverträgen: nicht immer wasserdicht! Ein Beispiel aus und für die Praxis | 113 |
| Tilman Elsäßer, LL.M., Richter als Notarvertreter, Bad Säckingen Sicherung der Vertragserfüllung bei Bauträgerverträgen durch Einbehalt | 115 |
| Rechtsprechung | |
| Immobilienrecht/Grundbuchrecht | |
| OLG Stuttgart, 11.12.2008 - 7 U 155/08 Ausübung des Vorkaufsrechts bei mehreren Berechtigten im Berechtigungsverhältnis nach § 428 BGB | 117 |
| Buchbesprechungen | |
| Demharter, Grundbuchordnung (Böhringer) | 120 |

Wesentliche Änderungen in Betreuungssachen nach dem FGG-Reformgesetz

(von Wolfgang Sorg, Bezirksnotar, Stuttgart)

Inhaltsverzeichnis

| | | | | | |
|---------|---|-----|---------|---|-----|
| 1. | Stand der Gesetzgebung | 90 | 17.2.5. | Zustellungsmängel und Heilungsmöglichkeiten | 106 |
| 1.1. | Reformziele | 90 | 17.2.6. | Keine Wirksamkeit bei mangelnder Bekanntgabe | 106 |
| 2. | Gerichtliche Zuständigkeit | 91 | 18. | Möglichkeit Rechtsmittelverzicht ? | 106 |
| 2.1. | Sachliche Zuständigkeit Amtsgericht | 91 | 19. | Rechtskraftzeugnis | 106 |
| 2.2. | Örtliche Zuständigkeit | 91 | 20. | Materielle Änderungen im Betreuungsrecht | 106 |
| 2.3. | Funktionelle Zuständigkeit Neubezeichnung Betreuungsgericht | 91 | 20.1. | Genehmigungsfreie Verfügung über Girokonten des Betreuten | 106 |
| 2.4. | Internationale Zuständigkeit | 91 | 20.2. | Verjährungsreinrede gegen Regress der Landeskasse nach drei Jahren | 107 |
| 2.5. | Unzuständiges Gericht | 92 | 20.3. | Verjährungsverkürzung der Betreuerhaftung | 108 |
| 2.6. | Streit über Erstzuständigkeit oder Abgabezuständigkeit | 92 | 21. | Betreuerverpflichtung nur noch bei ehrenamtlichen Anfängern | 108 |
| 3. | Definitionen | 92 | 22. | Verfahrensfähigkeit | 108 |
| 3.1. | Betreuungssachen | 92 | 23. | Akteneinsicht | 108 |
| 3.2. | Unterbringungssachen | 92 | 24. | Anhörungspflichten | 109 |
| 3.3. | Betreuungsgerichtliche Zuweisungssachen | 92 | 25. | Rechtsmittel | 109 |
| 4. | Beteiligte in Betreuungssachen | 93 | 25.1. | Statthaftigkeit | 109 |
| 4.1. | Muss- und Kann- Beteiligte gesetzlich definiert | 93 | 25.2. | Beschwerdeberechtigte Personen | 109 |
| 4.2. | Muss-Beteiligte | 93 | 25.3. | Befristung | 110 |
| 4.3. | Kann-Beteiligte | 93 | 25.4. | Zusammenfassung der Fristen | 111 |
| 4.4. | Bevollmächtigte, Beistand | 94 | 25.5. | Beschwerdebegründung | 111 |
| 4.5. | Stellung der Betreuungsbehörde, eigenes Antragsrecht auf Beteiligung | 94 | 25.6. | Beschwerdeeinlegung | 111 |
| 4.6. | Verfahrenspfleger | 94 | 25.7. | Rechtsmittelverzicht | 111 |
| 5. | Beteiligtenfähigkeit = Beschwerdefähigkeit | 94 | 26. | Instanzenzug | 111 |
| 6. | Einleitung des Betreuungsverfahrens | 94 | 27. | Übergangsregelung | 112 |
| 7. | Verfahrensgrundsatz Amtsermittlung | 95 | | | |
| 7.1. | Freibeweis – Förmliche Beweisaufnahme | 95 | | | |
| 7.2. | Strengbeweis, förmliche Beweisaufnahme | 95 | | | |
| 8. | Amtsverschwiegenheit, Auskunfts- verweigerungsrecht | 95 | | | |
| 9. | Dokumentation der Beweisaufnahme | 96 | | | |
| 10. | Sachverständigengutachten | 98 | | | |
| 10.1. | Einsichtsrecht der Angehörigen? | 98 | | | |
| 11. | Anhörung weiterer Personen | 98 | | | |
| 11.1. | Betreuungsbehörde im Anhörungsverfahren | 98 | | | |
| 11.2. | Angehörige im Anhörungsverfahren | 98 | | | |
| 11.3. | Vertrauensperson und nahe stehende Person | 98 | | | |
| 12. | Wegfall Schlussgespräch | 99 | | | |
| 13. | Entscheidung des Gerichts | 99 | | | |
| 13.1. | Ablehnung der Betreuung | 99 | | | |
| 13.2. | Anordnung der Betreuung | 99 | | | |
| 13.3. | Beschluss über Betreuungsanordnung und Verfügung | 99 | | | |
| 14. | Bekanntmachung der Betreuerbestellung | 100 | | | |
| 15. | Wirksamwerden von Entscheidungen | 101 | | | |
| 16. | Prüfschema für vormundschaftsgerichtliche Genehmigung | 102 | | | |
| 16.1. | Wer ist Beteiligter in dem Genehmigungsverfahren? | 102 | | | |
| 16.2. | Inhalt des Genehmigungsbeschlusses | 103 | | | |
| 16.3. | Bekanntgabe des Genehmigungsbeschluss | 103 | | | |
| 16.4. | Muster eines Genehmigungsbeschlusses | 103 | | | |
| 17. | Näheres über Bekanntgabe, Zustellung und formlose Mitteilung | 104 | | | |
| 17.1. | Definition Bekanntgabe | 104 | | | |
| 17.2. | Definition Zustellung | 104 | | | |
| 17.2.1. | Aushändigung an der Amtsstelle | 105 | | | |
| 17.2.2. | Zustellung gegen Empfangsbekanntnis | 105 | | | |
| 17.2.3. | Zustellung durch Einschreiben mit Rückschein | 105 | | | |
| 17.2.4. | Zustellung mit Zustellungsurkunde | 105 | | | |

1. Stand der Gesetzgebung

Das Bundesministerium der Justiz hat im Juni 2005 einen Referentenentwurf für ein **FGG-Reformgesetz**¹ vorgelegt, der das bisherige FGG ablösen soll. Das neue Gesetz erhält den Namen **FamFG** (Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit), welches 491 Paragraphen umfasst. Am 27. Juni 2008 ist der aufgrund der Empfehlungen des Rechtsausschusses und auf Antrag mehrerer Fraktionen geänderte Entwurf in zweiter und dritter Beratung vom Bundestag angenommen worden. Das Gesetz wurde am 22.12.2008 im Bundesgesetzblatt 2008 Nr. 61 S. 2586-2685 veröffentlicht. Das Gesetz wird zum **1. September 2009** in Kraft treten.

1.1. Reformziele

Die Freiwillige Gerichtsbarkeit ist ein Verfahren innerhalb der **ordentlichen** Gerichtsbarkeit. Es dient der Regelung vorwiegend privatrechtlicher Angelegenheiten wie Nachlass-, Register-, Betreuungs- und Unterbringungssachen. Das Verfahren richtet sich bislang nach dem Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG) aus dem Jahre 1898. Das Verfahren in Familiensachen ist zurzeit teilweise in der Zivilprozessordnung, teilweise im FGG und teilweise in der Hausratsverordnung geregelt.

Das FamFG will diese unübersichtliche und schwer durchschaubare Rechtszersplitterung beenden. Es soll für Familiensachen und Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein **Verfahrensrecht** aus einem Guss geschaffen werden, das darin erstmals umfassend die Verfahrensrechte und die Mitwirkungspflichten der Beteiligten definiert und deren Anspruch auf rechtliches Gehör sichert. Um zügig Rechtssicherheit zu

¹ Wortlaut und Begründung www.bmj.bund.de/files/-/3019/ (über google)

erhalten, wird die Beschwerde gegen gerichtliche Entscheidungen künftig generell befristet. Die bisherige weitere Beschwerde zum Oberlandesgericht wird ersetzt durch die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof.

Buch 1 enthält einen **Allgemeinen Teil** (§§ 1 bis 110 E), Buch 2 das Verfahren in **Familien**sachen (§§ 111 bis 270 E), dementsprechend werden alle diesbezüglichen Regelungen der ZPO aufgehoben, Buch 3 das **Betreuungs- und Unterbringungsverfahren** (§§ 271 bis 341 E), Buch 4 die **Nachlasssachen**, (§§ 345 bis 373 E), Buch 5 das Verfahren in **Registersachen und unternehmensrechtlichen Verfahren**, früher: Handelssachen (§§ 374 bis 409 E), Buch 6 **Weitere Angelegenheiten**, in denen der Zustand einer Sache durch Sachverständige festzustellen ist, (§§ 410 bis 414) früher: §§ 164 bis 166 FGG, Buch 7 Verfahren in **Freiheitsentziehungssachen** (§§ 415 bis 432), Buch 8 **Verfahren in Aufgebotsachen** (§§ 433 bis 484) und Buch 9 **Schlussvorschriften** (§§ 485 bis 491).

Im **Buch 3** sind Verfahren in **Betreuungssachen, Unterbringungssachen und betreuungsrechtlichen Zuweisungssachen** (§§ 271 bis 341 E) geregelt.

Die Vorschriften über **Betreuungssachen** (§§ 271 bis 311 E) entsprechen - von redaktionellen Anpassungen an den Allgemeinen Teil des Entwurfs und einigen Änderungen abgesehen - den §§ 65 bis 69 o FGG. Die Bestimmungen über das Verfahren in **Unterbringungssachen** sollen die bisherigen §§ 70 bis 70n FGG ersetzen (§§ 312 bis 339 E).

Die im **FGG-Reformgesetz** enthaltenen Paragraphen werden mit *E* bezeichnet.

Nachfolgend sollen die wesentlichen Änderungen gegenüber dem bisherigen FGG-Verfahrensrecht aufgezeigt werden.

2. Gerichtliche Zuständigkeit

2.1. Sachliche Zuständigkeit Amtsgericht

Nach dem FamFG ist die sachliche Zuständigkeit für alle Angelegenheiten nach dem 3. Buch in **§ 23a Abs. 2 Nr. 2 VVG E** geregelt; zuständig sind die **Amtsgerichte**. Eine § 35 FGG ersetzende Norm ist daher im FamFG entbehrlich.

Das Baden-Württembergische LF GG, in welchem der im Einführungsgesetzbuch zum BGB und im FGG enthaltene **landesgesetzliche Vorbehalt**² umgesetzt ist, dass im OLG-Bezirk Stuttgart das **Notariat** -Vormundschaftsgericht- für die nach Bundesgesetz den Amtsgerichten obliegenden Verrichtungen zuständig ist, wird in den §§ 1, 36 und 37 LF GG dahingehend geändert, dass anstelle Vormundschaftssachen bzw. Vormundschaftsgericht „Betreuungssachen“ bzw. „Betreuungsgericht“ aufgenommen und der Katalog für die Zuständigkeit des Amtsgerichts als Betreuungsgericht in § 37 LF GG an die Paragraphen des FamFG angeglichen wird. Die Änderungen sind bundesrechtlich vorgegeben und werden redaktionell in das LF GG in dem im Entwurf vorliegenden Vierten Gesetz zur Bereinigung des baden-württembergischen Landesrechts (Viertes Rechtsbereinigungsgesetz – 4.RberG) übernommen.

2.2. Örtliche Zuständigkeit

Bei Personen mit einem ständigen Aufenthalt:

Örtlich zuständig ist das Betreuungsgericht, in dessen Bezirk der Betroffene zu der Zeit, zu der das Gericht mit der Angelegenheit befasst wird, seinen **gewöhnlichen Aufenthalt** hat, das ist der **Lebensmittelpunkt**.

Die örtliche Zuständigkeit ist nun in **§ 272 E** geregelt und Absatz 1 knüpft an den bisherigen § 65 Abs. 1 bis 4 FGG an.

Absatz 2 beschreibt die gerichtliche Zuständigkeit in **Eilsachen**. Die Vorschrift entspricht inhaltlich dem bisherigen § 65 Abs. 5 FGG (Auch-Zuständigkeit des Fürsorgegerichts). Eilsachen werden nun abstrakt beschrieben. Vorläufige Maßregeln sind, wie derzeit in § 65 Abs. 5 FGG aufgeführt, solche nach Artikel 24 Abs. 3 EGBGB sowie Maßregeln nach § 1908i Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 1846 BGB.

2.3. Funktionelle Zuständigkeit Neuebezeichnung Betreuungsgericht

§ 23c VVG E Absatz 1 bestimmt, dass bei den Amtsgerichten Abteilungen für **Betreuungssachen, Unterbringungssachen** sowie **betreuungsgerichtliche Zuweisungssachen** gebildet werden. Dies ist eine aus der **Auflösung des Vormundschaftsgerichts** resultierende Änderung. Bestimmte bisher von den Vormundschaftsgerichten wahrgenommene Aufgaben, die insbesondere Angelegenheiten Volljähriger betreffen, werden nunmehr dem **Betreuungsgericht** übertragen, die bisher in der Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts gelegenen Angelegenheiten für **Minderjährige** gehen an das **Familiengericht**.

§ 23 c VVG E Absatz 2 Satz 1 regelt, dass die Betreuungsgerichte mit **Betreuungsrichtern** besetzt werden.

Gemäß Satz 2 dürfen Richter auf Probe im ersten Jahr Geschäfte des Betreuungsrichters nicht wahrnehmen. Die Vorschrift entspricht inhaltlich dem durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 21. April 2005 (BGBl. I, S. 1073) neu eingefügten § 65 Abs. 6 FGG. Sie ist nunmehr aus systematischen Gründen bei den Vorschriften über die Gerichtsverfassung angesiedelt.

2.4. Internationale Zuständigkeit

Hierbei geht es um die Frage, ob die deutschen Gerichte tätig werden müssen, wenn es sich beim Betroffenen um einen Ausländer handelt oder für einen deutschen Betroffenen ein Auslandsbezug gegeben ist, sei es, dass er im Ausland seinen Aufenthalt hat und einer Fürsorge bedarf oder ein Vermögensbezug zum Ausland gegeben ist, bspw. eine Erbschaft oder eine Immobilie, über die der Betreuer eine Entscheidung treffen muss.³ Auslandsbezug ist weiter gegeben, wenn für einen Ausländer bereits eine gesetzliche Vertretung nach fremdem Recht eingerichtet ist und der gesetzliche Vertreter will in Deutschland für den Betroffenen handeln, bspw. ein Grundstück für ihn verkaufen oder in eine Operation einwilligen.

Bedarf bspw. der nach deutschem Recht bestellte Betreuer für den Verkauf der Ferienwohnung des Betroffenen in Spanien eine vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nach deutschem Recht?

Kann für eine deutsche Staatsangehörige, die dauerhaft ihren Wohnsitz in den USA hat, ein deutscher Betreuer bestellt werden?

Wird eine Vormundschaft nach kasachischem Recht in Deutschland anerkannt?

Benötigt ein französischer Betreuer die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung für den Erwerb einer Immobilie in Deutschland für den mit Wohnsitz in Frankreich betroffenen französischen Staatsangehörigen?

Ist ein besonderes Anerkennungsverfahren für ausländische Betreuungen vorgesehen?

² § 189 FGG, jetzt § 501 E, i.V.m. Art. 147 EGBGB

³ Zur Betreuung mit Auslandsbezug, siehe Aufsatz Rauch BtPrax 2004, 137

Die deutschen Gerichte halten sich für zuständig, wenn der Betroffene *Deutscher* ist oder als Ausländer seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat (§§ 69e Satz 1, 35b FGG).

Die entsprechenden Zuständigkeitsvorschriften ergeben sich nun aus §§ 104, 99, 108, 109 E.

Zu beachten ist, dass seit **01.01.2009** das Haager Übereinkommen über den Internationalen Schutz von Erwachsenen (ESÜ) für Deutschland, Frankreich und Schottland in Kraft getreten ist und weitere Länder diesem Abkommen beitreten werden.⁴ Das Übereinkommen ist immer dann anwendbar, wenn ein Erwachsener seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Vertragsstaat hat, unabhängig davon, ob der Staat, dessen Staatsangehörigkeit der Erwachsene besitzt, Vertragsstaat ist oder nicht. Das autonome deutsche Kollisionsrecht des Art. 24 EGBGB kommt bei Erwachsenen daher nur noch zur Anwendung, wenn der Erwachsene seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Nichtvertragsstaat hat. Das Übereinkommen ist nur in internationalen Situationen anzuwenden, bei Sachverhalten ohne internationalen Bezug kommt es somit nicht zur Anwendung.

Für die Anwendung des maßgeblichen Rechts gilt der Grundsatz der *lex fori*, es gilt also das Recht des Gerichtsstands. Für Maßnahmen ab 01.01.2009 gilt Art. 13 ESÜ, der beinhaltet, dass die zuständigen Behörden auf die Schutzmaßnahmen ihr **eigenes** Sachrecht anwenden (mit Ausnahmemöglichkeit nach Art. 13 II ESÜ).

Das deutsche Gericht hat wie bisher auch nach deutschem Prozessrecht (FGG/FamFG) zu verfahren, und zwar auch dann, wenn materiell-rechtlich ausländisches Sachrecht Anwendung findet. Soweit das Übereinkommen die Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Maßnahmen regelt, beziehen sich diese nur auf Maßnahmen, die in einem Vertragsstaat getroffen werden, nachdem das Übereinkommen für diesen Staat in Kraft getreten ist.

2.5. Unzuständiges Gericht

Die Entscheidung eines örtlich unzuständigen Gerichts ist nicht unwirksam,⁵ allerdings ist die Sache an das zuständige Gericht sodann abzugeben.

Bei sachlicher Unzuständigkeit hat nach bisheriger Rechtsprechung die Entscheidung keinen Bestand und ist vom Rechtsmittelgericht aufzuheben und an das zuständige Gericht zu verweisen.⁶

Das FamFG regelt die Folgen der **sachlichen** und **örtlichen Unzuständigkeit** im Sinne einer Beschleunigung der Verfahren und der Entlastung der Rechtsmittelgerichte von rein prozessuellen Streitigkeiten in **§ 3 E** mit der Besonderheit, dass nach § 65 Abs. 4 E die *Beschwerdebegründung nicht darauf gestützt werden kann*, dass das erstinstanzliche Gericht zu Unrecht seine Zuständigkeit angenommen hat, d.h. auch die Entscheidung des **sachlich** unzuständigen erstinstanzlichen Gerichts bleibt nach Inkrafttreten des FamFG gültig.

2.6. Streit über Erstzuständigkeit oder Abgabezuständigkeit

Streiten sich zwei Gerichte über die **Erstzuständigkeit**, so entscheidet das Obergericht des zuerst mit der Sache befassten Gerichts (§ 5 FGG), streiten zwei Gerichte über die **Ab-**

gabe bzw. die **Übernahme** einer Betreuung, so entscheidet das Obergericht, welches zuständig ist für das die Übernahme der Betreuung ablehnende Gericht (§ 65 a Abs.2 Satz 2, 46 Abs.2 FGG).

Nach § 5 Abs. 2 E entscheidet künftig immer das OLG, welches für das **zuerst** befasste Gericht zuständig ist.

3. Definitionen

3.1. Betreuungssachen

§ 271 E enthält eine **Definition** der **Betreuungssachen**. Danach sind **Betreuungssachen**

1. Verfahren zur Bestellung eines Betreuers und zur Aufhebung der Betreuung,
2. Verfahren zur Anordnung eines Einwilligungsvorbehaltes sowie
3. sonstige Verfahren, die die rechtliche Betreuung eines Volljährigen (§§ 1896 bis 1908i des Bürgerlichen Gesetzbuchs) betreffen, soweit es sich nicht um eine Unterbringungssache handelt.

3.2. Unterbringungssachen

sind Verfahren, welche

- die Genehmigung einer freiheitsentziehenden Unterbringung eines Betreuten (§ 1906 Abs. 1 bis 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) oder einer Person, die einen Dritten zu ihrer freiheitsentziehenden Unterbringung bevollmächtigt hat (§ 1906 Abs. 5 des Bürgerlichen Gesetzbuchs),
- die Genehmigung einer Maßnahme nach § 1906 Abs. 4 des Bürgerlichen Gesetzbuchs oder
- eine freiheitsentziehende Unterbringung eines Volljährigen nach den Landesgesetzen über die Unterbringung psychisch Kranker

betreffen. Die Vorschrift knüpft an den bisherigen § 70 Abs. 1 FGG an.

3.3. Betreuungsgerichtliche Zuweisungssachen

§ 340 E weist dem Betreuungsgericht weitere Aufgaben zu, für die bisher überwiegend das Vormundschaftsgericht zuständig ist, die aber nach dessen Auflösung nicht dem **Familiengericht**, sondern dem **Betreuungsgericht** zufallen sollen; es handelt sich um die Anordnung von

- Abwesenheitspflegschaften (§ 1911 BGB),
- Pflegschaften für unbekannte Beteiligte (§ 1913 BGB)
- Pflegschaften für Sammelvermögen (§ 1914 BGB);
- gerichtliche Bestellung eines Vertreters für einen Volljährigen, der kein Pfleger ist, (bspw. Vertreterbestellungen nach § 17 SachenRBerG, § 16 VwVfG, § 207 BauGB, 119 FlurbG, § 15 SGB X),

wenn nicht positiv feststeht, dass der Beteiligte minderjährig oder noch nicht geboren ist. In diesen Fällen wäre das Familiengericht zuständig.⁷

§ 341 E regelt für diese „betreuungsrechtlichen Zuweisungssachen“ die **örtliche Zuständigkeit**. Diese dem Betreuungsgericht zugewiesenen weiteren Aufgaben werden im 4. Rechtsbereinigungsgesetz durch Nichterwähnung in § 37 LF GG -

⁴ siehe Schaal BWNNotZ 6/2008

⁵ § 7 FGG

⁶ Zum Zuständigkeitsstreit für Anordnung der Ergänzungspflegschaft § 1693 BGB oder § 1909 BGB siehe zuletzt Schleswig-Holst. OLG, FGPrax 2006, 216

⁷ § 151 Nr. 5 E

wie bisher im OLG-Bezirk Stuttgart- dem Notariat – künftig Betreuungsgericht – zugeordnet.

Die **Pflegschaften für Minderjährige (§ 1909 BGB)** und die **Pflegschaften für eine Leibesfrucht (§ 1912 BGB)**, gehen konsequenterweise in die Zuständigkeit des Familiengerichts.

Fazit:

Für das Notariat wird ab dem 01.09.2009 (Neuanfälle) wegfallen:

Die Anordnung und Überwachung aller Aufgaben, welche **Minderjährige** betreffen, insbesondere die angeordneten Vormundschaften nach § 1774 BGB und die kraft Gesetzes eintretenden Amtsvormundschaften bei minderjährigen Eltern nach § 1791 c BGB sowie die Ergänzungspflegschaft nach § 1909 BGB. Auch die Bestimmung des Kindergeldberechtigten geht zum Familiengericht.⁸

4. Beteiligte in Betreuungssachen

Die erste wichtige Neuerung enthält § 7 E über die **Verfahrensbeteiligten**.

Das geltende Recht sieht eine allgemeine Definition, wer im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit erstinstanzlich zu beteiligen ist, nicht vor. Diese Regelungslücke hat vor allem für die Gewährung des rechtlichen Gehörs (Art 103 I GG) Folgen.

4.1. Muss- und Kann-Beteiligte gesetzlich definiert

Der Entwurf enthält eine gesetzliche Definition des **Beteiligtenbegriffs** in Form von **Muss-Beteiligten** und **Kann-Beteiligten**. Das geschieht für alle Bücher im Allgemeinen Teil in **§ 7 E** durch eine Generalklausel sowie durch **§ 274 E** im Besonderen Teil Betreuungssachen.

§ 274

(1) *Zu beteiligen sind im Betreuungsverfahren der **Betroffene**, der **Betreuer**, sofern sein Aufgabenkreis betroffen ist, der **Bevollmächtigte** im Sinn des § 1896 Abs. 2 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, sofern sein Aufgabenkreis betroffen ist.*

(2) *Der **Verfahrenspfleger** wird durch seine Bestellung als Beteiligter zum Verfahren hinzugezogen.*

(3) *Die **zuständige Behörde** ist auf ihren **Antrag** als Beteiligte in Verfahren über die **Bestellung eines Betreuers** oder die **Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts, Entscheidungen über Umfang, Inhalt oder Bestand einer Betreuerbestellung bzw. Einwilligungsvorbehalts** (so genannte **Statusentscheidungen**) hinzuzuziehen.*

(4) *Beteiligt werden können in den in Absatz 3 genannten Verfahren im Interesse des Betroffenen der **Ehegatte** oder **Lebenspartner** des Betroffenen, wenn die Eheleute oder Lebenspartner nicht dauernd getrennt leben, sowie die **Eltern, Pflegeeltern, Großeltern, Abkömmlinge, Geschwister**, und eine **Vertrauensperson**, sowie der **Vertreter der Staatskasse**, soweit das Interesse der Staatskasse durch den Ausgang des Verfahrens betroffen sein kann.*

4.2. Muss-Beteiligte

Muss-Beteiligte sind nach dem allgemeinen Teil diejenigen, deren Recht durch das Verfahren unmittelbar

betroffen sind, also jedenfalls der Betroffene, der **Betreuer**, sofern sein Aufgabenkreis betroffen ist, der **Bevollmächtigte** im Sinne des § 1896 Abs. 2 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, sofern sein Aufgabenkreis betroffen ist.

4.3. Kann-Beteiligte

Kann-Beteiligte oder **Ideal-Beteiligte** sind die Personen, die nicht oder nicht zwingend in ihren Rechten betroffen werden, deren Hinzuziehung bei der **Statusentscheidung** jedoch geboten sein kann, weil sie etwa als Angehörige ein **schützenswertes ideelles Interesse** haben. Die Schwägerin gehört nicht zu diesen Personen,⁹ auch nicht die rechtskräftig geschiedene Ehefrau.¹⁰ Der Kreis der Angehörigen ist **verkleinert** worden. Umfasst er bisher die geradlinig Verwandten und **Verschwägerten**, **sowie die bis zum dritten Grad Verwandten**, so ist künftig der Verwandtenkreis auf die **geradlinig Verwandten** und **Geschwister** begrenzt.

Freilich wird der Angehörige, zumindest in dem Verfahren auf Erst-Bestellung eines Betreuers,¹¹ auch im Wege der einstweiligen Anordnung, **Muss-Beteiligter**, wenn er selbst **Betreuer** werden will, also seine mögliche Bestellung (Eignung) den Gegenstand des Verfahrens bildet. Hier wäre er bei Übergang seiner Person bei der Betreuerauswahl unmittelbar in seinen Rechten betroffen und dadurch bereits **Muss-Beteiligter**.¹²

Nach § 7 Abs. 4 E sollen die **Kann-Beteiligten** vom Gericht über die Einleitung des Verfahrens **benachrichtigt** und über ihr **Antragsrecht** belehrt werden, **sofern dem Gericht deren Anschrift bekannt ist**.

Nach § 279 E hat das Gericht die sonstigen Beteiligten vor der Betreuerbestellung und Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts zu hören, siehe nachfolgend Kap.11.

Stellt der **Kann-Beteiligte einen Antrag** auf Hinzuziehung, so hat das Gericht zu entscheiden, ob dessen Beteiligung sachgerecht und im Interesse des Betroffenen ist. Wird dem Antrag stattgegeben, was auch konkludent, etwa durch das Übersenden von Schriftstücken oder Ladungen erfolgen kann, ist der **Kann-Beteiligte** im Betreuungsverfahren beteiligt. Weist das Gericht den Antrag auf Hinzuziehung zurück, so unterliegt dieser Beschluss der **sofortigen Beschwerde** mit vierzehntägiger Beschwerdefrist und ist dem Antragsteller förmlich zuzustellen.

Eine Zurückweisung kann mit der Begründung erfolgen, dass seine Teilnahme nicht dem Interesse des Betroffenen dient,¹³ weil dieser beispielsweise dessen Teilnahme nicht wünscht. Bestehen Zweifel, ob der Betroffene mit einer Hinzuziehung einer Person einverstanden ist, muss er oder der Verfahrenspfleger vorher gehört werden; widerspricht er der Hinzuziehung mit nachvollziehbaren Gründen ist, falls nicht schwerwiegende Gründe gleichwohl eine Hinzuziehung angeraten sein lassen, von einer Beteiligung abzusehen.

Das sofortige Beschwerderecht setzt jedoch keine **materielle** Beschwer voraus und **der Betroffene** hat kein eigenes Widerspruchsrecht gegen die Hinzuziehung, sodass ein **Kann-Beteiligter** unter Umständen **gegen den Willen** des

⁹ BayObLG FamRZ 1995, 302

¹⁰ OLG Köln NJWE-FER 1999,323, BtPrax 2000,135

¹¹ Ablehnung der Beschwerdebefugnis des Angehörigen gegen Ablösung des bisherigen Betreuers und Bestellung des Angehörigen siehe BGH, X II ZP //96, BtPrax 1997/29, NJW 96,1825

¹² § 7 Abs. 2 Nr. 1 E

¹³ § 274 Abs. 4 E

⁸ § 231 Abs. 2 E, 3 Abs. 2 S. 3 BKGG

Betroffenen zumindest Akteneinsicht im Betreuungsverfahren erhält,¹⁴ wenn seine sofortige Beschwerde gegen die Ablehnung seines Antrags auf Hinzuziehung Erfolg hat. Als Verfahrensbeteiligter erhält er ohne besondere Glaubhaftmachung eines berechtigten Interesses ein Recht zur Akteneinsicht. Dieses Recht wird nur in Ausnahmefällen eingeschränkt werden, wenn „geheime“ Schriftstücke, wie bspw. Testamente zu den Akten gereicht werden oder eine Einschränkung im Interesse der Öffentlichkeit oder anderer Personen liegt.

4.4. Bevollmächtigte, Beistand

§§ 10,12 FamFG sollen den bisherigen § 13 FGG, der die Möglichkeiten des Erscheinens mit Beistand und der Bevollmächtigung in Verfahren vorsah, in denen ein persönliches Erscheinen nicht erforderlich war, ersetzen. § 13 FGG ist neu gefasst durch das Gesetz zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts vom 12.12.2007, BGBl. I S. 2840, und zwar mit Wirkung zum 1.7.2008.

§ 13 FGG in seiner neuen Fassung ist in das FamFG übernommen worden. Die in §§ 10, 12 FamFG enthaltene Regelung enthält erhebliche Einschränkungen zum bisher geltenden Recht. Danach ist in allen Verfahren (ZPO und FGG) eine Vertretung nur noch durch Rechtsanwälte oder Familienangehörige oder Notare oder Beschäftigte des Beteiligten zugelassen. Die gleiche Regel gilt grundsätzlich auch für Beistände. Das Gericht kann andere Personen als Beistand zulassen, wenn dies sachdienlich ist und hierfür nach den Umständen des Einzelfalls ein Bedürfnis besteht, so zum Beispiel die ihm sonst nahe stehende Person bei der Anhörung, § 279 Abs. 3 E.

Für die Doppelbevollmächtigung zur Mitteilung der Genehmigung an den anderen Vertragsteil und zur gleichzeitigen Entgegennahme dieser Mitteilung in notariellen Verträgen wird die Person des Notars erforderlich werden, wobei von den Notarkammern eine Änderung dieser Vorschriften bis zum Inkrafttreten am 01.09.2009 angestrebt wird.

4.5. Stellung der Betreuungsbehörde, eigenes Antragsrecht auf Beteiligung

Bisher war der Behörde vor der Bestellung eines Betreuers oder der Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts nur Gelegenheit zur Äußerung zu geben, wenn es der Betroffene verlangt oder wenn es der Sachaufklärung dient.¹⁵

Die Betreuungsbehörde kann künftig beantragen, *in Verfahren über die Bestellung eines Betreuers oder die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts, Entscheidungen über Umfang, Inhalt oder Bestand einer Betreuung bzw. Einwilligungsvorbehalts jederzeit hinzugezogen zu werden* und hat dann auch stets ein Akteneinsichtsrecht.

Die Betreuungsbehörde ist jedoch nicht schon von Amts wegen zu dem Verfahren hinzuziehen, sondern nur auf ihren Antrag. Sie hat also die Wahl, ob sie (nur) im Rahmen der Anhörung nach § 279 Abs. 2 E am Verfahren teilnimmt, also nur auf Verlangen des Betroffenen oder wenn das Gericht die Teilnahme als zur Sachaufklärung dienlich sieht, oder als Beteiligte aktiv am Verfahren mitwirken will.

Nimmt sie nur ihr Anhörungsrecht nach § 279 Abs. 2 E wahr, wird die Betreuungsbehörde nicht allein dadurch schon zur Beteiligten des Verfahrens.¹⁶

Stellt sie einen Antrag auf Beteiligung, hat das Gericht gemäß § 7 Absatz 2 Nr. 2 E ihre Hinzuziehung zu veranlassen; ein Ermessensspielraum besteht hier nicht.

Die Behörde hat dann alle Verfahrensrechte, kann allerdings auch mit Verfahrenskosten belastet werden. Deshalb ist sie auch über die Betreuungsanregung zu informieren.

In der Praxis wird die Betreuungsbehörde bei Einleitung des Verfahrens in der Regel mit dem Ersuchen um Feststellung des Sachverhalts über die Erforderlichkeit einer Betreuung durch Erstellung eines **Sozialberichts** nach § 8 BtBG¹⁷ beauftragt und ggf. um **Vorschlag** einer geeigneten Betreuungsperson gebeten, sodass damit bereits die Information erfolgt. Das Ersuchen könnte künftig um die Frage ergänzt werden, ob die Betreuungsbehörde Antrag auf Hinzuziehung nach § 274 Abs. 3 E stellt.

4.6. Verfahrenspfleger

Der Verfahrenspfleger wird durch seine Bestellung als Beteiligter zum Verfahren hinzugezogen, ist also mit Bestellung Muss-Beteiligter (§ 274 Abs.2 E).

Die bisher in § 67 FGG geregelte Erforderlichkeit der Bestellung eines Verfahrenspflegers ist in § 276 E übernommen worden, Abs. 5 enthält die sinnvolle inhaltliche Neuerung, dass die Bestellung eines Verfahrenspflegers mit der Rechtskraft der Endentscheidung oder mit dem sonstigen Abschluss des Verfahrens endet. Dies schließt auch die nach geltendem Recht bereits geltende Regelung ein, dass der Verfahrenspfleger für jeden Rechtszug gesondert zu bestellen ist. Die Vergütung und der Aufwendersersatz, die bisher in § 67 a FGG geregelt sind, wurden in § 277 E übernommen.

5. Beteiligtenfähigkeit = Beschwerdefähigkeit

Die **Beteiligtenfähigkeit** geht einher mit der **Beschwerdefähigkeit**, die im Allgemeinen Teil in § 59 E und im Besonderen Teil in §§ 303, 304 E geregelt ist.

Wird ein **Muss-Beteiligter** nicht beteiligt, bleibt ihm nach § 59 Abs. 1 E das **Beschwerderecht**, wenn er durch die Entscheidung in seiner materiellen Rechtsstellung betroffen ist.

Dem übergangenen „**Kann-Berechtigten**“ billigt der Gesetzentwurf die **sofortige Beschwerde** gegen den Beschluss zu, in welchem seine Hinzuziehung **abgelehnt** wird in entsprechender Anwendung der §§ 567 bis 572 ZPO¹⁸.

6. Einleitung des Betreuungsverfahrens

Allgemeine Vorschriften über Antrag und Anregung sind im Allgemeinen Teil in den §§ 23, 24 FamFG E enthalten.

Übertragen auf das Betreuungsverfahren gilt:

Ein vom Betroffenen gestellter Betreuungsantrag sollte begründet und vom Antragsteller unterschrieben sein.¹⁹

¹⁴ § 13 Abs.1 E

¹⁵ § 68 a FGG, § 279 Abs. 2 E

¹⁶ § 7 Abs. 5 E

¹⁷ Betreuungsbehördengesetz vom 12. September 1990, BGBl. I 1990 Seite 2002 / BGBl. I 2005 Seite 1073

¹⁸ § 7 Abs. 3 E

¹⁹ § 23 Abs. 1 E

Lehnt das Betreuungsgericht die Anregung ab, so hat es denjenigen, der die Betreuung angeregt hat, zu unterrichten, soweit ein berechtigtes Interesse an der Unterrichtung ersichtlich ist.²⁰

Ob ein solches vorliegt, muss jeweils für den konkreten Einzelfall festgestellt werden. Der Begriff des berechtigten Interesses ist dabei weit gefasst. Nicht vorausgesetzt wird ein rechtliches Interesse, also die Absicht, einen Anspruch gerichtlich durchzusetzen. Regen Altenheime, Krankenhäuser, Sozialdienste die Betreuung an, dürfte ein berechtigtes Interesse gegeben sein, vom Ausgang des Verfahrens Kenntnis zu erhalten. Andernfalls könnte sich der Anregende an die Betreuungsbehörde wenden, die jedenfalls ein Antragsrecht auf Beteiligung hat und dazu ein eigenes Beschwerderecht gegen die Ablehnung einer Betreuungsanregung.

Die Beteiligten können Anträge und Erklärungen gegenüber dem zuständigen Gericht schriftlich oder zur Niederschrift der Geschäftsstelle abgeben.

Anträge und Erklärungen, deren Abgabe vor dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zulässig ist, können vor der Geschäftsstelle eines jeden Amtsgerichts zur Niederschrift abgegeben werden.²¹

7. Verfahrensgrundsatz Amtsermittlung

Für das Verfahren des Betreuungsgerichts gilt der Grundsatz der **Amtsermittlung**,²² das heißt:

Das Gericht ermittelt von sich aus den Sachverhalt, die Beteiligten müssen keine Beweisanträge stellen.

7.1. Freibeweis – Förmliche Beweisaufnahme

Bei der Sachverhaltsermittlung ist das Gericht nicht an ein förmliches Verfahren gebunden oder auf bestimmte Beweismittel angewiesen; es erhebt die erforderlichen Beweise in geeigneter Form und ist nicht an das Vorbringen der Beteiligten gebunden (Freibeweis).

Allgemein gilt:

Die Beteiligten können Beweisanträge stellen über deren Berücksichtigung das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen entscheidet. Für den Fall der Ablehnung des beantragten Beweises hat das Gericht die Ablehnung zu begründen.²³ Als Form des Freibeweises kommt etwa die informelle persönliche, telefonische oder schriftliche Befragung einer Auskunftsperson oder die Beiziehung von Akten in Betracht.

Das Gericht hat unabhängig vom Vorbringen der Beteiligten die Wahrheit zu ermitteln und zu diesem Zweck Beweis zu erheben. Insofern verbleibt es bei der Verpflichtung des Gerichts, den Sachverhalt nach seinem pflichtgemäßem Ermessen vollständig aufzuklären. Daher wird ein Beweisantrag nur abgelehnt werden können, wenn er für die Sachverhaltsaufklärung keinen Nutzen bringt, weil die unter Beweis gestellte Tatsache für die zu treffende Entscheidung unerheblich, bereits erwiesen oder offenkundig ist, wenn das Beweismittel unzulässig, unerreichbar oder völlig ungeeignet ist oder wenn die behauptete Tatsache als wahr unterstellt wird. Das Gericht kann einen Beweisantrag schließlich auch mit der

Begründung ablehnen, der Sachverhalt sei bereits so vollständig aufgeklärt, dass von einer weiteren Beweisaufnahme ein sachdienliches, die Entscheidung beeinflussendes Ergebnis nicht mehr zu erwarten sei.²⁴ Die fehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrags ist ein Rechtsfehler (Verstoß gegen die Amtsermittlungspflicht), so dass die Richtigkeit auch noch im Rechtsbeschwerdeverfahren überprüft werden kann.

Die Verhängung von Ordnungsmitteln zur Erzwingung des Erscheinens vor Gericht zur Herbeiführung einer Aussage im Wege des Freibeweises ist nicht zulässig.²⁵ Auch schriftliche Auskünfte oder Gutachten können nicht erzwungen werden. Lehnt die Auskunftsperson die Erteilung der Auskunft ab, muss das Gericht sie im Verfahren des Strengbeweises als Sachverständige oder Zeugen laden oder mit der Erstattung eines Gutachtens beauftragen und auf diese Weise eine förmliche zwangsmittelbewehrte Beweisaufnahme einleiten.

7.2. Strengbeweis, förmliche Beweisaufnahme

Das Gericht kann nach pflichtgemäßem Ermessen zwischen Frei- und **Strengbeweis** wählen.²⁶ Dieser Grundsatz der Wahlfreiheit ist nach dem FamFG künftig auch weiterhin gültig,²⁷ **der Strengbeweis** (Durchführung einer förmlichen Beweisaufnahme nach den Regeln der Zivilprozessordnung) wird in **Betreuungssachen** nur für eine Verfahrenshandlung ausdrücklich vorgeschrieben:

Vor der **Bestellung eines Betreuers** oder der **Anordnung eines Einwilligungsvorbehaltes** hat eine förmliche Beweisaufnahme durch Einholung eines Gutachtens über die Notwendigkeit der Maßnahme stattzufinden.²⁸

Nach dem allgemeinen Teil besteht weiter eine Verpflichtung für das Gericht zur Durchführung einer **förmlichen Beweisaufnahme**, wenn eine Tatsache, die für die zu treffende Entscheidung von maßgeblicher Bedeutung ist, im Freibeweisverfahren streitig geblieben ist.²⁹

In dieser Situation hat das Gericht vom Strengbeweisverfahren Gebrauch zu machen, weil das Strengbeweisverfahren zur Ermittlung einer bestrittenen entscheidungserheblichen Tatsache geeigneter ist und die Mitwirkungsrechte der Beteiligten besser gewährleistet.

Eine Tatsache hat **maßgebliche Bedeutung** für die zu treffende Entscheidung, wenn sie als **Haupttatsache** den Tatbestand einer **entscheidungsrelevanten Norm** unmittelbar ausfüllt.

Die Nichtbeachtung rechtfertigt die Aufhebung und Zurückverweisung durch das Beschwerdegericht.

8. Amtsverschwiegenheit, Auskunftsverweigerungsrecht

Das Gericht hat die **Amtsverschwiegenheit** gemäß § 376 ZPO und das Recht zur **Zeugnis- und Auskunftsverweigerung** gemäß §§ 383 bis 390 ZPO zu beachten.³⁰

²⁰ § 24 Abs. 2 E

²¹ § 25 E

²² § 12 FGG, § 26 E

²³ § 29 E

²⁴ so BayObLG NJW-RR 1991, 777, 778

²⁵ Keidel/Kuntze/Winkler Rn. 196 zu § 12 m.w.N.

²⁶ Keidel/Kuntze/Winkler, Rn. 3ff zu § 15; Bumiller/Winkler, Rn. 1ff. zu §15; BayObLG NJW-RR 1996, 583,

²⁷ § 30 Abs. 1 FamFG

²⁸ § 68b Abs. 1 Satz 1, 4 und 5 FGG, §§ 30 Abs. 2, 280 E FamFG

²⁹ § 30 Abs. 3 E

³⁰ § 29 Abs. 3 E

Auskunftspersonen steht in entsprechender Anwendung der §§ 383 bis 390 ZPO ein Auskunftsverweigerungsrecht zu. Das Recht, die Auskunft zu verweigern, steht zum einen den in § 383 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 ZPO bezeichneten **nahen Angehörigen der Beteiligten** und den in § 383 Abs. 1 Nr. 4 bis 6 ZPO bezeichneten **Berufsgruppen** zu, für das Betreuungsverfahren insbesondere die Ärzteschaft, soweit letztere nicht von der Schweigepflicht entbunden wurden (§ 385 Abs. 2 ZPO).

Über das Recht zur Auskunftsverweigerung ist der Verlobte/Ehegatte/geschiedener Ehegatte/Verwandter/Verschwägerter zu belehren, nicht jedoch die in § 383 genannten Berufsgruppen. Ohne Belehrung eingeholte Auskünfte sind nicht verwertbar, wenn sich die Auskunftsperson später auf ihr Verweigerungsrecht beruft.

9. Dokumentation der Beweisaufnahme

Im Allgemeinen Teil sind Vorschriften enthalten, wie das Gericht auch im Freibeweis die Ergebnisse einer Beweiserhebung in den Akten zu dokumentieren hat.³¹

Dies betrifft die Einholung von Auskünften per Telefon oder im Wege der persönlichen Anhörung der Auskunftsperson, die Feststellung eines persönlichen Eindrucks oder das Ergebnis eines Augenscheins. Diese Feststellungen können in Abwesenheit der Beteiligten getroffen werden. Sie sind aber, um die notwendige Verfahrenstransparenz zu gewährleisten, in einem Vermerk festzuhalten, der zu den Akten zu nehmen ist.

Falls das Gericht auf diese Feststellungen die Entscheidung stützen will, ist der Vermerk vor der Entscheidung den Beteiligten zur Kenntnis zu geben, um ihnen Gelegenheit zur Äußerung zu gewähren.³² Die Ergebnisse einer förmlichen Beweisaufnahme oder einer persönlichen Anhörung im Termin sind stets in einem Vermerk festzuhalten.³³

Diese Verfahrensanforderungen sollen nachfolgend an einem Betreuungsverfahren veranschaulicht werden:

Einer 70-jährigen Frau soll auf Anregung des Sozialdienstes des Krankenhauses ein Betreuer bestellt werden. In der Betreuungsanregung ist ausgeführt, dass die Frau bisher mit ihrer Tochter in einem Haushalt gelebt habe, jedoch verwirrt auf der Straße von der Polizei aufgegriffen und in das Krankenhaus eingeliefert worden sei. Sie benötige eine gesetzliche Vertretung. Sie müsse dringend in ein Pflegeheim aufgenommen werden, da die häusliche Versorgung bei der Tochter nicht ausreichend gewährleistet sei. Es seien noch zwei Söhne vorhanden, deren Anschrift zwar bekannt sei, die sich jedoch auf erbetene Kontaktaufnahme mit dem Sozialdienst bisher nicht in Verbindung gesetzt hätten.

In dem der Betreuungsanregung beigefügten ärztlichen Attest ist dokumentiert, dass mit der Betroffenen eine Verständigung aufgrund derer massiver Verwirrtheit weder im Allgemeinen noch zum Betreuungsverfahren möglich sei.

Die vom Betreuungsgericht ersuchte Betreuungsbehörde schreibt in ihrem Sozialbericht, dass sie die Anordnung einer Betreuung befürwortet und einen Berufsbetreuer vorschlägt. Die Tochter sei wegen einer Alkoholerkrankung ungeeignet, die rechtlichen Angelegenheiten der Mutter als Bevollmächtigte oder Betreuerin zu besorgen. Sie habe zwar erklärt,

dass sie eine notariell beurkundete Generalvollmacht von der Mutter besitze, in der sie im Falle einer erforderlichen gesetzlichen Betreuung auch als Betreuerin vorgeschlagen werde, sie habe diese jedoch trotz schriftlicher Aufforderung der Betreuungsbehörde nicht übermittelt.

Schritt 1: Feststellung der Verfahrensbeteiligten

Muss-Beteiligte in diesem Verfahren ist die Betroffene, ein zu bestellender Verfahrenspfleger, die Tochter als Bevollmächtigte.³⁴

Da die **Betreuungsbehörde** keinen Antrag auf Hinzuziehung gestellt hat,³⁵ gehört sie nicht zu den Muss-Beteiligten.

Kann-Beteiligte, die das Gericht auf ihren Antrag oder von Amts wegen³⁶ als weitere Beteiligte hinzuziehen kann, sind die beiden Söhne.

Die beiden Söhne, deren Anschrift dem Gericht bekannt ist, sind von der Einleitung des Betreuungsverfahrens zu unterrichten und über ihr Antragsrecht zu belehren.³⁷

Das Gericht kann sie auch gleich ohne besondere Förmlichkeiten von Amts wegen als Beteiligte hinzuziehen.

Stellen sie einen Antrag auf Hinzuziehung, hat das Gericht zu entscheiden, ob deren Beteiligung sachgerecht und im Interesse des Betroffenen ist.

Wird dem Antrag stattgegeben, so sind die antragstellenden Söhne im Betreuungsverfahren beteiligt. Weist das Gericht den Antrag auf Hinzuziehung zurück, so unterliegt dieser Beschluss der sofortigen Beschwerde mit vierzehntägiger Beschwerdefrist und ist dem Antragsteller förmlich zuzustellen.³⁸

Die Beschwerde gegen den Zurückweisungsbeschluss entscheidet das Landgericht.

In unserem Beispielfall beabsichtigt das Gericht, die beiden Söhne von Amts wegen in dem Betreuungsverfahren hinzuzuziehen.

Beteiligte in diesem Verfahren sind also:

Die Betroffene, der Verfahrenspfleger, die Tochter als Bevollmächtigte im Sinne des § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB, sowie die zwei Söhne.

Schritt 2: Förmliche Beweisaufnahme zur Notwendigkeit der Betreuungsanordnung

Das Betreuungsgericht wird bei einem Arzt für Psychiatrie oder einem Arzt mit Erfahrungen auf dem Gebiet der Psychiatrie ein Sachverständigengutachten über die **Notwendigkeit der Betreuungsanordnung** einholen.³⁹

Schritt 3: Beweisermittlung zur Frage der Auswahl und Eignung des Betreuers

Welche Freibeweisergebnisse das Gericht gewonnen hat und seiner Entscheidung zugrunde zu legen gedenkt, erfahren **die Beteiligten** infolge der sich aus § 37 Abs. 2 E ergebenden **Mitteilungspflicht**.

³¹ § 29 Abs. 4 E

³² § 37 Abs. 2 E

³³ § 28 Abs. 4 E

³⁴ § 274 E

³⁵ § 274 Abs. 3 E

³⁶ § 7 Abs. 3 E

³⁷ § 7 Abs. 4 E i. V. m. § 274 Abs. 4 E

³⁸ § 41 Abs. 1 E

³⁹ § 68b Abs. 1 Satz 1, 4 und 5 FGG, §§ 30 Abs. 2, 280 E FamFG

Nach dieser Vorschrift darf das Gericht seine Entscheidung nur auf Feststellungen stützen, zu denen sich die Beteiligten zuvor äußern konnten. In diesem Rahmen hat das Gericht den Beteiligten die freibeweislich gewonnenen Ermittlungsergebnisse darzulegen, also hier den Bericht der Betreuungsbehörde.

Dies gibt den Beteiligten die Gelegenheit zu überprüfen, ob sie die Durchführung eines **förmlichen** Beweisverfahrens für notwendig erachten. Eine Begründung des Antrags ist nicht vorgeschrieben, aber ratsam.

Das Betreuungsgericht wird den Beteiligten mitteilen, dass es nach Eingang des Sachverständigen Gutachtens, der Stellungnahme des Verfahrenspflegers und der persönlichen Anhörung bzw. Verschaffung eines persönlichen Eindrucks von der Betroffenen beabsichtigt, dem Vorschlag der Betreuungsbehörde zu folgen, insbesondere hält es die Tochter in Anbetracht der erheblichen Interessenskonflikte unter den Kindern und der von der Betreuungsbehörde mitgeteilten persönlichen und wirtschaftlichen Situation der Tochter für ungeeignet, sowohl als Bevollmächtigte wie auch als Betreuerin die rechtlichen Angelegenheiten der Mutter zu besorgen. Dies könne nur ein neutraler fachkundiger Berufs-Betreuer gewährleisten.

Folgende Stellungnahmen gehen ein:

Die Tochter wendet sich gegen die Betreuerbestellung und erklärt, sie könne die Mutter zuhause pflegen bzw. Pflegedienste beauftragen, auch sei eine Betreuung nicht erforderlich, da sie eine umfassende Generalvollmacht habe.

Sie übersendet dem Gericht eine beurkundete Generalvollmacht, die sie auch als Betreuerin vorschlägt und teilt mit, dass weitere Auskünfte über ihre Pflegebereitschaft und Fähigkeit als Bevollmächtigte die Angelegenheiten ihrer Mutter zu erledigen, bei ihrem langjährigen Hausarzt Dr. M. eingeholt werden können.

Sie, die Tochter, sei zwar infolge der nunmehr 5 Jahre zurückliegenden Scheidung ihrer Ehe alkoholkrank gewesen, sei aber seit den letzten drei Jahren vollkommen abstinent, was ihr Hausarzt jederzeit bescheinigen könne.

Der erste Sohn spricht sich für die Bestellung eines Berufsbetreuers aus, weil er seine Schwester für ungeeignet sowohl zur Pflege, wie auch als Bevollmächtigte und als Betreuerin hält. Die Schwester sei heute noch alkoholabhängig und könne mit Geld nicht umgehen. Darunter habe insbesondere der frühere Ehemann der Tochter gelitten, was diesen auch zur Scheidung von seiner Schwester veranlasst habe.

Der zweite Sohn teilt schriftlich mit, dass er wohl annehme, dass seine Schwester nicht mehr zurechnungsfähig sei, wenn sie die Mutter unbeaufsichtigt aus der Wohnung gehen habe lassen, er selbst könne die Betreuung nicht übernehmen, allerdings widerspreche er der Bestellung eines Berufsbetreuers, da diese Abzocker seien, was im Fernsehen ständig dokumentiert werde.

Das Betreuungsgericht übersendet die Stellungnahmen den Beteiligten zur Wahrung ihres rechtlichen Gehörs.

Die Tochter schreibt daraufhin, dass sie die Behauptung ihres Bruders, dass sie jetzt noch alkoholabhängig sei und ihre Vermögensverhältnisse nicht regeln könne, für eine Lüge halte und dieser ausdrücklich widerspreche.

Weitere Stellungnahmen gingen nicht ein.

In diesem Verfahren kommt es neben der Erforderlichkeit einer Fremdbestimmung für die Betroffene darauf an, ob die rechtlichen Angelegenheiten der Mutter ebenso gut wie

durch einen Betreuer durch die Tochter als Generalbevollmächtigte besorgt werden können oder eine gesetzliche Betreuung erforderlich ist (**entscheidungsrelevante Norm § 1896 Abs. 2 BGB**).

Die Beweiserhebung hat sich also insbesondere mit der Frage der **Eignung** der Tochter als Generalbevollmächtigte und ggf. als in der Betreuungsverfügung vorgeschlagene Betreuerin zu befassen (**Haupttatsache**).

Das Gericht erlässt eine **Beweisbeschluss** und erhebt im **Strengbeweisverfahren**, also durch förmliche persönliche Vernehmung der Tochter, des ersten Sohnes (Beteiligtenvernehmung) und des Hausarztes der Tochter (Sachverständiger Zeuge) Beweis zur Frage der Eignung der Tochter als Generalbevollmächtigte bzw. vorgeschlagenen Betreuerin. Eine Entbindung des Hausarztes von der ärztlichen Schweigepflicht ist in dem Antrag der Tochter auf Vernehmung des Arztes als Zeugen zu sehen.

Der Beweisbeschluss ist den Beteiligten, also der betroffenen Mutter, dem Verfahrenspfleger, der Tochter und den beiden Söhnen bekannt zu machen.

Absatz 3 von § 30 E zwingt das Gericht, seine positive Überzeugung vom Vorliegen einer Tatsache noch einmal zu überprüfen. Das Gericht hat also seine im **Freibeweis** (Stellungnahme der Betreuungsbehörde) gewonnene Überzeugung, dass die Tochter sowohl als Generalbevollmächtigte wie auch als Betreuerin ungeeignet zur Regelung der rechtlichen Angelegenheiten der Mutter ist, durch **förmliche** Beweisaufnahme nach den Vorschriften der ZPO zu prüfen (**Strengbeweis**).

Nicht erforderlich für den Zwang zum Strengbeweis ist, dass das Gericht selbst noch **Zweifel** an der Richtigkeit der entscheidungsmaßgeblichen Tatsache hat. Das Gericht soll vielmehr den Strengbeweis gerade dann durchführen, wenn es aufgrund des Freibeweises von der Richtigkeit einer Tatsachenbehauptung bereits überzeugt ist und auf diese Tatsache seine Entscheidung stützen will.

Für die Frage, ob die Tochter derzeit noch alkoholkrank und deswegen möglicherweise zur Regelung der persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten der Mutter ungeeignet ist, ist also eine **förmliche Beweisaufnahme** angezeigt, insbesondere wenn die Tochter hier einen Beweisantritt gemäß § 30 Abs. 3 E gestellt hat, dass ihr langjähriger Hausarzt hierzu vernommen werden soll.

Das Gericht wird durch Vernehmung der Tochter und des ersten Bruders auch die Gelegenheit haben, sich einen unmittelbaren Eindruck von ihnen zu verschaffen, insbesondere auch die Interessenskonflikte unter den Kindern ermitteln und die Eignung der Tochter zur Erledigung der persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten der Mutter als Generalbevollmächtigte oder Betreuerin erforschen, zumal sich das Gericht in seiner Begründung für die Bestellung eines neutralen Berufsbetreuers auf die Interessenskonflikte und die Eignung der Tochter berufen will.

Tatsachenbehauptungen, die sich im Freibeweisverfahren nicht haben bestätigen lassen, muss das Gericht grundsätzlich nicht auch noch im Strengbeweis nachgehen. Also bspw. die Frage, welche Gründe zum Scheitern der Ehe der Tochter geführt haben, ist für das Gericht unbeachtlich.

10. Sachverständigengutachten

Ein Betreuer darf vom Betreuungsgericht erst bestellt werden, nachdem ein **Sachverständigengutachten** eingeholt worden ist.⁴⁰ Die Einholung eines Sachverständigengutachtens erfolgt durch förmliche Beweisaufnahme. Danach gelten die Vorschriften der ZPO über den Beweis durch Sachverständige entsprechend. Das ist bereits nach bisher geltendem Recht grundsätzlich der Fall.

Die **Auswahl** des Sachverständigen trifft das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen.⁴¹ Für die Unterbringungsmaßnahme ist die Qualifikation des Sachverständigen geregelt. Er soll Arzt für Psychiatrie sein; in jedem Fall muss er Arzt mit Erfahrungen auf dem Gebiet der Psychiatrie sein.⁴² Diese Kriterien gelten auch für das Betreuungsverfahren und wurden in das FamFG nunmehr aufgenommen.⁴³

Die Aufgabenstellung an den Gutachter ist in das FamFG aufgenommen worden.⁴⁴

Das Gutachten hat sich auf folgende Bereiche zu erstrecken:

1. das Krankheitsbild einschließlich der Krankheitsentwicklung,
2. die durchgeführten Untersuchungen und die diesen zugrunde gelegten Forschungserkenntnisse,
3. den körperlichen und psychiatrischen Zustand des Betroffenen,
4. den Umfang des Aufgabenkreises und
5. die voraussichtliche Dauer der Maßnahme

Die wichtigste Fragestellung im Gutachterauftrag, die **Einschätzung der freien Willensbildung in jedem konkreten Aufgabenkreis** (§ 1896 1a BGB), wurde nicht in § 280 E aufgenommen, sollte jedoch in keinem Gutachterauftrag fehlen, insbesondere, wenn die Anordnung der Betreuung gegen den erklärten Willen des Betroffenen erfolgen soll.

10.1. Einsichtsrecht der Angehörigen?

Das Gutachten ist dem Betroffenen, ggf. seinem Verfahrensbevollmächtigten⁴⁵, und seinem Verfahrenspfleger bekannt zu geben. Den Angehörigen des Betroffenen darf es (gegen dessen Willen) weder vom Gericht noch vom Sachverständigen bekannt gemacht werden. Sind sie jedoch im Verfahren beteiligt,⁴⁶ so haben sie ein Beschwerderecht, erhalten also auf Verlangen Akteneinsicht⁴⁷ und damit auch Einblick in das Gutachten, wobei die Einsicht zu versagen ist, wenn schwerwiegende Interessen eines Beteiligten oder eines Dritten entgegenstehen.

11. Anhörung weiterer Personen

11.1. Betreuungsbehörde im Anhörungsverfahren

Die Betreuungsbehörde hat die Wahl, ob sie (nur) im Rahmen der Anhörung nach § 279 Abs. 2 E am Verfahren teilnimmt, also nur auf **Verlangen des Betroffenen** oder wenn das Gericht die Teilnahme als zur Sachaufklärung dienlich sieht, oder als Beteiligte aktiv am Verfahren mitwirken will.

Stellt die Betreuungsbehörde keinen Antrag und verlangt der Betroffene die Einschaltung der Behörde nicht, muss das Vormundschaftsgericht die Betreuungsbehörde nur beteiligen, wenn es der Sachaufklärung dient. Das wird jedenfalls bei der erstmaligen Bestellung eines Betreuers häufig der Fall sein, weil die Behörde z.B. einen Betreuer vorschlagen oder sich zur Eignung von in Frage kommenden Personen äußern kann.

11.2. Angehörige im Anhörungsverfahren

Das FamFG hat das **Widerspruchsrecht des Betroffenen** zur Anhörung von Angehörigen im Verfahren über die Bestellung eines Betreuers oder die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts **gestrichen**, wenn die **Angehörigen** nach § 274 Abs. 4 Nr. 1 E oder der allgemeinen Vorschrift des § 7 Abs. 3 Nr. 1 E **zum Verfahren hinzugezogen** wurden, siehe vorstehend Kap.4.3.

Der Gesetzgeber vertraut darauf, dass das Gericht deren Hinzuziehung als (ideelle) Beteiligte von Amts wegen oder auf deren Antrag bereits bei Einleitung des Verfahrens **prüft** und nur diejenigen Verwandten hinzuzieht, die im **Interesse des Betroffenen** handeln. Das Spannungsverhältnis zwischen der Anhörung von Verwandten und einem möglichen entgegenstehenden Willen des Betroffenen soll vom Gericht künftig bereits in der Entscheidung über die Hinzuziehung als Beteiligte gelöst werden. Sind die Verwandten in ihren eigenen Rechten unmittelbar betroffen, bspw. weil sie bei einer Erst-Bestellung als Betreuer übergangen wurden, was sich ausschließlich am Wohl des Betroffenen zu orientieren hat,⁴⁸ sind sie als Muss - Beteiligte automatisch am Verfahren beteiligt.

11.3. Vertrauensperson und nahe stehende Person

In § 274 Abs. 4 Ziff. 1 ist als **Kann-Beteiligter** eine Person, die das **Vertrauen** des Betroffenen genießt, aufgeführt.

Diese Regelung ermöglicht es dem Gericht, im Einzelfall auch entferntere Angehörige, einen getrennt lebenden Ehegatten oder Lebenspartner sowie sonstige Personen hinzuzuziehen, wenn sie mit dem Betroffenen eng verbunden sind.

Wenn der Betroffene diese Person als Vertrauensperson **benennt**, so wird das Gericht diese Person auch als Beteiligte im Verfahren hinzuziehen, es sei denn, die Hinzuziehung wäre offensichtlich nicht im Interesse des Betroffenen, z.B. der Betroffene benennt Filmschauspieler, Politiker, die offensichtlich keine Beziehung zu dem Betroffenen haben.

Das Gericht hat von sich aus keine Belehrungspflicht gegenüber dem Betroffenen über die Möglichkeit der Benennung einer Vertrauensperson.

Benennt der Betroffene in dem Verfahren auf Bestellung eines Betreuers oder Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts oder einem Verfahren über Umfang, Inhalt oder Bestand einer solchen Entscheidung **keine** Person seines Vertrauens oder beantragt der Benannte nicht seine Hinzuziehung und sieht das Gericht auch kein Bedürfnis ihn von Amts wegen hinzuzuziehen, so hat das Gericht auf **Verlangen** des Betroffenen vor der Bestellung eines Betreuers oder der Anordnung des Einwilligungsvorbehalts eine **ihm nahe stehende Person** anzuhören, wenn dies ohne erhebliche Verzögerung möglich ist. Dies können auch die Verwandten sein, wenn sie im Einzelfall nicht als Beteiligte zum Verfahren hinzugezogen wurden und daher nicht am Verfahren automatisch beteiligt sind.⁴⁹

⁴⁸ Siehe Kommentierung zu § 1897 BGB

⁴⁰ § 68 b FGG, § 280 E

⁴¹ §§ 15 I FGG, 404 I bis III ZPO

⁴² § 70e FGG, § 321 E

⁴³ § 280 Abs. 1 Satz 2 E

⁴⁴ § 280 Abs. 3 E

⁴⁵ § 13 FGG bzw. § 10 E

⁴⁶ § 7 Abs. 2 E

⁴⁷ § 34 FGG, § 13 E

Hört das Gericht die weiteren Personen nicht an, ist die Betreuung trotzdem wirksam angeordnet. Wird gegen die Anordnung allerdings Beschwerde eingelegt, kann die unterbliebene Anhörung zur Aufhebung der Entscheidung durch die höhere Instanz führen, wenn zugleich ein Verstoß gegen Art. 103 GG (Grundsatz des rechtlichen Gehörs) oder eine ungenügende Sachaufklärung vorliegt.

Folgerichtig steht diesem „ideellen“ Personenkreis im Interesse des Betroffenen das Recht der Beschwerde gegen eine von Amts wegen ergangene Entscheidung zu, **wenn sie im ersten Rechtszug beteiligt worden sind**. Würden sie nicht beteiligt, müssten sie zunächst ihre Beteiligung **beantragen** und **sofortige Beschwerde** gegen den Beschluss einlegen, in welchem ihre Hinzuziehung **abgelehnt** wird in entsprechender Anwendung der §§ 567 bis 572 ZPO.⁵⁰

12. Wegfall Schlussgespräch

Das FamFG verzichtet auf eine gesonderte Bestimmung über das Schlussgespräch.⁵¹

Soweit das Schlussgespräch der Gewährung rechtlichen Gehörs dient und sicherstellen soll, dass das Ergebnis der Beweisaufnahme vor Erlass einer Entscheidung dem Betroffenen mitgeteilt wird, ergeben sich diese Anforderungen bereits aus § 37 Abs. 2 und § 34 Abs. 1 Satz 2.

§ 37 Abs. 2 E bestimmt, dass das Gericht seine Entscheidung nur auf Feststellungen stützen darf, zu welchen sich die Beteiligten äußern konnten. Aus § 34 Abs. 1 Satz 2 folgt, dass die Gewährung rechtlichen Gehörs, sofern geboten, in einem persönlichen Gespräch mit dem Betroffenen zu erfolgen hat.

13. Entscheidung des Gerichts

13.1. Ablehnung der Betreuung

Liegen die Voraussetzungen für die Bestellung eines Betreuers nicht vor, erlässt der Richter einen Beschluss, wonach der Antrag oder die Anregung auf Bestellung eines Betreuers abgelehnt wird. Der Ablehnungsbeschluss ist zu begründen und zu unterschreiben.⁵²

Lehnt das Betreuungsgericht die Anregung ab, so hat es denjenigen, der die Betreuung angeregt hat, zu unterrichten, soweit ein berechtigtes Interesse an der Unterrichtung ersichtlich ist, siehe vorstehend Kap.6.

13.2. Anordnung der Betreuung

Liegen die Voraussetzungen des 1896 BGB vor, bestellt der Richter durch Beschluss einen Betreuer. Der Inhalt des Beschlusses ist allgemein in § 38 Abs. 2 E geregelt:

Der Beschluss enthält:

- die Bezeichnung der Beteiligten, ihrer gesetzlichen Vertreter und der Bevollmächtigten;
- die Bezeichnung des Gerichts und die Namen der Gerichtspersonen, die bei der Entscheidung mitgewirkt haben;
- die Beschlussformel.

Die Bezeichnung der Beteiligten richtet sich nach § 274 E, siehe vorstehend Kapitel 4.

Die Beschlussformel im Fall der Bestellung eines Betreuers oder Anordnung einer Einwilligungsvorbehalts ist in § 286 E geregelt.

Danach hat im Fall der Bestellung eines Betreuers der Anordnungsbeschluss neben den in § 38 E enthaltenen Angaben zu enthalten:

- Die Bezeichnung des Aufgabenkreises des Betreuers;
- die Eigenschaft des bestellten Betreuers gem. § 1897 BGB, also die Bezeichnung als Vereinsbetreuer, Behördenbetreuer, Berufsbetreuer,
- für den Fall der Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts die Bezeichnung des Kreises der einwilligungsbedürftigen Willenserklärungen;
- den Zeitpunkt, bis zu dem das Gericht über die Aufhebung oder Verlängerung der Betreuung oder des Einwilligungsvorbehalts zu entscheiden hat.

Die Feststellung der berufsmäßigen Betreuung, die Voraussetzung für einen Vergütungsanspruch des Betreuers ist,⁵³ muss das Gericht bereits bei Bestellung des Betreuers treffen.

Die Pflicht zur Erteilung einer **Rechtsmittelbelehrung** nach § 69 Abs. 1 Nr. 6 FGG folgt bereits aus § 39 E. Die obligatorische Pflicht zur **Begründung** der Entscheidung folgt aus § 38 E.

Nach § 27 E kann ein Beteiligter, wenn er ohne sein Verschulden verhindert war, eine gesetzliche Frist für die Einlegung eines Rechtsbehelfs einzuhalten, Antrag auf **Wiedereinsetzung** in den vorigen Stand stellen. Ein fehlendes Verschulden wird vermutet, wenn eine Rechtsbehelfsbelehrung unterblieben oder fehlerhaft ist.

Allerdings findet gegen einen Beschluss, durch den die Genehmigung für ein Rechtsgeschäft erteilt oder verweigert wird, eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht statt, wenn die Genehmigung oder deren Verweigerung einem Dritten gegenüber wirksam geworden sind.⁵⁴

13.3. Beschluss über Betreuungsanordnung und Verfügung

5 VG 351/2009
NOTARIAT STUTTGART
Betreuungsgericht
Eberhardstraße 35, 70173 Stuttgart

Beschluss vom 20. November 2009
Mitwirkend Notar Sorg als Betreuungsrichter

I. In dem Betreuungsverfahren für

Maria Maier, geb. am 23.03.1934,
wohnhaft Blumenweg 12, 70182 Stuttgart, - Betroffene –

Verfahrenspfleger:
Rechtsanwalt Fleißig, Sonnenstraße 12, 70178 Stuttgart,

weiterer Beteiligter:
Sohn Ferdinand Maier, Donnerweg 12, 70563 Stuttgart,

wird

⁴⁹ § 279 Abs. 3 E

⁵⁰ § 7 Abs. 3 E

⁵¹ § 68 Abs. 5 FGG

⁵² § 38 Abs. 3 E

⁵³ §§ 1836 Abs. 1 Satz 2 BGB i.V.m. § 1 Abs. 1 S.1 VBVG

⁵⁴ § 48 Abs. 3 E

Herr Hans Müller, Dipl. Sozialarbeiter, Regenbogenweg 112,
70178 Stuttgart,
zum Berufs- **B e t r e u e r** bestellt.

Der Aufgabenkreis umfasst

- die Regelung von Vermögensangelegenheiten, der Renten-Versicherungs- Sozial- und sonstiger Versorgungsangelegenheiten, sowie die Regelung von Wohnungsangelegenheiten,
- die Aufenthaltsbestimmung und die Regelung von Heimangelegenheiten,
- die Gesundheitsfürsorge.

Das Betreuungsgericht wird spätestens bis zum **01. Juli 2012** über eine Aufhebung, Einschränkung, Verlängerung oder Ausdehnung der Betreuung beschließen.

Gründe:

Es ist erforderlich, für Frau Maier einen Betreuer mit dem obenbezeichneten Aufgabenkreis zu bestellen, weil sie auf Grund einer psychischen Erkrankung in Form einer Demenz nicht in der Lage ist, die dem Betreuer übertragenen Angelegenheiten für sich selbst eigenverantwortlich zu besorgen.

Die Betroffene hat der Bestellung eines Betreuers bei der persönlichen Anhörung am 15.11.2009 widersprochen. Dieser Widerspruch blieb jedoch unbeachtlich, da der Betroffenen aufgrund fortgeschrittener Demenz, die sich u.a. durch vollständigen Realitätsverlust und Überschätzung ihrer eigenen Fähigkeiten äußert, eine freie Willensbestimmung nicht möglich ist.

Dies folgt aus dem Ergebnis der Beweisaufnahme, insbesondere aus dem Gutachten der Sachverständigen Frau Dr. Friedlich, Ärztin für Psychiatrie, vom 15.10.2009, und der Anhörung der Betroffenen sowie dem persönlichen Eindruck des Betreuungsgerichts, den sich dieses am 15.11.2009 von der Betroffenen in ihrer Wohnung verschafft hat.

Der Verfahrenspfleger und der durch das Betreuungsgericht als Beteiligter hinzugezogene Sohn Ferdinand Maier wurden vom Gericht gehört und erhoben keine Einwendungen gegen die Anordnung der Betreuung und der Auswahl eines Berufsbetreuers.

Bei der Auswahl des Betreuers ist das Gericht dem Vorschlag der Betreuungsbehörde vom 12.11.2009 gefolgt. Der Sohn hat die Übernahme des Betreueramtes abgelehnt, eine sonstige ehrenamtliche Person stand dem Gericht nicht zur Verfügung.

2. Rechtmittelbelehrung:

Gegen diesen Beschluss findet das Rechtsmittel der befristeten Beschwerde statt. Die Beschwerde ist binnen einer Frist von einem Monat einzulegen. Die Frist beginnt mit der schriftlichen Bekanntgabe an die Beteiligten. Die Beschwerde ist beim Notariat -Betreuungsgericht- Stuttgart, Eberhardstraße 35, 70173 Stuttgart einzulegen. Die Beschwerde wird durch Einreichung einer Beschwerdeschrift oder zur Niederschrift der Geschäftsstelle eingelegt. Die Beschwerde muss die Bezeichnung des angefochtenen Beschlusses sowie die Erklärung enthalten, dass Beschwerde gegen diesen Beschluss eingelegt wird. Sie ist von dem Beschwerdeführer oder seinem Bevollmächtigten zu unterzeichnen. Die Beschwerde soll begründet werden.

Notar
(Sorg)

II. Verfügung:

Bekanntgabe des Beschlusses durch Erteilung einer Ausfertigung/begl.Abschrift an:

| | |
|-----------------------------------|--|
| Betroffene Maria Maier | mit Zustellungsurkunde |
| Verfahrenspfleger RA. Fleißig | mit Empfangsbekanntnis |
| Betreuer Hans Müller | () durch Aufgabe zur Post () per Einschreiben mit Rückschein () mit Zustellungsurkunde |
| Betreuungsbehörde Stadt Stuttgart | mit Empfangsbekanntnis |
| Sohn Ferdinand Maier | () durch Aufgabe zur Post () per Einschreiben mit Rückschein () mit Zustellungsurkunde |

Akte, Kartei, Terminbuch.

Erteilung einer Bestellungsurkunde (Betreuerausweis)

Kosten nach Mitteilung des Vermögenswertes.

Urkundsbeamter/in der Geschäftsstelle

14. Bekanntmachung der Betreuerbestellung

a) Die Entscheidung des Gerichts über die Betreuerbestellung oder die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts oder einstweilige Anordnungen ist den **Beteiligten** bekannt zu machen:

- Dem Betroffenen selbst; der Tenor (Beschlusssatz, z.B. die Bestellung des Betreuers) muss ihm immer bekannt gemacht werden, die Entscheidungsgründe nicht, wenn dadurch seine Gesundheit gefährdet würde und diese Gefährdung durch ärztliches Zeugnis belegt ist;⁵⁵
- dem Verfahrensbevollmächtigten des Betroffenen, wenn er einen solchen beauftragt hatte;
- dem Verfahrenspfleger;
- dem Betreuer;
- stets der Betreuungsbehörde, unabhängig, ob sie im Verfahren beteiligt ist oder nicht;⁵⁶

b) anderen Gerichten, Behörden und sonstigen öffentlichen Stellen ist die Entscheidung mitzuteilen,

- soweit dies unter Beachtung berechtigter Interessen des Betroffenen erforderlich ist, um eine **erhebliche Gefahr** für das Wohl des Betroffenen, für Dritte oder für die öffentliche Sicherheit abzuwenden;⁵⁷
- bei Betreuung für alle Angelegenheiten dem Wahlamt;⁵⁸
- bei Betreuung bezüglich des Aufenthaltsbestimmungsrechts dem Leiter der Einrichtung, in welcher der untergebrachte Betroffene lebt;⁵⁹

c) Den Personen, die nach Unterrichtung vom Betreuungsverfahren keinen Antrag auf Hinzuziehung gestellt oder deren Antrag abgelehnt worden ist, also den nicht hinzu-

⁵⁵ § 69 a Abs. 1 FGG, § 40 Abs. 1 E, § 288 Abs. 1 E

⁵⁶ § 69 a Abs. 2 FGG, § 288 Abs. 2 E

⁵⁷ § 69 k, § 308 E

⁵⁸ § 69 l 1 Abs. 1 FGG, § 309 E

⁵⁹ § 69 m Abs. 1 FGG, § 310 E

gezogenen Idealinteressenten,⁶⁰ ist dagegen die Statusentscheidung nicht bekannt zu machen; sie haben auch kein Beschwerderecht, da sie im ersten Rechtszug nicht beteiligt sind.⁶¹ Sie können sich allenfalls beim Betroffenen nach der Entscheidung erkundigen, unter Umständen haben sie ein Recht auf Akteneinsicht,⁶² soweit sie ein berechtigtes Interesse glaubhaft machen und schutzwürdige Interessen eines Beteiligten oder Dritten nicht entgegenstehen, oder können beantragen, dass sie zu dem Verfahren hinzugezogen werden und gegen die Nichtinzuziehung sofortige Beschwerde einlegen.⁶³

15. Wirksamwerden von Entscheidungen

Beschlüsse über Umfang, Inhalt und Dauer der Bestellung eines Betreuers, über die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts oder einstweilige Anordnungen nach § 300 E (Statusentscheidungen) werden mit der **Bekanntgabe an den Betreuer wirksam**.⁶⁴ Bei den vorgenannten, das Betreuungsverfahren **abschließenden** Entscheidungen verbleibt es bei der bisherigen Regelung, dass diese wirksam werden mit Bekanntgabe an den Betreuer, sodass es auf die Kenntnis des Betroffenen für die wirksame Betreuungsanordnung bzw. Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts nicht ankommt.

Ist die Bekanntgabe an den Betreuer nicht möglich oder bei Gefahr im Verzug, kann das Gericht die sofortige Wirksamkeit der Entscheidung anordnen.⁶⁵

In diesem Fall wird sie wirksam, wenn der Beschluss und die Anordnung seiner sofortigen Wirksamkeit dem Betroffenen oder dem Verfahrenspfleger bekannt gegeben oder der Geschäftsstelle zum Zweck der Bekanntgabe an den Betreuer übergeben werden. Der **Zeitpunkt** der sofortigen Wirksamkeit ist auf dem Beschluss zu vermerken.

Andere **Beschlüsse**, wie etwa die Erteilung einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung werden mit der **Bekanntgabe an denjenigen, für den sie ihrem wesentlichen Inhalt nach bestimmt sind, wirksam, also bei der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung mit der Bekanntgabe an den Betreuer**.

Aus § 1828 mit § 1643 Abs. 3 BGB ergibt sich, dass das VormG die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nur dem Vormund (gesetzlichen Vertreter) gegenüber erklären kann, dass sie also nur für diesen bestimmt ist. Auch die Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung ist aber eine nach § 16 Abs. 1 und 2 Satz 2 FGG bekannt zu machende gerichtliche Verfügung. Sie wird daher erst mit der Bekanntmachung an den Vormund (gesetzlichen Vertreter) wirksam (§ 16 Abs. 1 FGG; *Staudinger*, Anm. 4 zu § 1828). Solange sie ihm nicht bekannt gemacht ist, ist sie ihm gegenüber nicht erteilt.

Insoweit greift die Grundregel des bisherigen § 16 Abs. 1 FGG (nunmehr § 40 Abs. 1 E) mit der **Besonderheit**, dass Entscheidungen, welche die **Genehmigung eines Rechtsgeschäfts** zum Gegenstand haben, erst **mit formeller Rechtskraft wirksam** werden.⁶⁶

Dies gilt für alle Genehmigungen, die ein **Rechtsgeschäft** zum Gegenstand haben, wobei nicht zwischen einer Innen- oder Außengenehmigung unterschieden wird.

So fällt unter die aufgeschobene Wirksamkeit beim nichtbefreiten Betreuer die Genehmigung zur Anlegung von Mündelgeld nach §§ 1810, 1806, 1807 BGB oder die Genehmigung zur andersartigen Geldanlage nach § 1811 BGB, auch wenn die fehlende Genehmigung die Rechtswirksamkeit der Geldanlage durch den Betreuer nicht berührt, da die Genehmigung lediglich eine Soll-Vorschrift darstellt (Innengenehmigung).

Da die allgemeine Ermächtigung nach § 1817 BGB zugleich eine allgemeine Genehmigung aller Rechtsgeschäfte nach §§ 1806 bis 1816 BGB beinhaltet, und die Genehmigung nach § 1825 BGB zugleich eine Genehmigung zum Abschluss von Rechtsgeschäften nach §§ 1812, 1822 Nr. 8, 9, 10 BGB enthält, könnte man argumentieren, dass der Beschluss über die Erteilung der allgemeinen Ermächtigung nach §§ 1817, 1825 BGB auch der formellen Rechtskraft unterliegen muss. Vertritt man die Ansicht, dass die Befreiungen nach §§ 1817 und 1825 BGB nicht die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts beinhalten, sondern eine Ermächtigung an den Betreuer in Form einer Befreiung von der Genehmigungspflicht, wäre eine formelle Rechtskraft für den Beschluss auf Erteilung einer Ermächtigung nach §§ 1817, 1825 BGB nicht erforderlich. Bis hierzu Rechtsprechung ergangen ist, wird man den sicheren Weg gehen und die formelle Rechtskraft auch für die Befreiungsbeschlüsse nach §§ 1817, 1825 BGB herbeiführen, zumal der Betroffene vor einer Entscheidung nach § 1825 BGB zu hören ist.⁶⁷

Für die amtsgerichtliche Genehmigung nach § 1904 BGB für die Einwilligung des Betreuers in ärztliche Maßnahmen sind zwar die Verfahrensvorschriften in § 298 E geregelt, jedoch nicht die Wirksamkeit des Genehmigungsbeschlusses.

Für die Wirksamkeit der Genehmigung zur Sterilisation nach § 1905 BGB und die Wirksamkeit der Genehmigung zur Unterbringung bzw. Freiheitsbeschränkung nach § 1906 BGB ist eine Regelung erfolgt.⁶⁸

Die Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme wird nicht als rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern als Gestattung oder Ermächtigung zur Vornahme tatsächlicher Handlungen, angesehen.⁶⁹

In Anbetracht der Eilbedürftigkeit des Betreuerhandelns dürfte eine aufgeschobene Wirksamkeit der Genehmigung nach § 1904 BGB vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt worden sein, sodass die Genehmigung zur Einwilligung in ärztliche Maßnahmen nach § 1904 BGB nicht als Beschluss zur Genehmigung eines Rechtsgeschäfts mit aufgeschobener Wirksamkeit zu behandeln ist.

Das FamFG setzt mit der **aufgeschobenen Wirksamkeit** aller rechtsgeschäftlichen Genehmigungsgeschäfte, die sämtlich vom Rechtspfleger in Betreuungssachen getroffen werden, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Januar 2000 um.⁷⁰

Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts sind die Regelungen in §§ 62, 55 FGG mit Art. 19 Absatz 4 GG insoweit unvereinbar, als den in ihren Rechten Betroffenen jede Möglichkeit verwehrt wird, Entscheidungen des Rechtspflegers der Prüfung durch den Richter zu unterziehen.

⁶⁰ § 274 Abs. 4 Ziff. 1 E

⁶¹ § 303 Abs. 2 E

⁶² § 34 FGG, § 13 Abs. 2 E

⁶³ § 7 Abs. 4, 5 E

⁶⁴ § 69 a Abs. 3 FGG, § 287 E

⁶⁵ 69a Abs. 3 Satz 2 und 3 FGG, § 287 Abs. 2 E

⁶⁶ § 40 Abs. 2 E

⁶⁷ § 69 d, § 299 E

⁶⁸ §§ 297 Abs. 7, 324 E

⁶⁹ BGHZ 29, 33 = NJW 1959, 811

⁷⁰ BVerfG NJW 2000, 1709

Nach bisherigem Recht⁷¹ kann die Erteilung oder Verweigerung einer Genehmigung für ein Rechtsgeschäft, das nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts wirksam wird, vom Beschwerdegericht nicht mehr geändert werden, wenn die Genehmigung oder Verweigerung des Rechtsgeschäfts einem Dritten gegenüber wirksam geworden ist. Die Entscheidung wird dem Dritten gegenüber wirksam, wenn der Betreuer von der Genehmigung Gebrauch macht, also dem anderen Vertragsteil die Genehmigung/Verweigerung mitteilt (§§ 1829 bis 1831 BGB). Ist die Genehmigung v o r Vertragsschluss erteilt, wird die Genehmigung auch ohne Mitteilung bereits mit Vornahme des Rechtsgeschäfts unabänderbar.⁷²

Die Möglichkeit gegen Entscheidungen des Rechtspflegers den Richter anzurufen ist zwar regelmäßig durch § 11 Abs.2 RPfLG eröffnet bei nicht anfechtbaren Entscheidungen. Im Anwendungsbereich des § 55 FGG ist diese Möglichkeit jedoch ab dem Zeitpunkt, in dem die Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung einem Dritten gegenüber wirksam geworden ist, abgeschnitten.⁷³ Das kann zur Folge haben, dass eine richterliche Überprüfung der Rechtspflegerentscheidung faktisch nicht möglich ist, da **die Beschwerde gegen eine solche Endentscheidung vom Beschwerdegericht ohne Sachprüfung als unzulässig zu verwerfen wäre.**⁷⁴

Da auch eine nach § 55 unabänderbar gewordene Entscheidung des Rechtspflegers (bspw. die dem Vermieter vom Betreuer mitgeteilte Genehmigung zur Kündigung der Wohnung nach § 1907 BGB) nicht mehr auf Beschwerde geändert werden kann, ist der Rechtspfleger verpflichtet worden, seine beabsichtigte Entscheidung durch einen **beschwerdefähigen Vorbescheid** anzukündigen, wenn sie Rechte Dritter (z. B. des vom Betreuer vertretenen Betroffenen) berührt, um eine richterliche Prüfung zu ermöglichen. Soweit dieser Dritte unbekannt bzw. unbekanntes Aufenthalts (bspw. bei Nachlasspflegschaft oder Abwesenheitspflegschaft) oder verfahrensunfähig ist (Minderjährige, geschäftsunfähiger Betreuer), ist ihm ein Verfahrenspfleger zu bestellen, der dessen Beschwerderecht ausüben kann. Wurde der zunächst erteilte Vorbescheid nicht angefochten, erteilt das angerufene Gericht die Genehmigung, die dann nicht mehr angegriffen werden kann (§§ 55, 62, 63 FGG). Dieses System hat den Vorteil, dass sich rechtliche Einwände nur gegen den Vorbescheid richten können, nicht aber gegen die Genehmigung selbst.

Die Genehmigung bleibt in jedem Fall wirksam, so dass sich der Rechtsverkehr auf den Bestand des genehmigten Rechtsgeschäfts nach bisherigem Recht verlassen konnte.

Die nun in den §§ 40 und 41 FamFG vorgesehene Regelung bietet diesen Verkehrsschutz nicht. Nach § 40 Abs. 2 FamFG wird ein Beschluss, der die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts betrifft, erst mit **Rechtskraft wirksam**. Da ein solcher Beschluss jedoch gemäß **§ 41 Abs. 1 i.V.m. §§ 7 und 8 FamFG** allgemein **den Beteiligten** bekannt zu geben ist, also allen in diesem Genehmigungsverfahren formellen und materiell Beteiligten, und die **Rechtskraft** also **Wirksamkeit** des Beschlusses nur im Verhältnis zu den **bestimmten** Beteiligten eintritt (relative Wirkung), besteht die Gefahr, dass der Kreis der Beteiligten vom Gericht verkannt wird und bei **mangelhafter Bekanntgabe** an die Beteiligten weder Rechtskraft noch Wirksamkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung eintritt.

⁷¹ § 55 FGG

⁷² BayObLG Rpfleger 1991, 457.

⁷³ § 11 Abs. 3 RPfLG

⁷⁴ BayObLG Rpfleger 1991, 457

Die Folgen können für den Rechtsverkehr erheblich sein, wenn dadurch das genehmigte Rechtsgeschäft trotz Mitteilung einer vermeintlich wirksamen Genehmigung durch den Vormund/Betreuer tatsächlich **unwirksam** bleibt.

Ferner ist der Staat größeren Haftungsrisiken ausgesetzt, wenn in diesen Fällen Rechtskraftzeugnisse nach § 46 FamFG ausgestellt werden.

Nach § 63 Abs. 3 E beginnt die Frist mit der **schriftlichen** Bekanntgabe des Beschlusses, **spätestens** nach Ablauf von **fünf Monaten** nach Erlass des Beschlusses, sodass die Rechtswirksamkeit bei falscher Bekanntgabe frühestens nach Ablauf von **fünf Monaten** und **zwei Wochen** nach **Erlass** des Genehmigungsbeschlusses eintritt.

Bis zu diesem Zeitpunkt wird die Genehmigung also mangels Rechtskraft nicht wirksam. Erkennt das Gericht dies nicht und erteilt auch noch ein Rechtskraftzeugnis, so wird der gesetzliche Vertreter die Genehmigung dem Geschäftspartner mitteilen. Diese Mitteilung löst aber nur scheinbar die Wirkung des § 1829 Abs. 1 S. 2 BGB aus, weil eine noch nicht rechtskräftige und daher noch nicht wirksame Genehmigungsentscheidung mitgeteilt wurde.

Führt nun ein Beteiligter, dem der Genehmigungsbeschluss nicht bekannt gegeben wurde und der durch die Entscheidung in seinen Rechten beeinträchtigt wird, erfolgreich ein Rechtsmittelverfahren durch, wird die Genehmigungsentscheidung aufgehoben, obwohl Geschäftspartner, gesetzlicher Vertreter und alle anderen Beteiligten auf den Bestand der ursprünglichen Genehmigungsentscheidung und damit auf den Bestand des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts vertraut haben.

Materiell rechtlich kann der Vertragspartner das Rechtsgeschäft auch dann noch unverzüglich zurückweisen, wenn der Betreuer die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung vorlegt, die keinen Rechtskraftvermerk beinhaltet.⁷⁵

Denn nur in diesem Fall wird eine **wirksame** Genehmigung vorgelegt. Deshalb wird auch in § 1829 Abs. 2 BGB E der Fristlauf zur Mitteilung der nachträglich erteilten Genehmigung nach Aufforderung des anderen Teils an die in § 40 Abs. 2 Satz 3 FamFG vorgesehene Wirksamkeitsvoraussetzung der Rechtskraft angepasst und die bisherige **zweiwöchige Frist** zur Mitteilung der Genehmigung, die ohne Rechtskraft des Beschlusses selbst nicht wirksam ist, auf **vier Wochen** verlängert.⁷⁶

16. Prüfschema für vormundschaftsgerichtliche Genehmigung

16.1. Wer ist Beteiligter in dem Genehmigungsverfahren?

Beteiligt ist

der **Betreuer**, der die Genehmigung beantragt,⁷⁷
 der **Betroffene**, für den das Rechtsgeschäft genehmigt wird,⁷⁸ sowie dessen Bevollmächtigter⁷⁹,
 der **Verfahrenspfleger**, wenn er bestellt ist.⁸⁰

Die Betreuungsbehörde und die Angehörigen (Idealbeteiligte) können nicht beteiligt werden, da diese nur in den sogenann-

⁷⁵ § 45 E

⁷⁶ Art.50 Ziffer 38 FGG-RG

⁷⁷ § 40 Abs. 1, 274 Abs. 1 Ziff.2 E

⁷⁸ §§ 41 Abs. 3, 274 Abs. 1 Ziff.1 E

⁷⁹ § 10 E

⁸⁰ §§ 274 Abs.2, 276 E

ten Statusentscheidungen beteiligt sind, wozu die Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nicht gehört.⁸¹

Wird die Genehmigung antragsgemäß dem Betreuer erteilt, ist dieser in eigenem Namen nicht beschwerdeberechtigt, weil er in seiner materiellen Rechtsstellung nicht betroffen ist.⁸² Allerdings könnte er im Namen des Betreuten Beschwerde einlegen.⁸³

16.2. Inhalt des Genehmigungsbeschlusses

Aufzuführen sind im Genehmigungsbeschluss:

- Beteiligte und deren Bevollmächtigte § 38 Abs. 2 Ziff. E,
- Bezeichnung des Gerichts und der Name der Gerichtsperson, § 38 Abs. 2 Ziff 2 E,
- Beschlussformel, § 38 Abs. 2 Ziff. 3 E,
- Beschlussbegründung, § 38 Abs. 3 i.V.m. Abs. 5 Ziff.3,
Vermerk, dass
- **der Beschluss erst mit Rechtskraft wirksam ist,** § 40 Abs. 2 Satz 2 E,
- gegen den Beschluss die sofortige Beschwerde binnen einer Notfrist von zwei Wochen statthaft ist, § 39, 40 Abs. 2 Satz 3 E.
- Unterschrift, § 38 Abs. 3 Satz 2 E

16.3. Bekanntgabe des Genehmigungsbeschluss

Der Genehmigungsbeschluss ist allen Beteiligten **bekannt** zu geben.⁸⁴ Widerspricht der Beschluss dem erklärten Willen eines Beteiligten, ist dem Widersprechenden der Beschluss zwingend **zuzustellen**.⁸⁵

16.4. Muster eines Genehmigungsbeschlusses

5 VG 134/2010

Notariat Stuttgart-Betreuungsgericht-
Eberhardstraße 35
70173 Stuttgart

I. Beschluss vom 23. Januar 2010

Mitwirkend: Notar Sorg als Betreuungsrichter

In der Betreuungssache Maria Maier, geb.am 18.02.1921,

mit den Beteiligten:

Maria Maier , Pflegeheim Sonnenglück, Marienstraße 12,
70178 Stuttgart – Betroffene -
Rechtsanwalt Fleißig, Sonnenstraße 12,
70178 Stuttgart –Verfahrenspfleger-
Hans Müller, Regenbogenweg 112, 70178 Stuttgart –Betreuer-

⁸¹ § 274 Abs. 3 und 4 E

⁸² § 59 Abs. 1 E

⁸³ § 303 Abs. 4 E

⁸⁴ § 41 Abs. 1,3 E

⁸⁵ § 41 Abs. 1 Satz 2 E

wird dem Betreuer aufgrund seines Antrags vom 09. Januar 2010 die

Genehmigung

zur Kündigung des Mietverhältnisses der Betroffenen für deren Wohnung Blumenweg 12 in Stuttgart erteilt.

Dieser Beschluss wird erst mit Rechtskraft wirksam.

Gründe:

Die Betroffene ist aufgrund eines am 15.11.2009 erlittenen Schlaganfalls nicht mehr in der Lage ...

Die Betroffene sprach sich bei der persönlichen Anhörung am 22.01.2010 gegen die Kündigung ihrer Wohnung aus ...

Eine sinnvolle Verständigung über die Frage der Kündigung und Auflösung der Wohnung war jedoch mit der Betroffenen nicht möglich, da die Betroffene hierzu keinen freien Willen äußern und deshalb ihre Situation krankheitsbedingt nicht realistisch einschätzen kann.

Der Verfahrenspfleger ist dem Antrag des Betreuers auf Kündigung nicht entgegengetreten.

Diese Beurteilung ergibt sich aus dem Antrag des Betreuers vom 09.01.2010, der ärztlichen Stellungnahme des Heimarztes Dr. Glaser vom 05. Januar 2010 und der persönlichen Anhörung der Betroffenen am 22.01.2010 durch den Betreuungsrichter und der Stellungnahme des Verfahrenspflegers vom 21.01.2010.

Rechtsmittelbelehrung:⁸⁶

Gegen diesen Beschluss findet das Rechtsmittel der befristeten Beschwerde statt.

Die Beschwerde ist binnen einer Frist von **zwei Wochen** einzulegen. Die Frist beginnt mit der schriftlichen Bekanntgabe an die Beteiligten. Die Beschwerde ist beim Notariat -Betreuungsgericht-Stuttgart, Eberhardstraße 35, 70173 Stuttgart, einzulegen. Die Beschwerde wird durch Einreichung einer Beschwerdeschrift oder zur Niederschrift der Geschäftsstelle eingelegt. Die Beschwerde muss die Bezeichnung des angefochtenen Beschlusses sowie die Erklärung enthalten, dass Beschwerde gegen diesen Beschluss eingelegt wird. Sie ist von dem Beschwerdeführer oder seinem Bevollmächtigten zu unterzeichnen. Die Beschwerde soll begründet werden.

Notar
(Sorg)

II. Verfügung:

Beschlußausfertigung an

- a) Betroffene – mit Zustellungsurkunde -
- b) Betreuer – mit Zustellungsurkunde -
- c) Verfahrenspfleger – gegen Empfangsbekanntnis -

⁸⁶ Zur Wirkung der fehlenden oder fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung siehe vorst. Kap.13.2

Der Beschluss ist

- () d. Betroffenen zustellt worden am : *ZU/EB/AzP
Blatt.....
- () d. Verfahrenspfleger zugestellt worden am: ZU/EB/AzP
Blatt.....
- () d. Betreuer zugestellt worden am : ZU/EB/AzP
Blatt.....

*Zustellungsurkunde/Empfangsbekanntnis/Aufgabe zur Post

Ablauf der Beschwerdefrist **zwei Wochen** nach Bekanntgabe an alle Beteiligten.

Der Beschluss ist rechtskräftig (wirksam) seit:

Vermerk der Rechtskraft auf Urschrift des Beschlusses

Beschlussausfertigung mit Rechtskraftvermerk (auf Antrag) erteilt an:

- () Betreuer () Betroffenen () Verfahrenspfleger am:

Urkuftsbeamter/in der Geschäftsstelle

17. Näheres über Bekanntgabe, Zustellung und formlose Mitteilung

17.1. Definition Bekanntgabe

§ 15 E Bekanntgabe, formlose Mitteilung

(1) *Dokumente, in denen eine Frist bestimmt ist oder die den Lauf einer Frist auslösen, sind **den Beteiligten bekannt** zu geben.*

(2) *Die **Bekanntgabe** erfolgt durch die **Zustellungen** nach §§ 166 bis 195 der Zivilprozessordnung **oder Übermittlung durch Erbringer von Postdienstleistungen.***

*In diesem Fall gilt die Bekanntgabe mit dem dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als bewirkt, es sei denn, das Dokument ist nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen. Im Zweifel hat **das Gericht** den Zugang des Dokuments und den Zeitpunkt des Zugangs nachzuweisen. § 167 der Zivilprozessordnung gilt entsprechend.*

(3) *Ist eine Bekanntgabe nicht geboten, können Dokumente den Beteiligten formlos mitgeteilt werden.*

§ 41 Bekanntgabe des Beschlusses

(1) *Der **Beschluss** ist den Beteiligten **bekannt** zu geben (§ 15). Er ist demjenigen zuzustellen, dessen erklärtem Willen er nicht entspricht.*

(2) ***Anwesenden** kann der Beschluss auch durch Vorlesen der **Entscheidungsformel** bekannt gegeben werden (d.h. die Entscheidungsgründe brauchen nicht vorgelesen zu werden). Dies ist in den Akten zu vermerken. Der (vollständige) Beschluss ist auch im Fall des Satzes 1 **schriftlich** bekannt zu geben.*

(3) *Ein Beschluss, der die **Genehmigung** eines Rechtsgeschäfts zum Gegenstand hat, ist **auch** demjenigen, für den das Rechtsgeschäft genehmigt wird, bekannt zu geben.*

Die Vorschrift Abs. 1 über die **Bekanntgabe** von Beschlüssen bestimmt, dass eine Bekanntgabe des Beschlusses nach den allgemeinen Vorschriften über die Bekanntgabe von Dokumenten gemäß **§ 15 Abs. 2 E** erfolgt.

Das Gericht kann also bei der **Bekanntgabe** grundsätzlich nach freiem Ermessen zwischen **förmlicher Zustellung** nach der Zivilprozessordnung und der **Aufgabe zur Post** wählen.

Dieses Ermessen schränkt **Satz 2** wiederum ein. Die Vorschrift bestimmt, dass ein **anfechtbarer** Beschluss demjenigen nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung **zuzustellen** ist, dessen erklärtem Willen der Beschluss nicht entspricht.

Die Vorschrift schränkt das nach geltendem Recht gemäß § 16 Abs. 2 FGG bestehende Erfordernis, alle Beschlüsse, durch die eine Frist in Lauf gesetzt wird, **förmlich zuzustellen** ein, um Verfahrensaufwand zu reduzieren.

Eine **formlose Mitteilung** ist jedoch für einen **anfechtbaren Beschluss** künftig nicht mehr möglich, weil erst mit der **schriftlichen Bekanntgabe** des Beschlusses der Lauf der **Rechtsmittelfrist** beginnt (§ 63 Abs. 3 E).

§ 41 Absatz 3 E bestimmt, dass Beschlüsse, die die **Genehmigung** eines Rechtsgeschäfts zum Gegenstand haben, **auch** demjenigen **selbst** bekannt zu geben sind, für den das Rechtsgeschäft genehmigt werden soll, also dem Betroffenen. Diese Vorschrift trägt ebenso wie § 40 Abs. 2 der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Januar 2000 (Rechtspflegerentscheidung BVerfGE 101, 397, 407) Rechnung. Hiernach muss dem Betroffenen die Möglichkeit eingeräumt werden, bei einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort zu kommen (BVerfGE 101, 397, 405).

Der allgemeine Grundsatz in § 9 E, dass nur derjenige verfahrensfähig ist, der nicht geschäftsunfähig ist, wird durch § 275 E im Betreuungsverfahren durchbrochen. Danach ist der Betroffene ohne Rücksicht auf seine Geschäftsfähigkeit verfahrensfähig und stets selbst – falls dies faktisch nicht möglich ist – über einen Verfahrenspfleger zu beteiligen.

Anders als in anderen Verfahren kann die **Gewährung rechtlichen Gehörs** bei der Genehmigung eines Rechtsgeschäfts nicht durch den **gesetzlichen Vertreter** des durch die Entscheidung in seinen Rechten Betroffenen wahrgenommen werden. Deshalb bringt die Zustellung an den Betreuer als gesetzlicher Vertreter des Betroffenen nicht die Wirkung der Bekanntgabe oder der Zustellung gegenüber dem Betroffenen. Denn das rechtliche Gehör kann nicht durch denjenigen vermittelt werden, dessen Handeln im Genehmigungsverfahren überprüft werden soll (BVerfGE 101, 397, 406, in dieser Entscheidung der handelnde Nachlasspfleger).

Mit der Vorschrift des § 275 Absatz 3 wird also gewährleistet, dass der Betroffene als Rechtsinhaber selbst von der Entscheidung frühzeitig Kenntnis erlangt. Hierdurch wird der Abwicklung des Rechtsgeschäfts ohne Einbeziehung des Rechtsinhabers selbst entgegengewirkt.

Es wird sichergestellt, dass er selbst fristgerecht Rechtsmittel einlegen **sowie einen etwaigen Rechtsmittelverzicht** (durch seinen Verfahrenspfleger) zügig widerrufen kann. Durch das Wort „auch“ wird klargestellt, dass die Bekanntgabe an denjenigen, für den das Rechtsgeschäft genehmigt werden soll, **neben** die nach Absatz 1 tritt. Hierdurch werden gleichzeitig Widersprüche zu § 1828 BGB, nach welchem das Gericht die Genehmigung nur gegenüber dem Vormund erklären kann, vermieden.

17.2. Definition Zustellung

Eine Zustellung ist die Bekanntgabe eines Schriftstücks an eine Person in der in diesem Titel bestimmten **Form**.⁸⁷

Die Beurkundung der Zustellung ist also nicht notwendiger konstitutiver Bestandteil, sondern dient nur dem **Nachweis** der **Zustellung** und ihres **Zeitpunkts**. Der Zustellungs-urkunde kommt Beweiskraft als **öffentlicher** Urkunde zu (§ 182 Abs. 1 Satz 2 ZPO).

Die **Geschäftsstelle** führt die Zustellung aus (§ 168 Abs. 1 ZPO). Die Aufgaben der Geschäftsstelle nimmt der **Urkundsbeamte** wahr (§ 153 GVG) in eigener Verantwortung. Er veranlasst die Zustellung und überwacht die Durchführung.

Form des Beschlusses, also Ausfertigung oder begl. Abschrift.

Zur Form fehlt eine ausdrückliche Bestimmung, sodass sowohl eine Ausfertigung als auch eine begl. Abschrift gestellt werden kann (§ 169 Abs. 2 ZPO).

Die Geschäftsstelle kann dem Adressaten das zuzustellende Schriftstück an der Amtsstelle **aushändigen** (§ 173 ZPO) oder gegen **Empfangsbekennnis** oder **Einschreiben mit Rückschein** übermitteln (§§ 174, 175 ZPO). Mit der Ausführung der Zustellung kann die Geschäftsstelle aber auch beauftragen (S.2) **die Post** mittels einer Postzustellungs-urkunde oder einen **Justizbediensteten**. Verspricht diese Zustellungsart keinen Erfolg, kann auch ein Gerichtsvollzieher mit der Ausführung der Zustellung beauftragt werden (§§ 168 Abs.2, 177-181 ZPO).

An den **rechtsgeschäftlich** bestellten Vertreter kann mit gleicher Wirkung wie an den Vertretenen zugestellt werden (§ 171 ZPO). Vollmacht zur Empfangnahme von Postsendungen genügt bei Zustellung durch die Post und durch Einschreiben mit Rückschein. Der Vertreter muss die schriftliche Vollmacht demjenigen, der die Zustellung ausführt, vorlegen. In einem anhängigen Verfahren hat die Zustellung an den **bestellten** Verfahrensbevollmächtigten (§ 10 E) zu erfolgen, § 172 ZPO.

17.2.1. Aushändigung an der Amtsstelle

Die Zustellung an der Amtsstelle (§ 173 ZPO) setzt Annahmehereitschaft des Adressaten voraus. Bei Verweigerung ist keine Zustellung erfolgt.

Die Übergabe des Schriftstücks kann nicht nur in der Amtsstelle, sondern auch an jedem anderen Ort erfolgen, an dem gerichtliche Tätigkeit ausgeübt wird, z.B. im Krankenhaus, Altenheim, Wohnung, also überall, wo ein Lokaltermin (§ 219 ZPO) stattfinden kann. Die Aushändigung kann auch durch den Richter erfolgen und die Aufnahme in das gerichtliche Protokoll ersetzt den sonst vorgesehenen Vermerk der Übergabe.

17.2.2. Zustellung gegen Empfangsbekennnis

Für bestimmte Berufsgruppen, beispielhaft in § 174 Abs. 1 ZPO genannt, Anwälte, Notare, Gerichtsvollzieher und Steuerberater und sonstige Personen, bei denen aufgrund ihres Berufes von einer erhöhten Zuverlässigkeit ausgegangen werden kann.

Ist gegen Empfangsbekennnis zugestellt worden, obwohl die Zulässigkeitsvoraussetzung nicht erfüllt ist, tritt Heilung gem. § 189 ZPO ein. Das Gesetz sieht die Form des Empfangsbekennnisses nicht vor. Bei den in § 174 Abs. 1 ZPO genannten Berufsgruppen kann die Zustellung auch durch Telekopie (Telefax) erfolgen, wobei entweder ein Vorblatt

beizufügen ist, welches den deutlichen Hinweis „Zustellung gegen Empfangsbekennnis“ enthält und die absendende Stelle, den Namen und die Anschrift des Zustellungsadressaten sowie den Namen des Justizbediensteten erkennen lässt oder diese Angaben direkt auf das zu übermittelnde Schriftstück zu setzen sind.

Die Zustellung gilt als bewirkt, wenn der Adressat mit Datum und Unterschrift bestätigt, dass ihm das Schriftstück oder das als Telekopie übermittelte Schriftstück erhalten hat. Das Empfangsbekennnis ist schriftlich oder als Telefax der Geschäftsstelle zu übersenden.

17.2.3. Zustellung durch Einschreiben mit Rückschein

Wird per **Einschreiben mit Rückschein** (§ 175 ZPO) versandt, so erhält der Absender eine Empfangsbestätigung mit der Original-Unterschrift des Empfangenden, den Rückschein, der keine öffentliche Urkunde darstellt, sodass die Beweiskraft sich nach § 416 ZPO richtet. Durch ein Einschreiben kann aber nur bewiesen werden, dass ein Kuvert mit einem Schriftstück versandt wurde sowie wann es beim Empfänger ankam, welches Schriftstück das Kuvert enthielt, kann damit nicht bewiesen werden. Das schränkt den Beweiswert eines Einschreibens stark ein. Insbesondere ist niemand verpflichtet ein Einschreiben anzunehmen oder ein hinterlegtes abzuholen. Die Aushändigung des Einschreibens mit Rückschein kann auch an einen Ersatzempfänger erfolgen, es sei denn, die Leistungsart „Eigenhändig“ wird gewählt. Erfolgt eine Unterzeichnung des Rückscheins nicht, geht das Einschreiben nach einer Woche wieder an den Absender zurück und die Zustellung ist gescheitert.

Die Leistungsart „Einwurfeinschreiben“ kommt grundsätzlich nicht in Betracht, da sie keine Übergabe und keinen Nachweis durch Rückschein vorsieht.

17.2.4. Zustellung mit Zustellungsurkunde

Die Geschäftsstelle übergibt dem Zustellungsorgan (Post, Justizbediensteter, Gerichtsvollzieher) das zuzustellende Schriftstück in einem verschlossenen Umschlag und den vorbereiteten Vordruck einer Zustellungsurkunde (§ 176 Abs. 1 ZPO). Die Briefumschläge, nämlich innerer Umschlag und äußerer Umschlag (Auftrag), und der Vordruck einer Zustellungsurkunde müssen den amtlich vorgesehenen Vordrucken entsprechen (§190 ZPO). Die mit der Zustellung beauftragte Post handelt insoweit als beliebiger Unternehmer hoheitlich (§ 33 PostG).

Die Zustellung kann grundsätzlich an jedem Ort erfolgen, an dem die Person angetroffen wird, der zugestellt werden soll (§ 177 ZPO).

• § 178 ZPO: Ersatzzustellung in der Wohnung, in Geschäftsräumen und Einrichtungen:

Wird die Person, der zugestellt werden soll, in der Wohnung, in dem Geschäftsraum oder in einer Gemeinschaftseinrichtung, in der sie wohnt, nicht angetroffen, kann das Schriftstück zugestellt werden

an

- (1.) in der Wohnung einer in der Familie beschäftigten Person oder einem erwachsenen ständigen Mitbewohner.
- (2.) in Geschäftsräumen einer dort beschäftigten Person;

⁸⁷ siehe Hornung, Rpfleger 2002 Heft 10

- (3.) in Gemeinschaftseinrichtungen dem Leiter der Einrichtung oder einem dazu ermächtigten Vertreter.

- **Zustellung bei verweigerter Annahme, § 179 ZPO:**

Wird die Annahme des zuzustellenden Schriftstücks unberechtigt verweigert, so ist das Schriftstück in der Wohnung oder in dem Geschäftsraum zurückzulassen. Mit der Annahmeverweigerung gilt das Schriftstück als zugestellt.

- **§ 180 ZPO : Ersatzzustellung d. Einlegung in Briefkasten:**

Ist die Zustellung nach § 178 Abs.1 Nr.1 ZPO (*an erwachsene Familienangehörige, etc.*) oder Nr.2 (*in Geschäftsräumen beschäftigte Person*) nicht ausführbar, kann das Schriftstück in einen zu der Wohnung oder dem Geschäftsraum gehörenden Briefkasten oder in eine ähnliche Vorrichtung eingelegt werden, die der Adressat für den Postempfang eingerichtet hat und die in der allgemein üblichen Art für eine sichere Aufbewahrung geeignet ist. Mit der Einlegung gilt das Schriftstück als zugestellt.

- **§ 181 ZPO : Ersatzzustellung durch Niederlegung:**

Ist die Zustellung nach § 178 Abs. 1 Nr.3 ZPO (*Leiter einer Einrichtung etc.*) oder § 180 ZPO (*Einlegung in den Briefkasten*) nicht ausführbar, kann das zuzustellende Schriftstück auf der Geschäftsstelle des Amtsgerichts, ggf. bei einer von der Post dafür bestimmten Stelle, niedergelegt werden. Über die Niederlegung ist eine schriftliche Mitteilung zu machen, die in der bei Briefen üblichen Weise abzugeben ist, bzw. wenn das nicht möglich ist, an der Tür der Wohnung etc. anzuhängen(!) ist. Das Schriftstück gilt mit der Abgabe der schriftlichen Mitteilung als zugestellt.

17.2.5. Zustellungsmängel und Heilungsmöglichkeiten

Zustellungsmängel führen allgemein nicht zur Rechtswidrigkeit der gerichtlichen Entscheidung, sondern führen nur dazu, dass Beschwerdefristen nicht beginnen zu laufen.

Generell bezieht sich die Heilungsmöglichkeit nur darauf, dass sich die formgerechte Zustellung nicht nachweisen lässt oder das Schreiben unter Verletzung zwingender Zustellungsvorschriften zugegangen ist (§ 189 ZPO). Geheilt werden also Fehler bei der Übergabe, nicht die gänzliche Unwirksamkeit der Zustellung.

17.2.6. Keine Wirksamkeit bei mangelnder Bekanntgabe

Nach 41 Abs. 1 i.V.m. §§ 7 und 8 E 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 E ist ein Beschluss, der die **Genehmigung** eines **Rechtsgeschäfts** zum Gegenstand hat, **auch** demjenigen, für den das Rechtsgeschäft genehmigt wird, bekannt zu geben, also dem Betroffenen selbst. Widerspricht dieser dem abzuschließenden Rechtsgeschäft, für das die Genehmigung beantragt ist, ist ihm der Genehmigungsbeschluss **zuzustellen**, § 41 Abs. 1 E.

Nach § 40 Abs. 2 FamFG wird ein Beschluss, der die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts betrifft, erst mit **Rechtskraft wirksam**. Nach § 45 E tritt die Rechtskraft eines Beschlusses

nicht ein, bevor die Frist für die Einlegung des zulässigen Rechtsmittels abgelaufen ist. Die Beschwerdefrist beginnt erst mit der schriftlichen Bekanntgabe des Beschlusses, spätestens mit Ablauf von **fünf Monaten** nach Erlass des Beschlusses.

Wird nun nicht ordnungsgemäß bekannt gegeben bzw. ggf. zugestellt, wird der Genehmigungsbeschluss mangels **Rechtskraft nicht wirksam**.

Die Folge ist, dass dadurch das genehmigte Rechtsgeschäft trotz Mitteilung einer vermeintlich wirksamen Genehmigung durch den Betreuer tatsächlich schwebend **unwirksam** bleibt, bzw. erst nach Ablauf von fünf Monaten und zwei Wochen nach Erlass des Beschlusses endgültig wirksam wird. Solange könnte noch bspw. der Betroffene oder dessen Erben, letztere, soweit die Verletzung eines übertragbaren Vermögensrechts geltend gemacht wird,⁸⁸ die erteilte Genehmigung anfechten, sodass das Rechtsgeschäft bei Erfolg rückwirkend von Anfang an unwirksam ist.

Ferner ist der Staat größeren Haftungsrisiken ausgesetzt, wenn in diesen Fällen Rechtskraftzeugnisse nach § 46 E ausgestellt werden.

18. Möglichkeit Rechtsmittelverzicht ?

Ist den Beteiligten an einer möglichst schnellen Rechtskraft der Entscheidung gelegen, so haben sie die Möglichkeit, durch einen **Rechtsmittelverzicht**⁸⁹ **nach Bekanntgabe** des Beschlusses, die auch mündlich nach § 41 Abs. 2 E erfolgen kann, die umgehende Wirksamkeit der Entscheidung herbeizuführen. Dieser Verzicht müsste von allen beschwerdeberechtigten Beteiligten erklärt werden, siehe Kap.25.2 und Kap 25.7.

Zur Vermeidung von Anfechtungsmöglichkeiten wird man in der Praxis die Vierzehn-Tagesfrist nach schriftlicher Bekanntgabe an alle Beteiligten abwarten.

19. Rechtskraftzeugnis

Die **formelle Rechtskraft** tritt ein, wenn eine Entscheidung mit Rechtsmitteln nicht mehr angefochten werden kann. Entscheidungen, die der **sofortigen Beschwerde** unterliegen, werden **formell rechtskräftig** mit dem ungenutzten Ablauf der Beschwerdefrist oder nach Durchlaufen des Rechtsmittelverfahrens. Der Eintritt der Rechtskraft wird dadurch gehemmt, dass die sofortige Beschwerde rechtzeitig innerhalb der Beschwerdefrist eingelegt wird (§ 45 E).

20. Materielle Änderungen im Betreuungsrecht

20.1. Genehmigungsfreie Verfügung über Girokonten des Betreuten

Das Bundeskabinett hat am 20.08.2008 den Gesetzentwurf zur Reform des ehelichen Güterrechts beschlossen, der auch Veränderungen im Bereich des Betreuungsrechts enthält.⁹⁰

Hierbei geht es um die Änderung des **§ 1813 BGB**.

Die in § 1806 BGB 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

⁸⁸ BayObLG, Beschluss vom 28.05.1997, 3Z BR 49/97; BtPrax 1997, 199

⁸⁹ § 67 Abs.1 E

⁹⁰ Bundesrat Drucksache 635/08 vom 29.08.08

in einer Vielzahl von Fällen nicht prüfen kann, woher das angelegte Geld gekommen ist, bspw. bei Überweisungen.

Für den Notar/Rechtspfleger ist diese Vorschrift (§ 1813 Abs. 1 Nr. 3 BGB) gefährlich, weil es auch in der Rechtsprechung nicht klar ist, ob diese Gelder tatsächlich nur Verfügungsgelder betreffen und nicht auch die Anlagegelder, denn woher will die Bank wissen, ob die vom Betreuer angelegten Gelder nun Anlage- oder Verfügungsgelder sind. Vom Wortlaut des § 1813 Abs. 1 Nr. 3 sind alle Arten von Geldern umfasst.

Beispiel:

Der Betreuer/Nachlasspfleger beantragt die Kündigung der Kontoverbindungen des Betreuten/Erblässers und die Genehmigung zur Anlegung sämtlicher Gelder bei der X-Bank. Der Notar/Rechtspfleger übersieht die sinnvolle Auflage, dass die neue Anlage nach § 1809 BGB gesperrt anzulegen ist.

Bei vollständiger Befreiung des Girokontoverkehrs würde künftig der Betreuer/Nachlasspfleger die Überweisung auf ein neu angelegtes Girokonto bei der X-Bank beantragen.

Wird hier das Girokonto nicht mit einem Sperrvermerk versehen, kann das Girokonto ohne Genehmigung des Gerichts künftig auch vom nichtbefreiten Betreuer „abgeräumt“ werden.

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 ist bisher der Betreute vor einem Missbrauch durch den nicht befreiten Betreuer durch die Vorschrift des **§ 1813 Abs. 1 Ziff. 2 BGB** geschützt (3.000 €- Grenze).

Die 3.000 €- Verfügungs-Grenze, die selbstverständlich auch für das Kontokorrent- oder Girokonto gilt, ist somit aus der Sicht des Nachlass/Betreuungsgerichts, das ja die **Interessen der Erben bzw. des Betroffenen** zu beachten hat, eine ideale Sicherheit, damit ein Missbrauch über Mündelgeld verhindert werden kann.

Der Gesetzgeber hat durch die Vorschriften über den befreiten Betreuer die Missbrauchsmöglichkeit über Mündelvermögen bereits wesentlich erhöht.

§ 1812 BGB gilt nicht bei dem **befreiten** Betreuer, §§ 1908 i Abs. 2, 1857 a, 1852 Abs. 2 BGB, sodass für den Fall, dass das Betreuungsgericht die Befreiung des Ehepartners, Abkömmlings, Vereins- oder Behördenbetreuers nicht aufgehoben hat, die uneingeschränkte Verfügungsberechtigung über alle Gelder des Betreuten durch den privilegierten Betreuerkreis bereits nach jetzigem Recht uneingeschränkt möglich ist.

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

Als Alternative wäre eine Lösung denkbar gewesen, die auf eine Erhöhung des in § 1813 Abs. 1 Ziffer 3 genannten Betrags hinausläuft.

§ 1813 Abs. 1 Ziffer 3 :

wenn der Anspruch das Guthaben auf einem Giro- oder Kontokorrentkonto zum Gegenstand hat und der Guthabenstand (bspw. 6.000,00 €) nicht übersteigt.

Diese Begrenzung will jedoch der Gesetzgeber auf Veranlassung der Bankenwirtschaft nicht einbauen.

Mit einer solchen Begrenzung wäre der „normale“ Kontoverkehr ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung durchführbar und der Betreuer/Nachlasspfleger würde aus eigenem Interesse darauf schauen, dass er nur **Verfügungsgelder** auf dem Girokonto hält, wozu er im Verhältnis zum Betreuten und zum Betreuungsgericht/Nachlassgericht auch verpflichtet ist.

Die Missbrauchsmöglichkeit wäre jedenfalls gegenüber einer nicht betragsmäßig beschränkten Verfügungsberechtigung über Girokonten erheblich beschränkt.

Da das Girokonto jedoch ohne betragsmäßige Beschränkung in den Wortlaut des § 1813 Abs. 1 Nr. 3 BGB einbezogen werden soll, liegt in der Tat alleine in der **Aufsicht** des Betreuungsgerichts/Nachlassgerichts die einzige Möglichkeit, zu verhindern, dass der Betreuer/Nachlasspfleger das genehmigungsfreie Girokonto für Zwecke des Missbrauchs verwendet.

In der Praxis würde dies bedeuten:

Strenge Prüfung durch das Betreuungsgericht/Nachlassgericht, dass auf **Girokonten** nur Verfügungsgelder geführt werden. Bei Wertpapierkonten kein Girokonto als **Verrechnungskonto**.

Durch die unbeschränkte Freigabe von Girokonten erfährt die Aufsichtspflicht des künftigen Familiengerichts/Betreuungsgerichts bzw. bei Nachlasspflegschaften bzw. -verwaltungen des Nachlassgerichts 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/Nachlassgericht erlangt zu keinem Zeitpunkt Kenntnis von der Existenz dieser Konten. Aufgrund des bisherigen § 1813 Abs. 1 Nr. 2 BGB braucht der Betreuer ja die Genehmigung des Gerichts zur Verfügung, sodass ihm ein Verschweigen des Kontos im Vermögens-/Nachlassverzeichnis nichts bringt.

Als einziger Schutz müsste bei Anordnung der Betreuung/Nachlasspflegschaft eine **sofortige** Sperrung von Girokonten in den **Bestellungsbeschluss** aufgenommen werden, da der Schutz des § 1813 Abs. 1 Nr. 2 BGB (3.000 Euro-Grenze) wegfallen würde, und das Betreuungsgericht bzw. Nachlassgericht erst mit Einreichung des Vermögens-/Nachlassverzeichnis Kenntnis von den vorhandenen Vermögenswerten erhält.

20.2. Verjährungsreinrede gegen Regress der Landeskasse nach drei Jahren

In dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts⁹¹ ist vorgesehen, den auf die Staatskasse

⁹¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts vom 14. März 2008

übergegangenen Anspruch auf Betreuervergütung nach **drei** Jahren erlöschen zu lassen.

Die Erlöschensfrist für die durch gesetzlichen Forderungsübergang gemäß § 1836e Abs. 1 Satz 1, § 412 BGB auf die Staatskasse übergegangenen Ansprüche des Vormunds gegen den Mündel sowie gemäß der Verweisung in § 1908i Abs. 1 Satz 1 BGB des Betreuers gegen den Betreuten auf Aufwendungsersatz und Vergütung soll ebenfalls an die schuldrechtliche Regelverjährung angepasst werden.

§ 1836e BGB ermöglicht den Regress der Landeskasse, wenn diese für die Aufwendungen oder die Vergütung eines Vormunds, Betreuers oder Pflegers aufgekommen ist und ordnet in diesem Fall einen gesetzlichen Forderungsübergang für den Anspruch des Vormunds gegen den Mündel auf die Staatskasse an. Die Vorschrift gilt gem. § 1908 i Abs. 1 Satz 1 BGB entsprechend für Ansprüche des Betreuers gegen den Betreuten und gemäß § 1915 Abs. 1 Satz 1 BGB für Ansprüche des Pflegers gegen den Pflégling.

Derzeit besteht für den übergegangenen Anspruch gemäß § 1836 e Abs. 1 Satz 2 BGB eine **zehnjährige** Ausschlussfrist, die mit dem Ablauf des Jahres beginnt in dem die Vergütung ausbezahlt wurde. Diese Ausschlussfrist soll auf drei Jahre verkürzt werden, um sie - so die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung - an die dreijährige Regelverjährung anzupassen.

Praxisrelevant sind folgende Fälle:

- Der Betreute erwirbt zu Lebzeiten neues Vermögen, beispielsweise durch eine Erbschaft. Die Landeskasse kann dann gegen den Betreuten selbst den Regress geltend machen.
- Ursprünglich schon vorhandenes Vermögen wird erst nachträglich bekannt. In vielen Fällen zahlt die Staatskasse die Betreuervergütung, ohne dass eine Prüfung der Mittellosigkeit in allen Einzelheiten möglich war. Stellt sich später heraus, dass der Betreute beispielsweise einen Unterhaltsanspruch hatte, kann die Landeskasse in Höhe der Unterhaltsrückstände den Regress geltend machen.
- Der Betreute besitzt nur Gegenstände, die dem Schonvermögen des § 1836c Nr. 2 BGB i.V.m. § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII unterfallen (beispielsweise eine selbst genutzte Immobilie). Wenn der Betreute aus der Immobilie auszieht oder verstirbt, erlischt regelmäßig die Privilegierung als Schonvermögen. Die Landeskasse kann gegen den Betreuten oder seine Erben den Regress geltend machen.

20.3. Verjährungsverkürzung der Betreuerhaftung

Aufgrund des Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts ist weiter vorgesehen, die bisherige Verjährungsfrist von 30 Jahren gegenüber dem Betreuten bzw. seinem Erben von Ansprüchen nach § 1833 BGB auf drei Jahre zu verkürzen; es besteht zudem eine Verjährungshemmung während laufender Betreuung (§§ 197, 207 BGB).

21. Betreuerverpflichtung nur noch bei ehrenamtlichen Anfängern

Der Betreuer wird vom Rechtspfleger⁹² mündlich⁹³ verpflichtet und über seine Aufgaben unterrichtet.⁹⁴ Das gilt nicht für Vereinsbetreuer, Behördenbetreuer, Vereine, die zuständige

⁹² §§ 3 Nr. 2a, 14 Nr. 4 RPfFG

⁹³ § 289 E, KG FamRZ 1994, 1600

⁹⁴ 69b Abs. 1 FGG, § 290 E

Behörde und **künftig** auch nicht mehr für **Berufsbetreuer** und **ehrenamtliche Betreuer**, die mehr als **zwei Betreuungen** führen oder in den letzten zwei Jahren geführt haben.

Nach der Gesetzesbegründung bedarf auch der ehrenamtliche Betreuer aufgrund seiner bisherigen Tätigkeit durch Führung von zwei Betreuungen keiner mündlichen Verpflichtung oder Unterrichtung über seine Aufgaben mehr.

Der Betreuer erhält eine **Bestellungs-Urkunde**.⁹⁵ Sie enthält den Namen, des Betroffenen, den Namen des Betreuers und den Aufgabenkreis sowie beim Einwilligungsvorbehalt den Kreis der bei Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts einwilligungsbedürftigen Willenserklärungen. Den Überprüfungszeitpunkt enthält die Urkunde dagegen nicht. Jedoch hat sie bei einer vorläufigen Betreuung den Zeitpunkt der Beendigung der einstweiligen Anordnung zu enthalten.

22. Verfahrensfähigkeit

Der Betroffene ist verfahrensfähig, auch wenn er geschäftsunfähig ist,⁹⁶ er kann also alle Anträge selbst stellen. Die Anträge können schriftlich eingereicht werden, aber auch bei der Geschäftsstelle des zuständigen Gerichts oder irgendeines Amtsgerichts zu Protokoll erklärt werden.⁹⁷ Er kann auch einen Rechtsanwalt mit der Wahrnehmung seiner Rechte beauftragen. Zur Realisierung dieses Schutzzwecks ist im Falle eines geschäftsunfähigen Betroffenen von einer Teilgeschäftsfähigkeit nach §§ 112, 113 BGB auszugehen mit der Konsequenz, dass sowohl der mit dem Rechtsanwalt geschlossene Geschäftsbesorgungsvertrag als auch die Vollmacht als wirksam anzusehen sind. Allerdings setzt die Erteilung einer Vollmacht eine dem Betroffenen zuzurechnende Willenserklärung voraus (ein subjektives Wollen zur Abgabe einer rechtlich relevanten Erklärung)⁹⁸, nach anderer Entscheidung ist nicht einmal ein natürlicher Wille zu prüfen.⁹⁹

23. Akteneinsicht

Die Einsicht der Gerichtsakten kann jedem insoweit gestattet werden, als er ein berechtigtes Interesse glaubhaft macht.¹⁰⁰ **Verfahrensbeteiligte** haben ohne besondere Glaubhaftmachung eines berechtigten Interesses ein Akteneinsichtsrecht, siehe vorstehend Kapitel 4.3.

Beispiele aus der Rechtsprechung zum bisherigen § 13 FGG:

Akteneinsicht wurde der Tochter versagt, wenn der Betroffene nach amtswegiger Ermittlung und dem Inhalt des eingeholten Sachverständigengutachtens seine Angelegenheiten selbst erledigen kann und ausdrücklich der Akteneinsicht durch seine Tochter widerspricht.¹⁰¹

Teilweise Akteneinsicht für den Sohn, der zum endgültigen Betreuer bestellt werden will bei vorläufiger Betreuung, wenn der Betreute zu einem früheren Zeitpunkt jegliche Auskünfte an diesen Sohn untersagt hat.¹⁰²

Akteneinsichtsrecht des Ehepartners des Betroffenen im Verfahren auf Einschränkung des Aufgabenbereichs des Betreuers des Ehepartners durch erstmalige Bestellung eines

⁹⁵ § 69b Abs. 2 FGG, § 290 E

⁹⁶ § 66 FGG, § 275 E

⁹⁷ § 11 FGG, § 25 E

⁹⁸ BayObLG, NJOZ 2004, 2915, Saarländisches OLG, FGPrax 1999, 108/109

⁹⁹ Schleswig-Holst. OLG, FGPrax 2007, 130

¹⁰⁰ § 34 FGG, § 13 E

¹⁰¹ OLG Frankfurt, NJOZ 2005, 3618

¹⁰² BayObLG, NJOZ 2005, 949

Ergänzungspflegers, da hierfür auch ein Beschwerderecht besteht.¹⁰³

Für die Beschwerdeberechtigten wird man ein Akteneinsichtsrecht insoweit bejahen müssen, als es zur Vorbereitung der Beschwerde erforderlich ist.¹⁰⁴ Es genügt ein nach vernünftiger Erwägung durch die Sachlage gerechtfertigtes tatsächliches persönliches oder wirtschaftliches Interesse des Dritten, die vollständigen Akten zur Kenntnis zu nehmen.¹⁰⁵

Ein berechtigtes Interesse ist in der Regel gegeben, wenn ein künftiges Verhalten des Antragsstellers durch die Kenntnis vom Akteninhalt beeinflusst werden kann. Es ist stets abzuwägen gegen das Interesse des Betreuten an der Geheimhaltung.^{106 107} Den zum Kreis der gesetzlichen Erben gehörenden Personen ist ein Einsichtsrecht nach dem Tod des Betreuten zu geben, wenn die Akteneinsicht zur sachgerechten Wahrnehmung ihrer Interessen im Nachlassverfahren begehrt wird.¹⁰⁸ Kein berechtigtes Interesse an Akteneinsicht liegt vor, wenn diese allein dem Zweck dienen soll, die Erfüllung der Rechnungslegungspflicht des Betreuers (durch dessen Schwester) zu überwachen, da dies Aufgabe des Gerichts bzw. ggf. des Gegenbetreuers sei.¹⁰⁹ Dem Vorsorgebevollmächtigten, der nicht zum nach § 69g I FGG beschwerdeberechtigten Personenkreis zählt, kann zumindest auch namens des Vollmachtgebers die Einsicht in die Betreuungsakten nur dann verwehrt werden, wenn die Unwirksamkeit der Vollmacht offenkundig ist.¹¹⁰

24. Anhörungspflichten

In zahlreichen Fällen ist vorgeschrieben¹¹¹, dass vor Einzelentscheidungen im Rahmen der Betreuung der Betroffene angehört werden muss. Teils ist diese Anhörung nur empfohlen (sie "soll" erfolgen); manchmal genügt schriftliche Anhörung, teils ist persönliche Anhörung vorgeschrieben. Bezüglich der Anhörungspflichten hat das FamFG keine Änderungen eingeführt.

Beispiele:

- vor Verfügungen über Grundstücke, Eigentumswohnungen 1908 i, 1821 BGB;
- vor Rechtsgeschäften über das Vermögen im Ganzen, Erbschaften, künftige Erb- und Pflichtteile (§ 1822 Nr. 1 BGB);
- vor Ausschlagung einer Erbschaft, eines Vermächtnisses (§ 1822 Nr. 2 BGB);
- vor Erwerb bzw. Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts (§ 1822 Nr. 3 BGB);
- vor einem Pachtvertrag über einen gewerblichen Betrieb;
- vor Darlehensaufnahme (§ 1822 Nr. 8 BGB);
- vor Eingehung einer Bürgschaft (§ 1822 Nr. 9 BGB);
- vor Abschluss eines Vergleichs z.B. eines Prozessvergleichs), außer der Streitgegenstand beträgt höchstens 3000 €; bei einem höheren Streitgegenstand entfällt die Anhörungspflicht, wenn der Vergleich einem gerichtlichen Vorschlag entspricht;

¹⁰³ §§ 69g I, 69i III FGG, §§ 59, 315 Abs. 4 E, OLG Köln FGPrax 2008, Heft 4

¹⁰⁴ BtPrax 1998, 78f, 118f, 92f, 3

¹⁰⁵ OLG Saarbrücken, BtPrax 1999, 153

¹⁰⁶ BayObLG, FamRZ 1990, 1124

¹⁰⁷ Informationelles Selbstbestimmungsrecht und Akteneinsicht, Pardey NJW 1989, 1647

¹⁰⁸ OLG Stgt., BWNNotZ 1993, 173.

¹⁰⁹ OLG München, FGPrax 2007, 227

¹¹⁰ Kammergericht, FGPrax 2007, 118,

¹¹¹ § 69 d FGG, §§ 299 E

- vor Beginn oder Auflösung eines Erwerbsgeschäfts (§ 1823 BGB);
- vor Erteilung einer allgemeinen Ermächtigung zur Teilnahme am Wirtschaftsleben (§ 1825 BGB);
- vor Bewilligung einer Vergütung für den Betreuer aus dem Vermögen des Betreuten (§§ 1908 i, 1836 BGB; § 56 g Abs. 4 Satz 1 FGG);
- vor Genehmigung der Einwilligung in gefährliche Untersuchungen, Heilbehandlungen, ärztliche Eingriffe (§ 1904 BGB; § 69d Abs. 1 Satz 2 FGG, § 298 E);
- vor Genehmigung der Einwilligung in eine Sterilisation (§§ 69 d Abs. 3, 68 Abs. 1 FGG, § 297 E);
- vor Kündigung oder sonstiger Auflösung der vom Betreuten gemieteten Wohnung (§ 1907 Abs. 1 BGB; § 69 d Abs. 1 Satz 3 FGG);
- vor Abschluss von Mietverträgen über Wohnraum, bei denen der Betreuer Vermieter ist (§ 1907 Abs. 3 BGB, § 69 d Abs. 1 Satz 3 FGG).

25. Rechtsmittel

25.1. Statthaftigkeit

Das FamFG regelt die Statthaftigkeit der Beschwerde präziser als bisher § 19 FGG. Danach findet die Beschwerde gegen die im ersten Rechtszug ergangenen Beschlüsse der AG und LG statt, wenn es sich um eine **Endentscheidung** handelt (Nr. 1), oder es sich um eine mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entscheidung handelt, die der Endentscheidung vorausgegangen ist.¹¹²

Danach kann sich ein Rechtsmittel wie bisher sowohl gegen Entscheidungen in der Hauptsache als auch gegen Zwischen- und Nebenentscheidungen richten.

In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Beschwerde nach § 61 Abs.1 E grundsätzlich nur zulässig, wenn der Beteiligte mit mehr als **600 EUR**, in Kostenangelegenheiten mit mehr als **200 EUR** beschwert ist. Übersteigt der Beschwerdewert diese Beträge nicht, so eröffnet Abs. 2 dem Gericht die Möglichkeit, die Beschwerde zuzulassen. Das hat zu geschehen, wenn der Rechtsstreit grundsätzliche Bedeutung hat oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Beschwerdegerichts erfordert.

§ 62 E regelt, unter welchen Voraussetzungen eine Entscheidung dann noch angefochten werden kann, wenn sich der Verfahrensgegenstand nach Erlass der Entscheidung erledigt hat.

25.2. Beschwerdeberechtigte Personen

§ 59 E bestimmt, welcher Personenkreis beschwerdeberechtigt ist. Nach Abs. 1 steht die Beschwerde denjenigen zu, die durch den Beschluss in **ihren Rechten beeinträchtigt** sind, wobei es unerheblich ist, ob der Beschwerdeberechtigte tatsächlich Beteiligter des erstinstanzlichen Verfahrens war oder aufgrund seiner Rechtsbetroffenheit hätte hinzugezogen werden müssen. Umgekehrt ist ein Beteiligter im erstinstanzlichen Verfahren nicht beschwerdeberechtigt, wenn er von Ergebnis der Entscheidung in seiner materiellen Rechtsstellung nicht betroffen ist.

¹¹² § 58 E

Damit wird der erstinstanzliche **Beteiligtenbegriff** (Muss-Beteiligte) aufgegriffen und auf ihn für die Beschwerdeinstanz Bezug genommen (siehe vorstehend Kap. 4.1. und 4.2.).

Das Rechtsmittel ist aber immer nur dann eröffnet, wenn der Beteiligte durch die Entscheidung **materiell** beschwert ist; das entspricht § 20 FGG.

Beantragt die **Betreuungsbehörde** die Hinzuziehung in dem Verfahren ist sie Muss-Beteiligte (vgl. vorstehend Kap. 4.5.).

§ 303 E regelt ergänzend das **Beschwerderecht** der

1. **Idealbeteiligten**, also der Angehörigen und der Vertrauensperson, die voraussetzt, dass
 - sie in dem Verfahren als Beteiligte hinzugezogen wurden; andernfalls können sie lediglich sofortige Beschwerde gegen den Beschluss der Nicht-Hinzuziehung erheben (vgl. Kap. 4.3);
 - und eine Statusentscheidung vorliegt, also die
 - Bestellung eines Betreuers von Amts wegen (also nicht auf Antrag Betreuten), auch eines vorläufigen Betreuers durch einstweilige Anordnung, eines neuen Betreuers, eines weiteren Betreuers; Erweiterung des Aufgabenkreises des Betreuers; Entlassung eines Betreuers;
 - Ablehnung der Bestellung eines Betreuers; Aufhebung der Betreuung; Einschränkung des Aufgabenkreises;
 - Anordnung und Aufhebung eines Einwilligungsvorbehalts, auch eines vorläufigen; Erweiterung und Einschränkung des Kreises der erfassten Willenserklärungen; Ablehnung der Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts;

2. **Betreuungsbehörde**, das voraussetzt,

- eine Statusentscheidung nach oben Ziffer 1, wobei auch gegen die Bestellung auf **Antrag** des Betroffenen ein Beschwerderecht der Betreuungsbehörde gegeben ist; eine Beteiligung im Betreuungsverfahren ist jedoch nicht Voraussetzung für das Beschwerderecht der Betreuungsbehörde.

Die effektive Ausübung des Beschwerderechts wird dadurch gewährleistet, dass den Behörden die Endentscheidungen unabhängig von ihrer Beteiligtenstellung mitzuteilen sind.

Der **Betreuer** oder der **Vorsorgebevollmächtigte**, bei mehreren von ihnen jeder selbständig, kann gegen eine Entscheidung, die seinen Aufgabenkreis betrifft, **auch im Namen des Betreuten Beschwerde** einlegen.¹¹³

Gegen einen die Betreuung aufhebenden Beschluss kann sich der Betreuer in eigenem Namen nicht beschweren, weil er kein eigenes Recht auf Fortbestand der Betreuung hat.¹¹⁴ Auch das im Interesse des Betroffenen eingelegte Beschwerderecht wurde vom OLG Köln verneint.¹¹⁵

Wird eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung versagt, ist der Betreuer als Antragsteller nach § 59 Abs. 2 E beschwerdeberechtigt und der Betroffene nach § 59 Abs. 1 E.

¹¹³ §303 Abs. 4 E

¹¹⁴ BayObLG FamRZ 1994, 1189, FGPrax 1995,197, OLG Köln FamRZ 1997, 1293, OLG Düsseldorf, FamRZ 1998, 124/1245

¹¹⁵ OLG Köln, Beschluss vom 07.10.1996, NJW-RR 1997, 708

3. Verfahrenspfleger,

da er gemäß § 276 E zur Wahrnehmung der Interessen des Betroffenen bestellt wird, steht ihm eine Beschwerdebefugnis nach dieser Vorschrift zu, um diesen Interessen Geltung zu verschaffen. Unabhängig davon kann er als Beteiligter in eigenen Rechten verletzt sein und gemäß § 59 Abs. 1 E ein eigenes Recht zur Beschwerde geltend machen.

Der vermögende Betreute muss seinen Verfahrenspfleger letztlich selbst bezahlen. Deshalb kommt es vor, dass ein Betreuer gegen die Bestellung eines Verfahrenspflegers Beschwerde einlegt. Die Gerichte hielten eine solche Beschwerde meist für unzulässig,¹¹⁶ weil der Verfahrenspfleger für das Verfahren nützlich sei und die Bestellung nur eine Zwischenentscheidung beinhalte. Der BGH hat endgültig entschieden, dass die Verfahrenspflegerbestellung unanfechtbar ist.¹¹⁷ Diese Entscheidung wird im FamFG nun Gesetz.¹¹⁸

Die Staatskasse ist gem. § 304 E beschwerdeberechtigt, wenn es um Zahlungen (z.B. Vergütung des Betreuers einer mittellosen Person) geht oder bei Ablehnung der Auswechslung des Berufsbetreuers durch einen ehrenamtlichen Betreuer, wobei keine Beschwerdeberechtigung gegen die Bestellung eines Berufsbetreuers besteht.¹¹⁹

Die Frist zur Einlegung der sofortigen Beschwerde durch den Vertreter der Staatskasse beträgt **drei Monate** und beginnt mit der **formlosen** Mitteilung (§ 15 Abs. 3) an ihn.

25.3. Befristung

Die Beschwerde unterliegt in allen Fällen **einer Befristung**. Die Vorschrift schafft damit die unbefristete (einfache) Beschwerde in Betreuungsverfahren ab.

Die Notfrist beträgt nach § 63 I E, soweit gesetzlich keine andere Frist bestimmt ist, **einen Monat**; sie beginnt mit der schriftlichen Bekanntgabe des Beschlusses, spätestens mit Ablauf von **fünf Monaten** nach Erlass des Beschlusses.

Diese verkürzt sich auf **zwei Wochen** bei einer Beschwerde gegen

1. eine **einstweilige** Anordnung oder
2. einen Beschluss, der die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts zum Gegenstand hat.¹²⁰

Die bisherige befristete Beschwerde nach § 69 g Abs. 4 FGG

- gegen die Anordnung eines endgültigen oder vorläufigen Einwilligungsvorbehalts, die Erweiterung oder Beschränkung des Kreises der einwilligungsbedürftigen Willenserklärungen, die Ablehnung oder Aufhebung eines Einwilligungsvorbehalts;
- gegen die Entlassung des Betreuers gegen seinen Willen,¹²¹
- gegen die Beschränkung des Aufgabenkreises des Betreuers,
- gegen die Aufhebung der Betreuung,
- sowie die sofortige Beschwerde gegen Verfügungsfestsetzungen (§ 56 g Abs. 1 Satz 1 bis , Abs. 2 und 3 FGG, § 168 E)

¹¹⁶ KG FamRZ 1996, 357, BayObLG, FamRZ 2000,249, Stuttgart FamRZ 2001,39

¹¹⁷ Rpfleger 2003, 500, FamRZ2003, 1275 ff

¹¹⁸ § 276 Abs. 6 E

¹¹⁹ OLG Schleswig, BtPrax 1999,155

¹²⁰ § 63 Abs. 2 E

¹²¹ auch wenn nur ein Kontrollbetreuer nach § 1896 Abs. III BGB bestellt wird, Kammergericht FGPrax 2006,18

gibt es nicht mehr, diese Entscheidungen fallen künftig unter die gesetzliche Frist von einem Monat.

25.4. Zusammenfassung der Fristen

Alle Entscheidungen im Betreuungsrecht unterliegen der **befristeten Beschwerde**.

Die befristete Beschwerde beträgt **einen Monat** und beginnt mit der schriftlichen Bekanntgabe des Beschlusses, spätestens mit Ablauf von **fünf Monaten** nach Erlass des Beschlusses.

Für anfechtbare **Zwischen- und Nebenentscheidungen** sieht das FamFG die **sofortige** Beschwerde nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung mit einer regelmäßigen Beschwerdefrist von zwei Wochen vor.

Es handelt sich im Betreuungsrecht um:

- Ablehnung des Antrags auf Hinzuziehung eines Idealbeteiligten, § 7 Abs. 3 E,
- Anfechtbarkeit eines berichtigten Gerichtsbeschlusses, § 42 Abs. 3 E,
- Beschluss über Unterbringung des Betroffenen zur Vorbereitung eines Gutachtens, § 284 Abs. 3 E

Ausnahmsweise unterliegen auch Beschwerden gegen **Endentscheidungen** einer auf zwei Wochen verkürzten **Beschwerdefrist**.

Es handelt sich im Betreuungsrecht um:

- eine einstweilige Anordnung oder
- einen Beschluss, der die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts zum Gegenstand hat.

Die Frist für die Einlegung der Beschwerde durch die Staatskasse beträgt drei Monate.

25.5. Beschwerdebegründung

§ 65 E befasst sich mit der Beschwerdebegründung. Nach Abs. 1 soll die Beschwerde künftig begründet werden. Bei Nichtbegründung kann die Beschwerde nicht als unzulässig verworfen werden, vielmehr hat das Gericht dem Beschwerdeführer seine Frist zur Begründung der Beschwerde einzuräumen. Die Beschwerde kann auf neue Beweismittel und Tatsachen gestützt werden.

25.6. Beschwerdeeinlegung

Bisher kann die Beschwerde beim Amtsgericht oder beim Beschwerdegericht (Landgericht) eingelegt werden,¹²² mit dem FamFG nur noch bei dem Gericht, dessen Beschluss angefochten wird.¹²³ Die Anfrage beim Landgericht, ob dort die Beschwerde eingegangen ist, erübrigt sich also künftig. Für den Beschwerdeführer wird durch die Einführung einer allgemeinen Rechtsmittelbelehrung gemäß § 39 hinreichende Klarheit darüber geschaffen, bei welchem Gericht er sich gegen die erstinstanzliche Entscheidung wenden kann.

Die Frist beginnt jeweils mit schriftlicher Bekanntgabe des Beschlusses, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach seinem Erlass.¹²⁴

¹²² § 21 Abs. 1 FGG

¹²³ § 64 Abs. 1 E

¹²⁴ § 63 Abs. 3 E

Das Gericht, gegen dessen Beschluss Beschwerde eingelegt wird, hat stets zu prüfen, ob es die Beschwerde für begründet hält. Falls ja, wird es der Beschwerde abhelfen, dies gilt nach dem FamFG auch für Beschlüsse, die der sofortigen Beschwerde unterliegen. Hilft es der Beschwerde nicht ab, ist die Beschwerde unverzüglich dem Landgericht als Beschwerdegericht vorzulegen.¹²⁵

Zuständig zur Entscheidung über die Beschwerde ist eine Zivilkammer des dem Amtsgericht übergeordneten Landgerichts. Weist die Sache keine besondere Schwierigkeit auf, kann die Kammer die Beschwerdeentscheidung durch Beschluss einem Richter der Kammer übertragen, der jedoch nicht Richter auf Probe sein darf.¹²⁶ Verfahrenserleichterungen sind, wie bisher,¹²⁷ auch im FamFG für das Beschwerdegericht vorgesehen (Absehen von einzelnen Verfahrenshandlungen, wie die persönliche Anhörung des Betroffenen oder die Einholung eines erneuten Gutachtens, wenn diese bereits im ersten Rechtszug vorgenommen und von einer erneuten Vornahme keine zusätzlichen Erkenntnisse zu erwarten sind).¹²⁸

25.7. Rechtsmittelverzicht

Ein wirksamer Rechtsmittelverzicht gegenüber dem Gericht ist nur **nach Bekanntgabe** des Beschlusses durch Erklärung gegenüber dem Gericht möglich.

Die Bekanntgabe kann auch mündlich gegenüber dem einverständlichen Beteiligten erfolgen nach Maßgabe von § 41 Abs. 2 E.

Absatz 2 stellt klar, dass die Möglichkeit des Verzichts auch für das Anschlussrechtsmittel eröffnet ist, nachdem das Hauptrechtsmittel eingelegt wurde.

Absatz 3 regelt die Wirkungen des Verzichts, der nicht gegenüber dem Gericht sondern gegenüber einem anderen Beteiligten erklärt wird. Auch der gegenüber einem anderen Beteiligten erklärte Verzicht ist hiernach wirksam. Er ist jedoch als Einrede ausgestaltet und entfaltet daher erst dann prozessuale Wirksamkeit, wenn dieser Beteiligte sich auf den Verzicht beruft.

Absatz 4 regelt die Rücknahme der Beschwerde und bestimmt in Anlehnung an § 516 Abs. 1 ZPO, dass eine solche nur bis zum Erlass der Beschwerdeentscheidung möglich ist.

26. Instanzenzug

Der bisherige Instanzenzug lautet:

Amtsgericht bzw. im Gebiet des OLG-Bezirks Stuttgart
Notariat – Vormundschaftsgericht- (Tatsacheninstanz)

Landgericht (sofortige) weitere Beschwerde, (Tatsacheninstanz)

OLG (sofortige) weitere Beschwerde (Rechtsfehlerkontrolle)

BGH (bei Divergenzvorlagen).

In Betreuungssachen bleibt zwar das LG für die Beschwerden zuständig,¹²⁹ jedoch ist gegen die Beschwerdeentscheidung des Landgerichts künftig nur die Rechtsbeschwerde

¹²⁵ § 68 Abs. 1 E

¹²⁶ § 68 Abs. 4 E

¹²⁷ § 69 g Abs. 5 FGG

¹²⁸ § 68 Abs. 3 E

¹²⁹ § 72 I 2 GVG E

zum BGH statthaft.¹³⁰ Die Rechtsbeschwerde zum BGH ist vom Beschwerdegericht zuzulassen, wenn

1. die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder
2. die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert.¹³¹

Gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde durch das Landgericht bzw. allgemein gegen die Entscheidung des Landgerichts gibt es unter den vorgenannten Voraussetzungen eine Rechtsbeschwerde zum BGH in

1. Betreuungssachen zur Bestellung eines Betreuers, zur Aufhebung einer Betreuung, zur Anordnung oder Aufhebung eines Einwilligungsvorbehalts,
 2. Unterbringungssachen, sowie
 3. Freiheitsentziehungssachen,
- soweit es sich nicht um einstweilige Anordnungen handelt.¹³²

Die Rechtsbeschwerde ist binnen einer Frist von einem Monat nach der schriftlichen Bekanntgabe des Beschlusses durch Einreichung einer Beschwerdeschrift, die von einem **Rechtsanwalt, der beim BGH zugelassen ist**, unterzeichnet sein muss, bei dem Rechtsbeschwerdegericht einzulegen.¹³³

Somit ist folgender Instanzenzug nach dem FamFG gegeben:

AG/Notariat (Tatsacheninstanz)

LG (sofortige) Beschwerde (Tatsacheninstanz)

BGH (Rechtsbeschwerde, wenn vom LG zugelassen oder der Beschluss über eine in Ziffer 1 bis 3 genannte Sache handelt und vom BGH angenommen wird).

27. Übergangsregelung

Nach Art. 111 FGG-RG sind auf Verfahren, die nach Inkrafttreten des FGG-RG am **01.09.2009** eingeleitet oder deren Einleitung ab diesem Zeitpunkt beantragt wurde, die neuen Vorschriften des Fam-FG anzuwenden. Für alle Verfahren, die bis zum **31.08.2009** eingeleitet oder deren Einleitung bis dahin beantragt ist, sind weiterhin die bis dahin geltenden Bestimmungen anzuwenden. Das heißt, für alle Vormundschaftssachen und Betreuungssachen, die bis zum 31.08.2009 angeordnet/beantragt oder angeregt sind, bleibt die Zuständigkeit des Amtsgerichts/Notariats -Vormundschaftsgericht- erhalten.

Sämtliche mit dem FGG-Reformgesetz in Kraft tretenden Vorschriften gelten für diese Verfahren **nicht** und unterliegen weiterhin dem alten Recht.

Die Übergangsregelung erstreckt sich einheitlich auf die Durchführung des Verfahrens in allen Instanzen gleichermaßen. Ist das Verfahren in erster Instanz noch nach dem bisherigen Recht eingeleitet worden, so erfolgt auch die Durchführung des **Rechtsmittelverfahrens** nach dem bisher geltenden Recht. Dies betrifft auch den nach bisherigem Recht geltenden Instanzenzug.

Art. 111 Satz 2 FGG-RG regelt, dass als neues Verfahren im Sinne dieser Regelung auch alle solche Verfahren anzusehen sind, die auf **Abänderung, Verlängerung** oder **Aufhebung einer gerichtlichen Entscheidung** gerichtet sind.

Somit findet für Verfahren, die die Verlängerung, Aufhebung oder Abänderung bereits vor Inkrafttreten des FGG-Reformgesetzes begründeter Betreuungen sowie erlassener Unterbringungs- oder Freiheitsentziehungsmaßnahmen betreffen, das neue Recht nur dann Anwendung, wenn das FGG-Reformgesetz bereits vor Einleitung des Verlängerungs-, Aufhebungs- oder Abänderungsverfahrens in Kraft getreten ist.

Durch die in Artikel 111 Satz 2 FGG-Reformgesetz erfolgte Beschränkung der Anwendung des neuen Rechts lediglich auf Verfahren, die nach dem 31.8.2009 auf Abänderung, Verlängerung oder Aufhebung einer gerichtlichen Entscheidung gerichtet sind, müsste das alte Verfahrensrecht in einer Vielzahl von angeordneten Betreuungen weiterhin angewendet werden. Eine Abänderung ist auch ein Betreuerwechsel oder die Änderung von Aufgabenkreisen des Betreuers.

Die unterschiedliche Verfahrensweise bei bisherigen und nach dem 31.08.2009 eingeleiteten Betreuungs- und Vormundschaftsverfahren ist für die Praxis wenig hilfreich. Dies hat der Gesetzgeber erkannt und auf Initiative des Bundesrats das Gesetz erneut **geändert**.

Durch Artikel 22 des Gesetzes zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs (VAStr.RefG) vom 03. April 2009, BGBl. 2009 Nr. 18 S. 723, wurde Artikel 111 neben weiteren Ergänzungen, welche die Familiensachen betreffen, dahingehend mit Wirkung zum 01.09.2009 **geändert**, dass **jedes gerichtliche** Verfahren, das mit einer **Endentscheidung** abgeschlossen wird, ein selbständiges Verfahren im Sinne von Artikel 111 Absatzes 1 Satz 1 ist. Somit ist jeder selbständige Verfahrensgegenstand, der mit einer durch **Beschluss** (§ 38 FamFG) zu erlassenden Endentscheidung zu erledigen ist, ein neues selbständiges Verfahren.

Hierunter fällt insbesondere die gerichtliche **Aufsichts- und Genehmigungstätigkeit** im Rahmen der Betreuung, also insbesondere die Prüfungsbeschlüsse über die Tätigkeit des Betreuers, Rechnungslegungen und Vergütungsfestsetzungen, die ebenfalls Endentscheidungen sind. Wird ein solches Verfahren **nach dem 31.08.2009** eingeleitet, so ist für dieses und für das weitere Betreuungsverfahren das **neue Verfahrensrecht** bereits anzuwenden.

Somit findet bei jeder Beschlussfassung nach dem 31.08.2009 in Betreuungssachen das **neue** Verfahrensrecht für diese Betreuungssache Anwendung.

Ein Nebeneinander von FGG-Recht und FamFG-Recht nach dem 31.08.2009 kann damit rasch beseitigt werden.

¹³⁰ § 70 Abs. 1 E, § 133 GVG E

¹³¹ § 70 Abs. 2 E

¹³² § 70 Abs. 3, 4 E

¹³³ § 71 Abs. 1 E

Altlastenklausel in Grundstücksverträgen: nicht immer wasserdicht!

Ein Beispiel aus und für die Praxis

(von Hellmuth Mohr, Rechtsanwalt, Bürgermeister a.D., Stuttgart)

1. Einleitung

Das Bundesbodenschutzgesetz (BBodSchG) wurde am 17.3.1998 verkündet¹. Nach dessen Artikel 4 trat das Gesetz am 1.3.1999 in Kraft. Eine vergleichsweise hohe Zahl von Kommentaren erläuterte in der Folgezeit das neue Gesetz². Hinzu kamen zahlreiche Aufsätze über das neue Gesetz, auch speziell zu Fragen der notariellen Vertragsgestaltung³. Dennoch zeigt sich beim Umgang mit notariellen Grundstückskaufverträgen, dass die erwähnten Erkenntnisse im Umgang mit dem BBodSchG nicht immer beachtet werden. Als Hilfe für das Überprüfen des eigenen Wissens soll deshalb der nachfolgende Vertragstext dienen, der sich aus konkreten Beispielen aus Grundstückskaufverträgen zusammensetzt. Die notwendigen Erläuterungen zum Mustertext und zum BBodSchG folgen unter 3. nach.

2. Der Mustertext

§ X Haftung bei Sach- und Rechtsmängeln

Die Veräußerung erfolgt im gegenwärtigen Zustand; sämtliche Ansprüche und Rechte des Erwerbers wegen eines Sachmangels des Grundstücks sind ausgeschlossen.

Dem Erwerber ist der Zustand des Vertragsgegenstandes bekannt (1).

Im südlichen Bereich (2) des Vertragsgegenstandes handelt es sich nicht um natürliches Gelände. Hier wurde teilweise etwa einen Meter Boden aufgefüllt (3).

Der Veräußerer ist damit einverstanden, dass der Erwerber ein Bodengutachten einholen wird (4). Die Kosten für das Gutachten trägt der Erwerber.

Nach Angaben des Veräußerers sind ihm Anhaltspunkte, die auf das Vorhandensein von sogenannten Altlasten (5) schließen lassen können, nicht bekannt. Auf die weiter bestehende Sanierungspflicht des Veräußerers bei schädlichen Bodenveränderungen nach dem BBodSchG wurde hingewiesen (6). Einträge im Altlastenkataster (7) bestehen nach Auskunft des Veräußerers nicht. Sollten wider Erwarten Altlasten vorhanden sein, trifft die Pflicht zur Beseitigung den Veräußerer (8).

¹ BGBl. I S. 502

² Sanden/Schoeneck, Bundesbodenschutzgesetz, Heidelberg 1998; Oeder/Numberger/Schönfeld, Stuttgart 1999; Landel/Vogg/Wüterich, Stuttgart 2000; Frenz, München 2000; Bickel, 4. Auflage, Köln 2004; Versteil/Sondermann, 2. Auflage, München 2005; Becker, Loseblattausgabe Stand 2008, Starnberg unter Verzicht auf die Darstellungen in Handbüchern, auch zur Vertragspraxis, und den Kommentaren zum Umweltrecht einschließlich des Bodenschutzrechts.

³ Schürmann MittRhNotK 1994, 1; Meißner ZfIR 1999, 407; Steffen/Poppe ZNotP 1999, 303; Sorge MittBayNot 1999, 232; Kersten BWNNotZ 1999, 73; DNotl-Report 10/1999 S. 85; Pützenbacher NJW 1999, 1137 zu § 24 Abs.2 BBodSchG; Körner DNotZ 2000, 344; Körner ZfIR 2001, 889; nur zum Mietvertrag: Fehrenbach ZfIR 2001, 623; Frankenstein ZfIR 2005, 626; Oyda RNotZ 2008, 245. Zur Auswirkung der Schuldrechtsreform 2002: Müggendorf NJW 2005, 2810. In der Reihe „Heidelberger Musterverträge“: Knopp/Albrecht: Bodenschutz- und Altlastenklauseln, 2. Auflage, Heidelberg 2003.

Zu Altlastenklauseln nach dem Urteil des BVerfG vom 16.2.2000 zur Begrenzung der Haftung des Zustandsstörers Mohr BWNNotZ 2003, 111, und zur möglichen Auswirkung von Altlastenklauseln auf die Haftung des Notars Mohr BWNNotZ 2005, 125.

Der Veräußerer schuldet keine bestimmte Bebaubarkeit des Grundstücks. Dem Erwerber wird empfohlen, vor Baubeginn die Gründungssituation zu klären.

Von der vorstehenden Rechtsbeschränkung ausgenommen sind Ansprüche und Rechte wegen Vorsatz oder Arglist.

Die Bedeutung des vorstehenden Ausschlusses von Mängelrechten wurde eingehend erörtert. Der Ausschluss wird von den Vertragsbeteiligten abweichend von der gesetzlichen Regelung vereinbart.

Rechte und Ansprüche bei Rechtsmängeln bestimmen sich nach den gesetzlichen Vorschriften. Der Veräußerer hat daher, soweit nachstehend nichts anderes bestimmt ist, den Vertragsgegenstand frei von Belastungen nach Abteilung II und III des Grundbuchs zu übertragen. Ausgenommen ist die Eigentumsvormerkung des Käufers.

3. Anmerkungen

(1) Hinsichtlich möglicher schädlicher Bodenveränderungen oder Altlasten kann die Bestätigung, diese seien dem Käufer bekannt, nicht weiter gehen, als dies dem Verkäufer hinsichtlich seiner naturwissenschaftlichen Kenntnisse und der tatsächlichen Erkennbarkeit vor Ort möglich ist. In der Entscheidung vom 20.10.2000 hat der BGH⁴ im Zusammenhang mit der Prüfung einer Offenbarungspflicht des Verkäufers hinsichtlich möglicher schädlicher Bodenveränderungen oder Altlasten in den Urteilsgründen darauf hingewiesen, dass eine solche Pflicht nicht besteht, wenn Mängel der Kaufsache einer Besichtigung zugänglich und damit ohne Weiteres erkennbar sind. Nach einem Sachverständigengutachten stand aber nur fest, dass der Betonfußboden eines Gebäudes eine durchgehend dunkle Färbung aufwies. Ein Laie muss hieraus nicht auf schädliche Bodenveränderungen oder Altlasten schließen.

(2) Nicht nur für die Beschreibung des Umfangs von schädlichen Bodenveränderungen oder Altlasten ist davon abzuraten, derart ungenaue Beschreibungen des räumlichen Umfangs zu wählen. Zu empfehlen sind vielmehr genaue Angaben der Eckpunkte belasteter Flächen mit Angaben in Metern, gemessen von Grenzlinien oder anderen feststehenden Punkten im Gelände, oder die Einzeichnung entsprechender Flächen in eine Karte als Anlage zum Vertrag. Angesichts der relativ hohen Sanierungskosten für Altlasten oder schädliche Bodenveränderungen sind Ungereimtheiten hierbei stets streitträchtig.

(3) In der Praxis zeigt es sich immer wieder, dass Auffüllungen tatsächlich schädliche Bodenveränderungen oder Altlasten sind. Das beruht darauf, dass bei solchen Auffüllungen oft schadstoffreiches Material kostengünstiger als auf einer

⁴ V ZR 285/99, NJW 2001, 64. Fortsetzung hierzu BGH 7.2.2003, V ZR 25/02 betr. Hausschwamm in einem Gebäude: Bei einer bloßen Gefahr - weniger als ein Verdacht - hängt die Aufklärungspflicht davon ab, wie wahrscheinlich der Gefahreintritt ist und welche Folgen der Gefahreintritt für die Kaufsache hätte. Bei einer auch dem Käufer bekannten Gefahr besteht kein Aufklärungsbedarf durch den Verkäufer.

Deponie mit entsorgt wird. Hinzu kommt, dass die rechtlichen Regelungen für Auffüllungen noch im Fluss sind⁵.

Nur am Rande sei darauf verwiesen, dass entsprechende Risiken für den Käufer nicht nur in den Pflichten zur Gefahrenabwehr nach § 4 BBodSchG (Sanierungspflicht) liegen können, sondern später auch in der Vorsorgepflicht nach § 7, sobald die in § 8 Abs. 2 vorgesehene Rechtsverordnung zur Festlegung entsprechender Vorsorgewerte erlassen werden sollte.

Bei Aushubmaterial ist dagegen zu beachten, dass Abfall vorliegt⁶. Bei Gebäudekontaminationen ist eine ausführliche Regelung sinnvoll, weil die Frage, ob das BBodSchG hier gilt, nicht geklärt ist⁷. Kampfmittel (Bomben, Munition) müssen gesondert geregelt werden, da sie vom BBodSchG nicht erfasst werden (§ 3 Abs. 2 S. 2 BBodSchG) und die Länder heute regelmäßig nur noch im seltenen Fall der Munition usw. des Deutschen Reichs zahlen, nicht aber bei alliierten Kampfmitteln.

(4) Wenn schon wie im vorliegenden Fall ein Aufklärungsbedarf besteht, sollte eine Regelung über den Rücktritt vom Vertrag vorgesehen werden, wobei hierbei wiederum eine genaue Grenze für noch zulässige Schadstoffbelastungen festgelegt werden muss (siehe hierzu auch 5.)⁸.

Selbstverständlich ist der Käufer immer gut beraten, ein eigenes Gutachten in Auftrag zu geben. Wenig verlässlich bezüglich der Einzelheiten möglicher Bodenbelastungen sind dagegen die früheren Gutachten im Auftrag der unteren Bodenschutzbehörde aus dem Zeitraum ab 1990 (historische Erkundung), weil es bei diesen Gutachten nur um die Einstufung der Grundstücke ging (weiterer Ermittlungsbedarf ja oder nein), aber noch nicht um die Einzelheiten des möglichen Schadensumfangs. Auch sonst fallen behördliche Gutachten wegen beschränkter Haushaltsmittel oft sparsam aus.

(5) Diese Formulierung entspricht seit 1999 nicht mehr dem aktuellen Rechtszustand, weil das Gesetz sowohl schädliche Bodenveränderungen als auch Altlasten (Definitionen in § 2 Abs. 3 und Abs. 5 BBodSchG) in § 4 als Voraussetzung für eine Sanierungspflicht nennt. Seither erfordert auch die Rechtsprechung eine eindeutige Bezugnahme auf das BBodSchG⁹. Im vorliegenden Fall würden also schädliche Bodenveränderungen hier nicht erfasst werden. Daran ändert sich auch nichts durch den Zusatz „sog.“ und die Gänsefüßchen bei dem Wort Altlasten. Dies gilt auch hinsichtlich der Verwendung des Wortes schädliche Bodenveränderungen im nächsten Satz (dazu gleich unter 6.).

Außerdem muss bei der Vertragsgestaltung beachtet werden, dass die im BBodSchG vorgesehenen Werte, bei deren Überschreitung eine Sanierung notwendig wird (sog. Maßnahmenwerte im Anhang 2 der BBodSchV), sich nicht immer mit der vertraglich vorgesehenen Nutzung des Grundstücks vereinbaren lassen. Denn ein sensibler Grundstücksmarkt reagiert regelmäßig auch schon bei einer Schadstoff-

belastung unter den Maßnahmenwerten, weshalb hier eine Feinabstimmung im Vertrag notwendig ist¹⁰.

(6) Dieser Hinweis ist unvollständig, denn nach § 4 Abs. 3 S. 1 BBodSchG besteht das Risiko einer Haftung sowohl für schädliche Bodenveränderungen wie für Altlasten. Die weiter bestehende Haftung des Verkäufers kann entweder auf seiner Handlungsstörerhaftung oder auf § 4 Abs. 6 BBodSchG (Ewigkeitshaftung des früheren Eigentümers) beruhen, wobei im vorliegenden Fall zu prüfen ist, ob das Vertrauen des Verkäufers auf die Altlastenfreiheit im Zeitpunkt des eigenen Erwerbs schutzwürdig ist (Abs. 6 S. 2). Ist das nicht der Fall, haftet er ewig.

(7) Rechtsgrundlage hierfür ist § 9 Landes-Bodenschutz- und Altlastengesetz vom 14.12.2004, GBl. S. 908 (Bodenschutz- und Altlastenkataster), der Auskunftsanspruch ergibt sich aus § 3 Gesetz über den Zugang zu Umweltinformationen BW, der auf § 3 Umweltinformationsgesetz (des Bundes, UIG) verweist.

(8) Diese Vereinbarung kann nicht verhindern, dass die Behörde bei der Ermessensauswahl unter mehreren Störern den Käufer als Zustandsstörer heranzieht. Dies ist in der Praxis regelmäßig der Fall, weil die Behörde dann nur eine Verfügung gegen den Käufer erlassen muss, während sie bei einer Verpflichtung des Verkäufers auch noch die Duldung der Sanierung durch den Käufer regeln muss. Für den hier geregelten Rückgriff des Käufers besteht zusätzlich ein Sicherungsbedürfnis (Bürgschaft, Zurückbehaltung eines Teils des Kaufpreises in Höhe der möglichen Sanierungskosten), was die Vertragsabwicklung erschwert. Unabhängig hiervon muss im Vertrag aber genauer geregelt werden, welche tatsächlichen Voraussetzungen genau erfüllt sein müssen, um das Vorhandensein von Altlasten oder schädlichen Bodenveränderungen (!) zu bejahen¹¹. Reicht hierzu das erwähnte Gutachten des Käufers aus oder muss eine Verfügung der Behörde vorliegen (Bestandskraft?)? Kann sich der Käufer auf eine solche Verfügung berufen oder muss er sie zumindest durch einen Widerspruch überprüfen lassen? Da Sanierungen nutzungsbezogen durchgeführt werden (die Maßnahmenwerte der BBodSchV sind nutzungsabhängig, z. B. für Wohngebiete oder Industrie- und Gewerbegrundstücke unterschiedlich), sollte in einem Kaufvertrag auch die künftige Nutzung durch den Käufer bestimmt werden (auch im Hinblick auf die Bestimmbarkeit eines Sachmangels nach § 434 Abs. 1 S. 1 Ziff. 1 BGB).

Für den Fall, dass der für eine vorhandene schädliche Bodenveränderung oder Altlast nicht verantwortliche Zustandsstörer von der Behörde in Anspruch genommen wird, hat das BBodSchG neu eine Rückgriffsmöglichkeit nach § 24 Abs. 2 BBodSchG geschaffen, allerdings mit dem Beweisrisiko und der Prozessführungslast durch den Zustandsstörer vor dem Zivilgericht. Die Entscheidung des BGH vom 2.4.2004, V ZR 267/03¹² beschäftigt sich zwar mit einem Vertrag vor 1999, führt aber in den Urteilsgründen (II. 2. b) bb) 2., Urteilsabdruck S. 17) aus, dass bei Verträgen nach dem 1.3.1999 ein Gewährleistungsausschluss nicht ohne Weiteres den Anspruch aus § 24 Abs. 2 BBodSchG ausschließt. Im vorliegenden Fall kann angenommen werden, dass der Käufer diesen Rückgriffsanspruch behalten soll, da der Kaufpreis nicht um die voraussichtlichen Sanierungskosten gekürzt worden ist. Andernfalls macht die Verpflichtung des Veräußerers zur Sanierung keinen Sinn. Eine Klarstellung im Vertrag ist aber auf alle Fälle geboten.

⁵ In Baden-Württemberg gibt es die Verwaltungsvorschrift des Umweltministeriums über die Verwertung von als Abfall eingestuften Bodenmaterials vom 14.3.2007, Az. 25-8980.08M20. Wenn Bodenmaterial in oder auf eine durchwurzelbare Bodenschicht eingebracht wird, ist § 12 Bundes-Bodenschutz- und Altlastenverordnung (BBodSchV) zu beachten. Dazu gibt es eine Vollzugshilfe der Bund-Länderarbeitsgemeinschaft Boden (LABO). Grund also genug, ein solches Grundstück erst nach sachverständlicher Prüfung zu erwerben! Der Grund für das Fehlen einer verbindlichen Regelung auf Bundesebene liegt darin, dass hier zwei Interessengruppen - Verwertungsbranche und Umweltschutz - miteinander ringen.

⁶ Schürmann a.a.O. S. 9

⁷ Strittig, Nachweise bei Oyda a.a.O. S. 278, Fn. 468.

⁸ Schürmann a.a.O. S. 20, 25;

⁹ Körner a.a.O. (DNotZ) S. 353; Sorge a.a.O. S. 232; Knopp/Albrecht a.a.O. S. 8.

¹⁰ Schürmann a.a.O. S. 21; Körner a.a.O. (ZfIR) S. 892; Oyda a.a.O. S.278.

¹¹ Sorge a.a.O. S. 241

¹² NJW-RR 2004, 1243; Erläuterungen durch den beteiligten Richter Gaier in NZM 2005, 161.

Sicherung der Vertragserfüllung bei Bauträgerverträgen durch Einbehalt

(von Tilman Elsäßer, LL.M., Richter als Notarvertreter, Bad Säckingen)

Das Forderungssicherungsgesetz¹ wurde bereits von mehreren Autoren ausführlich besprochen. Dieses bestimmt in § 632a Absätze 2 bis 4 BGB neue Regelungen zur Sicherung der Vertragserfüllung bei Bauträger- und Verbraucherverträgen. Dabei wird dem Unternehmer gem. § 632a Absatz 3 Satz 3 das Wahlrecht eingeräumt, anstelle einer ansonsten zu stellenden Sicherheit eine Sicherung durch Einbehalt des Bestellers in Höhe von 5 v. H. der geschuldeten Vergütung vorzusehen.

Zu dieser Sicherheitsleistung durch Einbehalt wird bisher einhellig von den kommentierenden Notaren vertreten, dass dieser bei der ersten Rate nach der Makler- und Bauträgerverordnung vorzunehmen sei. Dem soll in diesem Beitrag im Blick auf den Wortlaut und die Systematik von § 632a entgegengetreten werden. Nach Ansicht des Verfassers muss der Einbehalt- im Gegensatz zur Stellung einer Sicherheit gemäß Satz 1 der Vorschrift - nicht zwingend durch Einbehalt bei der ersten Rate erfolgen. Vielmehr kann die Sicherheit durch Einbehalt auch sukzessive durch Einbehalt in Höhe von 5 v.H. der jeweils bis zur Abnahmereife fälligen Raten geleistet werden.

Zur Begründung der hier vertretenen Auffassung erscheint zunächst ein genauerer Blick auf den Wortlaut von § 632a Abs. 3 nötig. Dieser lautet: „Ist der Besteller ein Verbraucher und hat der Vertrag die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand, ist dem Besteller bei der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel in Höhe von 5 vom Hundert des Vergütungsanspruchs zu leisten.“ (Satz 1) „Auf Verlangen des Unternehmers ist die Sicherheitsleistung durch Einbehalt dergestalt zu erbringen, dass der Besteller die Abschlagszahlungen bis zu dem Gesamtbetrag der geschuldeten Sicherheit zurückhält.“ (Satz 3)

Auf den ersten Blick könnte man bei diesem Wortlaut meinen, dass die Sicherheit sowohl im Fall der Stellung einer Sicherheit gemäß Abs. 3 Satz 1 als auch im Fall der Sicherheitsleistung durch Einbehalt gemäß Satz 3 zwingend bereits bei der ersten Abschlagszahlung geleistet werden muss. So nehmen es jedenfalls die bisher vorliegenden notariellen Stellungnahmen ohne nähere Begründung an.² Es wird postuliert, dass auch Satz 3 meine, dass der volle Einbehalt bei der ersten Abschlagszahlung zu erfolgen habe, wenn diese mehr als 5 v.H. der Gesamtvergütung betrage.³

Jedoch ist in § 632a Abs. 3 Satz 3 ausdrücklich die Rede von „Abschlagszahlungen“ im Plural. Bisher haben die Kommentatoren diesem Plural keinerlei Bedeutung zugemessen bzw. sich nicht dazu geäußert. Demgegenüber meine ich, dass das bisher vertretene Verständnis den vom Gesetzgeber gewählten Wortlaut nicht ernst genug nehmen würde. Der Plural-Wortlaut von Satz 3 „Einbehalt von Abschlagszahlungen“ würde nach dem bisher vertretenen Verständnis nur für solche Verträge zur Anwendung kommen, bei denen als erste Abschlagszahlungen solche unterhalb von 5 v.H. der Gesamtvergütung vereinbart werden.

Diese Fälle kann es im Bereich der MaBV zwar geben, nämlich wenn zugunsten des Verbrauchers nur eine niedrigere erste Rate als Grundstücksrate vereinbart wird. Dies ist jedoch zumindest in meiner notariellen Praxis noch nie vorgekommen. Es erscheint deshalb eher fernliegend, dass der Gesetzgeber nur für diese seltenen Fälle gesondert den Plural gewählt hat.

Hinzu kommt, dass im Wortlaut der beiden Sätze ein weiterer Unterschied besteht, nämlich „eine Sicherheit“ in Satz 1 entgegen „die Sicherheitsleistung“ in Satz 3. Eine Sicherheit gemäß Satz 1 bedeutet nach den allgemeinen Regeln der §§ 232 ff. entweder eine Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren oder durch Stellung einer Bürgschaft. Nach § 232 Abs. 2 wäre letzteres nur zulässig, wenn die Sicherheit nicht durch Hinterlegung oder Verpfändung geleistet werden kann. Daher wurde abweichend davon in § 632a Abs. 4 eine Sicherheit auch durch eine Garantie oder sonstiges Zahlungsverprechen zugelassen.⁴

Im Gegensatz dazu wird in Abs. 3 Satz 3 nicht der in § 232 legal definierte Begriff „Sicherheit“ verwendet, sondern von „Sicherheitsleistung“ gesprochen. Dieser Begriff entspricht weder dem Wortlaut von § 232 noch dem erweiterten Begriff von § 632a Abs. 4, die beide den Begriff Sicherheit verwenden. Auch daraus ergibt sich m. E., dass für die Sicherheitsleistung durch Einbehalt gem. § 632a Abs. 3 S. 3 nicht zwingend die selben Regeln gelten müssen, wie im Fall der Stellung von Sicherheit im legal definierten Sinn gem. § 632a Abs. 3 S. 1.

Ein Blick in die Gesetzesbegründung führt an dieser Stelle weiter. Dort heißt es: „Nach Satz 3 kann die Sicherheitsleistung in Anlehnung an die Regelung in § 17 Nr. 6 VOB/B auch in der Weise erbracht werden, dass auf Verlangen des Unternehmers ein Einbehalt erfolgen kann. Da dieser Einbehalt von den Parteien direkt geregelt werden kann, wird der mit der Einschaltung einer Bank verbundene Organisations- und Kostenaufwand vermieden. Der Besteller kann im Falle einer solche Vereinbarung die Abschlagszahlungen so lange zurück halten, bis die geschuldete Sicherheit von 5 Prozent erbracht ist.“⁵

¹ Forderungssicherungsgesetz vom 23.10.2008, BGBl. I S. 2022; ohne weitere Angaben zitierte Paragraphen entstammen dem BGB

² Basty, Forderungssicherungsgesetz und Bauträgervertrag, DnotZ 2008, 891 ff;

Blank, Das neue Forderungssicherungsgesetz, notar 2008, 380 ff sowie notar 2009, 111;

DNotI-Report 1/2009; Dnotl, Gutachten vom 12.02.2009 (AZ ch-hd 91951, unveröffentlicht)

³ so ausdrücklich alle zitierten Autoren sowie das Dnotl im unveröffentlichen Gutachten

⁴ DnotI- Report aaO, S. 2; Blank aaO, S. 381

⁵ BT-Drucksache 16/511, Seite 15

Interessant ist hier der Verweis auf § 17 Nr. 6 VOB/B. Vorweg zu schicken ist, dass auch im Bereich der VOB/B zwei Arten von Sicherheiten vorgesehen sind: Einerseits gem. § 17 Nr. 7 VOB/B als Sicherheit im legal definierten Sinn der §§ 232 ff., wobei ähnlich wie in § 632a Abs. 4 gemäß § 17 Nr. 3, 4 VOB/B der Auftragnehmer das Wahlrecht zwischen den Formen der Sicherheit hat. Diese Form der Sicherheit im legal definierten Sinn hat der Auftragnehmer gem. § 17 Nr. 7 VOB/B binnen 18 Werktagen nach Vertragsabschluss zu leisten, wenn nichts anderes vereinbart ist.

Andererseits ist auch im Bereich der VOB/B die Sicherheit durch Einbehalt gem. § 17 Nr. 6 VOB/B vorgesehen. Für diesen Einbehalt regelt § 17 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B ausdrücklich, dass der Einbehalt von jeder einzelnen der vereinbarten Raten geleistet wird: „Soll der Auftraggeber vereinbarungsgemäß die Sicherheit in Teilbeträgen von seinen Zahlungen einbehalten, so darf er *jeweils* die Zahlung um höchstens 10 v. H. kürzen, bis die vereinbarte Sicherheitssumme erreicht ist.“

Wenn nun in § 632a Abs. 3 der Unterschied zwischen dem Singular „Sicherheit“ in Satz 1 und dem Plural „Abschlagszahlungen“ angelegt ist, und dies in der Gesetzesbegründung untermauert wird durch einen Verweis auf die wesentlich klarer formulierte Unterscheidung der VOB/B zwischen dem Einbehalt des Auftraggebers in § 17 Nr. 6 VOB/B von jeder Zahlung und der Sicherstellung binnen 18 Werktagen nach Vertragsschluss in § 17 Nr. 7 VOB/B, so sprechen der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte dafür, dass die Sicherheitsleistung durch Einbehalt nicht zwingend bei der ersten Rate vorgesehen werden muss.

Aus systematischen Gesichtspunkten lässt sich dies nicht dadurch entkräften, dass § 632a Abs. 3 nicht nur Bauträgerverträgen Anwendung findet, sondern bei jedem Vertrag, der die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand hat und bei dem gleichzeitig der Besteller ein Verbraucher ist.

Im Bereich der nunmehr gem. § 632a Absatz 2 legal definierten Bauträgerverträge „können Abschlagszahlungen nur verlangt werden, soweit sie gemäß einer Verordnung auf Grund von Artikel 244 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche vereinbart sind“. Für Bauträgerverträge gilt mithin die Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen vom 23.05.2001 in der durch das Forderungssicherungsgesetz geänderten Fassung, und zwar gem. § 632a Abs. 2 unabhängig davon, ob es sich bei dem Bauträgervertrag um einen Vertrag mit einem Verbraucher handelt oder nicht.

In § 1 Satz 1 und 2 der Verordnung sind die zulässigen Abschlagszahlungsvereinbarungen durch den Verweis auf die MaBV abschließend geregelt. Ergänzend dazu bestimmt § 1 Satz 3 der Verordnung, dass § 632a Abs. 3 Anwendung findet. M.E. sollte man davon ausgehen, dass es sich bei dem untergesetzlichen Verweis der Verordnung auf § 632a Abs. 3 um eine Rechtsfolgenverweisung handelt. Die Verordnung ergänzt also für alle Bauträgerverträge – wohl nicht nur für Bauträgerverträge mit Verbrauchern – die Anwendung des § 632a Abs. 3 zusätzlich zum Schutz der MaBV. Aus dieser Verweisungskette ergibt sich, dass zumindest bei solchen Bauträgerverträgen, bei denen der Besteller ein Verbraucher ist – sowie m. E. auch bei solchen zwischen Unternehmern – Abschlagszahlungen gemäß der MaBV nur dann vereinbart werden dürfen, wenn dem Besteller die in § 632a Abs. 3 genannten Sicherheiten geleistet werden.

Andererseits ergibt sich aus dieser Verweisungskette nicht, dass § 632a Abs. 3 nur im Fall der nunmehr legal definierten

Bauträgerverträge zur Anwendung kommen würde. Vielmehr findet Absatz 3 nach seinem Wortlaut auch direkt – ohne die Verweisung über § 632a Abs. 2 und die Verordnung – für solche Werkverträge Anwendung, die nicht über die Verweisung dem Anwendungsbereich der MaBV unterfallen, aber Verbraucherverträge sind.

Dies gilt z.B. für unechte Bauträgerverträge, bei denen die Übereignung des Grundstücks nicht vom Unternehmer erbracht wird. In diesen Fällen wird zwar zum Schutz des Verbrauchers eine Anlehnung an die Raten der MaBV empfohlen, gesetzlich zwingend ist dies indes nicht. Dort können also Raten grundsätzlich frei vereinbart werden, wobei die erste Rate mehr oder weniger als 30% der Gesamtvergütung betragen kann. So können z.B. zunächst kleinere Raten z.B. für Planungsschritte oder Architektenarbeiten vereinbart werden, die erst in der Summe 5 v. H. der geschuldeten Vergütung ausmachen.

Es kann also nach der Systematik des Forderungssicherungsgesetzes Fälle geben, in denen gem. § 632a Abs. 3 die dort vorgesehenen Sicherheiten gestellt werden müssen, aber kein Bauträgervertrag vorliegt und mithin die ersten Raten weniger als 30% betragen. Diese Raten müssten dann zwingend sämtlich bis zum Erreichen der 5%- Schwelle zurückbehalten werden. Damit ist außerhalb des echten Bauträgervertrags in diesen Fällen dem Plural des § 632a Abs. 3 S. 3 ein Anwendungsbereich erhalten. Für dem Normalfall des Bauträgervertrages mit einem Verbraucher, bei dem zwingend die erste Grundstücksrate 30% der Vergütungssumme beträgt wäre der Plural indes gegenstandslos. M. E. kann dem Gesetzgeber nicht ohne näheren Hinweis unterstellt werden, dass er bei der Formulierung des Plurals gerade an diese Spezialfälle gedacht hat.

Eine solche Auslegung verstößt auch nicht gegen Sinn und Zweck der neu eingeführten Fertigstellungssicherheit. Diese soll insbesondere das Risiko des steckenbleibenden Baus abzusichern helfen und den Erwerber damit besser als bisher schützen.⁶ Die damit geforderte Vertragserfüllungssicherheit soll nach der Gesetzesbegründung alle Ansprüche abdecken, die dadurch entstehen, wenn das Bauwerk insbesondere im Fall der Insolvenz des Bauunternehmers nicht vollendet oder mangelhaft errichtet wird. Gesichert werden demnach die Ansprüche des Besteller wegen Baumängel oder nicht rechtzeitiger Herstellung. Bei dieser Sicherung handelt es sich also um die Sicherung der Vertragserfüllung.

Der Gesetzesbegründung kann aber nicht entnommen werden, wie weit genau die Verbesserung des Schutzniveaus gegenüber der MaBV vorangetrieben werden soll. Das DNotI meint, dass es dem Sinn der Fertigstellungssicherheit entspreche, wenn der Besteller im Fall des Steckenbleiben des Baus noch ein zusätzliches Polster für die Mehrkosten hat, die dann aus der Beauftragung anderer Bauunternehmen entstehen. Dieses Polster sei vor allem in den ersten Phasen des Bauens wichtig, während das Fertigstellungsrisiko immer weiter sinke, je weiter der Baufortschritt voran schreitet. Von daher sei es sinnlos, wenn die Fertigstellungssicherheit sich erst sukzessive mit dem Baufortschritt aufbauen würde.⁷

Dem möchte ich entgegenreten. Erstens ist das Argument des DnotI zumindest in Bezug auf die Grundstücksrate wirtschaftlich nicht ganz stichhaltig. Die Grundstücksrate ist ohnehin in voller Höhe für den Erwerb des Grundstücks und

⁶ Gesetzesbegründung, BT- Drs. 16/511 aaO; Gutachten, DnotI Report 1/2009, 2;; Blank aaO, Seite 382

⁷ DnotI, Gutachten, unveröffentlicht.

Erschließungskosten vorzusehen. Bei einer Insolvenz des Bauträgers in dieser frühen Phase sind noch keine Bauleistungen erbracht. In der Industriepraxis rechtfertigen sich die Preiserhöhungen bei der Beauftragung neuer Unternehmer nach meiner Erfahrung insbesondere aus deren zu vergütendem Risiko, für die Vorleistungen des in Insolvenz geratenen Unternehmers im Rahmen der Sachmängelhaftung aufgrund unklar definierter Schnittstellen zum Vorunternehmer oder aufgrund als vertraglicher Nebenpflicht angesehenen Untersuchungspflichten für die bereits erstellte Bausubstanz mit eintreten zu müssen. Diese Problematik stellt sich indes in der Frühphase noch gar nicht.

Aus Sicht des Bauträgers würde das geforderte Schutzniveau seine Liquidität weiter beeinträchtigen, da ihn die Stellung von Sicherheiten gem. § 632a Abs. 3 S.1 durch Bankbürgschaften (die zumindest in der gegenwärtigen Finanzmarktlage von den Kreditinstituten auch restriktiver vergeben werden) mit Kosten belastet und ihn ein Einbehalt in Höhe von 5% der Gesamtvergütung bereits bei der ersten

Rate gerade dann besonders in seiner Liquidität belastet, wenn er sowohl den Grundstückspreis zu zahlen hat als auch seine Mobilisierungskosten an die Subunternehmer vorstrecken muss. Eine solche Erweiterung des Schutzes gegen den Wortlaut von § 632a Abs. 3 ohne eingehende Begründung fordern zu wollen, ist m. E. vom Gesetzgeber des Forderungssicherungsgesetzes nicht intendiert.

Dem Sinn der Sicherheit ist auch dann Genüge getan und das Schutzniveau auch dann gegenüber der MaBV verbessert, wenn sich durch Einbehalt von jeder Rate das Schutzniveau erst sukzessive zu 5 v. H. aufbaut. Dies ist das angesichts des Verweises der Gesetzesbegründung auf § 17 Nr. 6 VOB/B das vom Gesetzgeber bewusst gewählte Schutzniveau; eine weiter gehende AGB-rechtlich zwingende Absicherung des Verbrauchers für die Fertigstellung zu fordern, würde über das vom Gesetzgeber gewählte Schutzniveau hinaus gehen. Eine solche weitergehende Sicherung ist zwar aus Verbrauchersicht wünschenswert, aber m. E. de lege lata nicht zwingend gefordert

Rechtsprechung

BGB §§ 472, 428

Ist das Vorkaufsrecht an einem Grundstück mehreren Berechtigten eingeräumt, so kann es in der Regel auch von einem Berechtigten allein ausgeübt werden. Dies gilt insbesondere, wenn das Vorkaufsrecht als Gesamtberechtigung nach § 428 BGB eingeräumt ist.

OLG Stuttgart, Urteil vom 11.12.2008 – 7 U 155/08

Aus den Gründen:

I.

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit der Ausübung eines Vorkaufsrechts.

Die Kläger sind Eigentümer des Grundstücks W. Straße 12 in S.-B. C.. Zugunsten des Beklagten und seines Vaters ist im Grundbuch ein im Jahr 1978 eingeräumtes Vorkaufsrecht eingetragen, das den Berechtigten „als Gesamtberechtigte nach § 428 BGB“ zusteht. Der Vater des Beklagten trat bei der Bestellung des Vorkaufsrechts als Generalbevollmächtigter des Beklagten auf. Die Kläger verkauften das Grundstück am 15.09.2006 mit notariellem Kaufvertrag zu einem Kaufpreis von 1,9 Mio € an die Streithelferin. Auf der Verkäuferseite wurde der Kaufvertrag durch die Generalbevollmächtigte Krauß abgeschlossen. Durch Schreiben des Notars vom 04.10.2006 wurde der Abschluss des Kaufvertrages den Vorkaufsberechtigten mitgeteilt. Der Zeitpunkt des Zugangs der Schreiben ist streitig. Dem Vater des Beklagten ging das Schreiben am 06.10.2006 oder 07.10.2006 zu. Der Beklagte erhielt das Schreiben am 09.10.2006 oder 07.11.2006. Mit Schreiben vom 06.12.2006 erklärte der Beklagte die Ausübung seines Vorkaufsrechts. Eine Kopie des Schreibens ging der Zeugin K. am 06.12.2006 zu. Außerdem wurde ihr am 07.12.2006 eine schriftliche Erklärung über die Ausübung des Vorkaufsrechts des Zeugen R. übergeben, der die Kopie einer Vollmacht und erneut eine Kopie des Schreibens vom 06.12.2006 beigefügt war.

Die Kläger und die Streithelferin haben in erster Instanz beantragt, festzustellen, dass die Kläger nicht verpflichtet sind, das Eigentum an dem Grundstück Gemarkung B. C., Flurstück 1., W. Straße 12, Hof- und Gebäudefläche, Auskragung; Überdachung, Unterkellerung, Teil auf Flurstück 1., Teil auf Flurstück 1., 12a 81m² - eingetragen im Grundbuch von S.-B. C., Heft M 77, Abt. I Nr. 7 - auf den Beklagten zu übertragen. Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, der Beklagte habe sein Vorkaufsrecht rechtzeitig innerhalb der gesetzlichen Frist von zwei Monaten ausgeübt. Er sei zur alleinigen Ausübung des Vorkaufsrechts, die formfrei möglich sei, berechtigt gewesen.

Gegen das landgerichtliche Urteil hat nur die Streithelferin Berufung eingelegt. Sie macht geltend, die Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts beginne entgegen der Auffassung des Landgerichts mit der Mitteilung beim einzelnen Vorkaufsberechtigten, nicht mit der Mitteilung beim letzten Berechtigten. Das Vorkaufsrecht des Vaters des Beklagten sei durch die Ausübung des Vorkaufsrechts durch den Beklagten nicht zum Erlöschen gebracht worden. Es handele sich um ein gemeinschaftliches Vorkaufsrecht, das nur im Ganzen ausgeübt werden könne, nicht um mehrere Vorkaufsrechte. Zwar könne ein gemeinschaftlich Berechtigter sein Recht allein ausüben, wenn das Recht des anderen Berechtigten erloschen ist oder dieser sein Recht nicht ausübt. Diese vom Gesetz vorgesehenen Tatbestände seien aber nicht erfüllt, weil der Beklagte sein Vorkaufsrecht allein und ausschließlich für sich ausgeübt habe, als auch seinem Vater das Vorkaufsrecht formal noch zugestanden habe. Die Regelung in § 428 BGB sei nicht einschlägig, weil sie nur dem Schuldner das Recht gebe, an einen der Gesamtgläubiger zu erfüllen, aber nicht die Rechtsbeziehungen der Gesamtgläubiger regle. Auch insoweit leide die Ausübung des Vorkaufsrechts an einem Rechtsmangel, nachdem der Beklagte sein alleiniges Recht nicht aufschiebend bedingt durch das Erlöschen des Rechts seines Vaters ausgeübt habe. Zwar könne das Vorkaufsrecht formlos ausgeübt werden, die Fotokopie einer Erklärung ohne eigenhändige Unterschrift genüge aber nicht.

Die Streithelferin beantragt:

Das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 27.06.2008, AZ: 12 O 482/07, wird abgeändert und der Klage stattgegeben.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil unter Vertiefung seines Vorbringens.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, auf das landgerichtliche Urteil sowie auf die Sitzungsniederschriften Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.

Der Feststellungsantrag der Kläger ist unbegründet, weil der Beklagte sein Vorkaufsrecht wirksam nach § 464 BGB (entspricht § 505 a. F. BGB) i.V.m. § 1098 Abs. 1 BGB ausgeübt hat.

1.

Die Ausschlussfrist zur Ausübung des Vorkaufsrechts von zwei Monaten gemäß § 469 Abs. 2 BGB (§ 510 Abs. 2 a. F. BGB) wurde gewahrt.

a) Die Frist begann für den Beklagten frühestens am 09.10.2006. Die Ausschlussfrist wird erst in Lauf gesetzt, wenn dem Vorkaufsberechtigten der richtige und vollständige Inhalt des das Vorkaufsrecht auslösenden Kaufvertrags mitgeteilt worden ist (BGH NJW-RR 2006, 1449). Das Notarschreiben vom 04.10.2006 mit dem Kaufvertrag ist dem Beklagten aber jedenfalls nicht vor dem 09.10.2006 zugegangen.

aa) Dahinstehen kann, ob bei mehreren Berechtigten die Frist für alle Berechtigte gemeinsam beginnt, wenn der letzte die Mitteilung erhält (MüKo/Westermann, BGB, 2008, § 472, Rn. 2; Faust in Bamberger/Roth, Beck'scher Online-Kommentar, § 472, Rn. 3 m.w.N.). Die Mitteilung erfolgte gegenüber dem Vater des Beklagten jedenfalls vor dem 09.10.2006, weshalb für den Fristbeginn auch insoweit der 9.10.2006 als frühester Zeitpunkt heranzuziehen wäre.

bb) Auf den Zeitpunkt der Zustellung der Mitteilung beim Vater des Beklagten am 06. oder 07.10.2006 kann nicht abgestellt werden. Zwar verfügte der Vater des Beklagten seit 1973 über eine notarielle Generalvollmacht des Beklagten (K 3), ohne dass vom Beklagten deren Erlöschen nach § 168 BGB behauptet wird. Auch wurde die Generalvollmacht im Rahmen der Bestellung des Vorkaufsrechts im Jahr 1978 verwendet, weshalb angenommen werden kann, dass sie auch Mitteilungen, die das Vorkaufsrecht betreffen, umfasst. Der Vater des Beklagten wäre mithin als Empfangsvertreter anzusehen (§ 164 Abs. 3 BGB).

Es fehlt aber an den Voraussetzungen für einen Zugang der Mitteilung nach § 130 Abs. 1 BGB. Eine schriftliche Erklärung ist nur dann abgegeben im Sinne dieser Regelung, wenn sie mit dem Willen des Erklärenden zielgerichtet auf einen bestimmten Erklärungsempfänger in den Verkehr gelangt ist (BGH NJW 1979, 2032). Dabei muss darauf abgestellt werden, wie sich die Lage einem objektiven Erklärungsempfänger unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte darstellt (BGH DNotZ 1983, 624). Das Schreiben des Notars an den Vater des Beklagten enthält zwar den Hinweis, dass dieser bei bestehender Vollmacht die Vorkaufsanzeige für den Beklagten entgegen nehmen und gegebenenfalls eine Verzichtserklärung abgeben „kann“. Für die Annahme einer zielgerichteten Erklärung genügt dies aber nicht. Aus dem Schreiben des Notars an den Vater des Beklagten geht weiter hervor, dass eine entsprechende Mitteilung dem Beklagten gesondert zugesandt wird. Die Beifügung einer Kopie dieses weiteren Schreibens diene erkennbar der Information. Es kann daher nicht auf den Zugang dieser Kopie beim Vater des Beklagten abgestellt werden.

Dahinstehen kann, dass es sich bei der Mitteilung an den Vorkaufsberechtigten um eine - ohne Rechtsfolgenwillen abgegebene - Wissenserklärung handelt (BGH WM 1985, 1446). Auf eine Wissenserklärung ist die Regelung für den Zugang nach § 130 Abs. 1 BGB entsprechend anzuwenden (Staudinger-Mader, BGB, 2004, § 469, Rn. 13).

b) Der Beklagte hat sein Vorkaufsrecht nach den zutreffenden Feststellungen des Landgerichts spätestens am 07.12.2006 ausgeübt und damit die Frist von zwei Monaten eingehalten. Die Ausübungserklärung des Beklagten wurde spätestens zu diesem Zeitpunkt der Bevollmächtigten der Kläger, der Zeugin K., zugeleitet.

aa) Dass die schriftliche Erklärung des Beklagten am 06.12.2006 nur in Kopie zugeht, steht der Abgabe einer wirksamen Willenserklärung nicht entgegen. Nach § 464 Abs. 1 Satz 2 BGB (§ 505 Abs. 1 S. 2 a. F. BGB) bedarf die Erklärung über die Ausübung des Vorkaufsrechts nicht der für den Kaufvertrag bestimmten Form. Insofern ist auch die Einhaltung insbesondere der Schriftform nach § 126 BGB, die eine eigenhändige Namensunterschrift erfordern würde, nicht notwendig. Es reicht jede Willensäußerung aus, die auf eine Rechtsfolge gerichtet ist. Hierzu genügt auch die Kopie einer im Original unterschriebenen schriftlichen Erklärung, die nach den Umständen als Willenserklärung dienen soll. Eine solche Kopie kann unter besonderen Umständen sogar zur Wahrung der vereinbarten Schriftform genügen (BGH NJW 1999, 596).

Außerdem wurde der Bevollmächtigten der Kläger am 07.12.2006 ein unterzeichnetes Schreiben des Bevollmächtigten des Beklagten übergeben, in dem nochmals die Ausübung des Vorkaufsrechts des Beklagten erklärt wurde. Die insoweit bestehende Vollmacht ergibt sich aus dem in Kopie beigefügten Schreiben des Beklagten.

bb) Zutreffend hat das Landgericht festgestellt, dass die Zeugin K. Empfangsbevollmächtigte der Kläger im Sinne der §§ 164 Abs. 3, 130 BGB war. Die Kläger hatten der Zeugin Generalvollmachten für ihr in der Bundesrepublik befindliches Vermögen erteilt. Diese Vollmachten berechnete die Zeugin unstreitig zum Abschluss des streitgegenständlichen Kaufvertrages. Von der Vollmacht wird daher erst recht die Entgegennahme der formlosen Erklärung über die Ausübung des Vorkaufsrechts umfasst. Der Vertreterwille ergibt sich bei der passiven Stellvertretung schon aus der Entgegennahme einer an den Vertreter gerichteten Erklärung (Palandt-Heinrichs, BGB, 67. Aufl., § 164, Rn. 17). Dies gilt auch, soweit in einem Fall eine vollmachtlose Vertretung vorlag, die im Nachhinein genehmigt wurde.

c) Nachdem die Generalbevollmächtigte der Kläger bereits am 06.12.2006 einen Brief mit der Erklärung des Beklagten über die Ausübung seines Vorkaufsrechts erhielt, wäre im Übrigen die Ausübung des Vorkaufsrechts selbst dann rechtzeitig erfolgt, wenn auf den Zugang der Mitteilung beim Vater des Beklagten am 06.10.2006 abzustellen wäre.

2.

Der Beklagte hat sein Vorkaufsrecht wirksam ausgeübt.

a) Er war nach § 428 BGB zur alleinigen Ausübung des Vorkaufsrechts berechtigt.

aa) Ausweislich der Bestellung vom 04.10.1978 (K 1) wurde das Vorkaufsrecht dem Beklagten und dessen Vater ausdrücklich als Gesamtberechtigte nach § 428 BGB eingeräumt. Danach kann jeder der Berechtigten die gesamte Leistung fordern, der Verpflichtete ist aber nur zu einer einmaligen Leistung verpflichtet, so dass er an jeden der Berechtigten leisten kann. Dies hat zur Folge, dass schon die Übertragung des Eigentums an einen der Gesamtgläubiger schuldbefreiend wirkt (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rn. 1406). Wäre dies nicht vereinbart, könnte der Verpflichtete, da eine unteilbare Leistung vorliegt (§ 472 BGB), nur an alle Berechtigten leisten, ein Berechtigter nur Leistung an alle fordern (§ 432 BGB).

bb) Eine solche Regelung ist zulässig. Gesamtberechtigungen gemäß § 428 BGB können auch an dinglichen Rechten beste-

hen, sie müssen wegen § 47 GBO nur entsprechend gekennzeichnet sein (Palandt-Heinrichs, a.a.O., § 428, Rn. 4). Zwar bestimmt § 472 Satz 1 BGB (§ 513 Satz 1 a. F. BGB), dass ein mehreren gemeinschaftlich zustehendes Vorkaufsrecht nur „im Ganzen“ ausgeübt werden kann. Dies soll verhindern, dass der Verpflichtete – bei nur teilweiser Ausübung des Vorkaufsrechts – wider seinen Willen in eine Gemeinschaft gezwungen wird (Staudinger-Mader, BGB, 2004, § 472, Rn. 2). Nicht geregelt ist in § 472 BGB hingegen die Frage, ob die gemeinschaftlich Vorkaufsberechtigten – wie zum Beispiel bei einer Erbengemeinschaft nach § 2034 BGB – nur gemeinschaftlich das Vorkaufsrecht ausüben können oder auch in der Weise, dass einem allein das Recht zusteht, das unteilbare Vorkaufsrecht auszuüben, und ob in einem solchen Fall er allein oder alle gemeinsam Berechtigten in den Kaufvertrag eintreten und die Übertragung des Eigentums verlangen können. Dann steht die Regelung des § 428 BGB aber nicht im Widerspruch zu § 472 BGB, denn § 428 BGB ermöglicht nicht die Ausübung des Vorkaufsrechts nur zu einem Bruchteil. Übt ein Berechtigter das dingliche Vorkaufsrecht aus, wird das gesamte Grundstück von der Ausübung des Vorkaufsrechts erfasst (OLG Frankfurt DNotZ 1986, 239).

cc) Danach bleibt für die Regelung in § 472 Satz 2 BGB (§ 513 Satz 2 a. F. BGB) vorliegend kein Anwendungsbereich. Sie befreit von der erforderlichen gemeinschaftlichen Rechtsausübung aller Mitberechtigten, wenn das Vorkaufsrecht für einen der Berechtigten erloschen ist oder einer von ihnen sein Recht nicht ausübt. Ist eine Gesamtberechtigung im Sinne von § 428 BGB vereinbart, ergibt sich die Befugnis zur alleinigen Rechtsausübung jedes Berechtigten aber schon aus dieser Bestimmung.

b) Aber selbst wenn man annehmen würde, dass sich das Recht des einzelnen Berechtigten im Sinne von § 428 BGB, das Vorkaufsrecht für sich allein verlangen zu können, nach § 472 Satz 2 BGB richtet, hat der Beklagte sein Vorkaufsrecht wirksam geltend gemacht. Die Voraussetzungen für die Befreiung von der notwendigen Rechtsausübung durch alle Mitberechtigten sind gegeben. Der Vater des Beklagten hat sein Vorkaufsrecht durch Verstreichen lassen der Ausschlussfrist nicht ausgeübt. Die Notwendigkeit einer Erklärung über die Nichtausübung des Vorkaufsrechts, etwa ein Verzicht, sieht die Regelung in § 472 Satz 2 BGB nicht vor.

Entgegen der Auffassung der Berufung kann der Einzelberechtigte das Vorkaufsrecht nicht erst dann ausschließlich für sich ausüben, wenn Vorkaufsrechte anderer Berechtigten nicht mehr bestehen. Vielmehr ist in einem solchen Fall die Ausübung des alleinigen Vorkaufsrechts aufschiebend bedingt durch die Nichtausübung der Vorkaufsrechte durch andere Beteiligte wirksam (BGH NJW 1982, 330; Staudinger/Mader, a.a.O., § 472, Rn. 7; Schönher/Stöber, a.a.O.). Der Anspruch des ausübenden Berechtigten auf Auflassung erstreckt sich auf den Anteil des Mitberechtigten, der das Vorkaufsrecht nicht (mit-) ausgeübt hat oder bei dem es erloschen ist. Diese folgt unmittelbar aus der Ausgestaltung des Vorkaufsrechts durch § 472 BGB (BGH NJW 1997, 3235).

Problematisch wird die alleinige Ausübung des Vorkaufsrechts zugunsten nur eines Berechtigten erst dann, wenn andere Mitberechtigte ebenfalls das Recht für sich alleine ausüben wollen. Nur in diesem Fall kann es geboten erscheinen, das Vorkaufsrecht in erster Linie für sich und andere Berechtigte gemeinsam, hilfsweise, falls sich der andere Berechtigte nicht anschließt, für sich allein auszuüben. Ob dies zur Folge hat, dass der Vertrag zwischen dem ersten Berechtigten und dem Verpflichteten auch dann zustande kommt, wenn der zweite Berechtigte sich nicht anschließt, sondern erklärt, er übe das Recht nur für sich alleine aus (Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl., § 513 Rn. 4; a. A. MüKo/Westermann, a.a.O., § 472, Rn. 3; Ermann/Grunewald, BGB, 2004, § 472, Rn 3), kann vorliegend aber dahinstehen. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Die noch weiter gehende Auffassung der Berufung, dass eine abgestufte Ausübung des Vorkaufsrechts immer erforderlich ist, weil die Berechtigung zur alleinigen Ausübung zum Zeitpunkt der Ausübung noch nicht besteht, findet weder im Gesetz noch in der Rechtsprechung (BGH NJW 1982, 330) eine Stütze.

c) Zutreffend weist die Berufung zwar darauf hin, dass eine vom Landgericht zitierte Fundstelle (Selb, Handbuch des Schuldrechts, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldern, Seite 253) sich auf die Bestellung mehrerer dinglicher Vorkaufsrechte im gleichen Rang bezieht. Insbesondere soll nach der dort in Bezug genommenen Entscheidung des Amtsgerichts Gemünden die Eintragung mehrerer dinglicher Vorkaufsrechte im gleichen Rang jedenfalls dann zulässig sein, wenn diese Vorkaufsrechte gemäß ihrer inhaltlichen Ausgestaltung bei der Ausübung nicht kollidieren können (AG Gemünden MitBayNot. 1974, 145). Letztlich kann dies hier aber ebenso dahinstehen, wie die Frage, ob bei möglicherweise kollidierenden gleichrangigen Vorkaufsrechten eine Prioritäts- oder Ausgleichstheorie Anwendung finden kann. Vorliegend geht es lediglich um die Ausübung eines gemeinsamen Vorkaufsrechts, was das Landgericht in seiner Entscheidung auch beachtet hat.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO. Nachdem nur die Streithelferin Berufung eingelegt hat und sich die unterstützte Hauptpartei an der Berufung nicht beteiligte, sind die Kosten des Berufungsverfahrens allein der Streithelferin aufzuerlegen. (BGHZ 139, 214; OLGR Köln 1994, 83; OLGR Celle 1996, 84; Zöller/Herget, ZPO, 27. Auflage, § 101, Rn. 4). Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO sind nicht erfüllt, da der Rechtsstreit weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert.

IV.

Der Streitwert ist nach den §§ 3 ZPO, 48 Abs. 1 GKG zu bemessen. Maßgeblich ist das gemäß § 3 ZPO zu schätzenden Interesse der Kläger an der begehrten Feststellung (Zöller/Herget, ZPO, 26. Aufl., § 3, Rn. 2). Bei einer Rechtsstreitigkeit über ein Vorkaufsrecht bietet zwar grundsätzlich der Wert des Gegenstandes, auf den sich das Vorkaufsrecht bezieht, einen Anhaltspunkt für das zu bewertende Interesse (BGH WM 1997, 643). Allerdings kann der durch den Kaufpreis indizierte volle Wert des Grundstücks vorliegend nicht in Ansatz gebracht werden. Dieser Wert entspricht dem Interesse des Vorkaufsberechtigten oder des Dritten, also dem Interesse des Beklagten oder der Streithelferin. Beim Interesse der Kläger ist zu berücksichtigen, dass diese in jedem Fall verpflichtet sind, das Grundstück zu übereignen. Fraglich ist nur, ob dies Verpflichtung gegenüber dem Beklagten oder gegenüber der Streithelferin besteht. Der Senat sieht daher hier die Hälfte des Grundstückswerts als angemessen an. Nachdem es sich um eine negative Feststellungsklage handelt, ist ein Abschlag in Höhe von 20 % nicht vorzunehmen. Die Beschwerden der Kläger und der Streithelferin gegen den Streitwertbeschluss des Landgerichts 27.06.2008 sind damit erledigt.

Mitgeteilt durch die Veröffentlichungsstelle des OLG Stuttgart

Buchbesprechung

Demharter. Grundbuchordnung. 26., neubearbeitete Auflage, 2008, 1337 S., Verlag C. H. Beck, 69,50 €.

In letzter Zeit sind viele obergerichtliche Entscheidungen zum Liegenschaftsrecht ergangen. Die aktuelle Auflage dieses überaus beliebten Kommentars berücksichtigt und bewertet dies in gewohnter Weise. So wird die Grundbuchfähigkeit einer GbR trotz der bisherigen Entscheidungen des BGH und des OLG Stuttgart weiterhin als ungeklärt betrachtet, insbesondere wie bei Eintragung einer GbR lediglich mit ihrem Namen die Identität der Gesellschaft und die Vertretungsbefugnis bei Verfügungen in grundbuchmäßiger Form nachgewiesen werden kann (§ 19 Rnr. 108). Der BGH hat jetzt auf Divergenzvorlage des Kammergerichts (EWiR 2008, 395 bearb. v. Demharter = NJ 2008, 366 bearb. v. Gerdes = NJW-Spezial 2008, 483 = NotBZ 2008, 270 gegen OLG Schleswig Rpfleger 2008, 131) die Gelegenheit, Stellung zu beziehen, zumindest zur Gläubigerbezeichnung bei beschränkten dinglichen Rechten. Demharter bejaht mit der überwiegenden Mehrheit den Erwerb eines dinglichen Rechts durch den WEG-Personenverband, wobei das Grundbuchamt nicht zu prüfen hat, ob der Erwerb ordnungsgemäßer Verwaltung entspricht (§ 19 Rnr. 106; ebenso OLG Celle Rpfleger 2008, 296 = NotBZ 2008, 198 m. Anm. Heggen = notar 6-2008, 75 m. Anm. Langhein; LG Deggendorf NotBZ 2008, 280; Böhringer NotBZ 2008, 179; Hügel NotBZ 2008, 169). Akzeptiert wird nun, dass ein vom Basiszinssatz des § 247 BGB abhängiger gleitender Zinssatz bei Grundpfandrechten eingetragen werden kann (Anh. 44 zu § 44). Eine Erbengemeinschaft wird weiterhin für nicht rechtsfähig und nicht grundbuchfähig betrachtet (§ 19 Rnr. 99; ebenso BGHZ 146, 341 = DNotZ 2001, 234 = Rpfleger 2001, 246; BGH DNotZ 2007, 134 = Rpfleger 2007, 75). Wenn ein weicher Miterbe aus dem Nachlass mit einem Grundstück abgefunden werden soll, bedarf es der notariellen Form des § 311b Abs. 1 BGB; will er das Grundstück dem anderen zu Alleineigentum überlassen, genügt das formlose Ausscheiden aus der Erbengemeinschaft (BGH NotBZ 2005, 306 = WM 2005, 1528 = ZNotP 2005, 67; kritisch Schmidt AcP 2005, 305).

Zur Verwendbarkeit einer Vorsorgevollmacht im Grundstücksverkehr wird leider nur auf unterschiedliche Meinungen verwiesen (§ 29 Rnr. 42). Die im letzten Monat vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens erlangte Zwangshypothek wird mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens unwirksam; das Werk (Anh. 66 zu § 44) geht bei dieser Rückschlagsperre von einer Eigentümergrundschuld aus (anders BGHZ 166, 74 = DNotZ 2006, 514 = Rpfleger 2006, 253 m. Anm. Demharter = Rpfleger 2006, 388 m. Anm. Bestelmeyer). Das Grundbuchamt hat Eintragungsanträge in angemessener Zeit zu erledigen, andernfalls es zu Amtshaftungsansprüchen kommen kann; eine hohe Arbeitsbelastung ist keine Ausrede (§ 18 Rnr. 1; ebenso BGH DNotZ 2007, 371 = Rpfleger 2007, 254). Die Frage der Einsicht in Grundbuch und Grundakten spielt im Notariat eine alltägliche Rolle, insbesondere bei der Beurkundung von Kaufverträgen über Grundstücke, die mit Dienstbarkeiten, Vorkaufsrechten u.a. belastet sind; ein Unterlassen solcher Einsicht rechtfertigt den Vorwurf der Fahrlässigkeit, die der BGH (Rpfleger 2005, 185 m. Anm.

Rpfleger 2005, 185 = ZfIR 2005, 106 m. Anm. Dümig; dazu Reithmann MittBayNot 2005, 207) sogar „als grob“ bewertet. Demharter verneint den Verzicht auf das Miteigentum an einem Grundstück und auf das Wohnungseigentum (Anh. 4 zu § 44; ebenso BGH Rpfleger 2007, 457 m. Anm. Kessler DNotZ 2007, 840; BGH DNotZ 2007, 845 = Rpfleger 2007, 537). Das Werk verneint weiter die Eintragbarkeit eines Nacherbenvermerks, wenn bei einer Gesamthandsgemeinschaft einer von mehreren Miterben durch einen Vorerben beerbt wird (§ 51 Rnr. 3; ebenso BGH DNotZ 2007, 700 = NJW 2007, 2114 m. Anm. Keim = Rpfleger 2007, 383 m. krit. Anm. Armbruster = Rpfleger 2007, 459 m. Anm. Dümig; Bestätigung von OLG Stuttgart Rpfleger 2007, 136 m. Anm. Böhringer Rpfleger 2007, 260).

Für die Teilung eines Grundstücks ist nach Bundesrecht nur noch zur Sicherung besonderer Verfahren nach dem BauGB eine Genehmigung einzuholen; in Normalfällen hat das Grundbuchamt keine Nachweise zu verlangen (§ 7 Rnr. 7). In den neuen Bundesländern besteht bei der Vereinigung von Grundstückseigentum und Gebäudeeigentum in einer Hand ein Verfügungsverbot nach § 78 SachenRBERG, gleichwohl hält Demharter (§ 144 Rnr. 13) die Eintragung einer Zwangshypothek auf beiden Rechtsobjekten als Gesamthypothek für zulässig. An einem selbstständigen Gebäudeeigentum kann kein Wohnungseigentum begründet werden (§ 144 Rnr. 11). Eine Übermittlung einer Eintragungsgrundlage mittels Telefax wahrt die Form des § 29 GBO nicht (§ 29 Rnr. 57). Als dinglicher Inhalt eines Wohnungsrechts kann vereinbart werden, dass die Kosten für Schönheitsreparaturen, Strom, Wasser, Abwasser, Heizung und Müllabfuhr als Nebenleistungen vom Eigentümer zu tragen sind (Anh. 29 zu § 44). Bei einer Reallast kann als Inhalt des Rechts nicht abweichend von § 12 ZVG dem Hauptanspruch Vorrang vor dem Anspruch auf wiederkehrende Leistung eingeräumt werden (Anh. 74 zu § 44; ebenso BGH DNotZ 2004, 615 = Rpfleger 2004, 92; dazu auch Amann DNotZ 2004, 599). Die Vormerkungsfähigkeit eines Anspruchs hängt nicht davon ab, dass die Umschreibung der Anspruchsvoraussetzungen sachenrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen genügt; hinreichende Bestimmbarkeit ist gegeben, wenn der gesetzliche Rücküberweisungsanspruch des Schenkers nach §§ 528, 530 BGB oder der Rücküberweisungsanspruch im Fall einer „wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Beschenkten“ gesichert werden soll (Anh. 87 zu § 44; BGH DNotZ 2002, 775 = Rpfleger 2002, 612; OLG München DNotZ 2007, 948 = Rpfleger 2007, 540). Eine erloschene, aber im Grundbuch nicht gelöschte Vormerkung muss erneut eingetragen werden (Anh. 13 zu § 13; anders BGH BWNotZ 2000, 64 = DNotZ 2000, 639 = Rpfleger 2000, 153 m. Anm. Streuer sowie BGH Rpfleger 2008, 187 = DNotZ 2008, 514 m. Anm. Amann = MittBayNot 2008, 212 m. Anm. Demharter = NZI 2008, 325 m. Anm. Kessler = ZIP 2008893 m. Anm. Mitlehner zur Sicherung weiterer Rücktrittsgründe durch eine recycelte Vormerkung). Diese Beispiele zeigen, dass alle entscheidenden Probleme im Liegenschaftsrecht in dem angezeigten Werk einer Lösung zugeführt werden. Die Neuauflage ist wiederum ein Meisterwerk.

Prof. Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

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).