

Stellungnahme

Anmerkungen zum Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschaftsrechts

Unsere Zeichen

AZ DK: BET-G

AZ DSGVO: 7024/00

Kontakt: Dr. Hartmut Frings

Telefon: +49 30 20225- 5370

Telefax: +49 30 20225- 5345

E-Mail: hartmut.frings@dsgv.de

Berlin, 03.12.2018

Federführer:

Deutscher Sparkassen- und Giroverband e. V.
Charlottenstraße 47 | 10117 Berlin

Telefon: +49 30 20225-0

Telefax: +49 30 20225-250

www.die-deutsche-kreditwirtschaft.de

Die Deutsche Kreditwirtschaft begrüßt das Bestreben, das Vormundschaftsrecht zu modernisieren und erachtet die neu vorgenommene Priorisierung grundsätzlich für richtig. Aus Sicht der Praxis ist das Hauptaugenmerk auf das Betreuungsrecht zu legen. Dennoch müssen die geplanten Regelungen in einigen Bereichen noch stärker am praktischen Bedarf des Geschäfts- und Rechtsverkehrs ausgerichtet werden. So würde beispielsweise die derzeit vorgesehene Differenzierung zwischen Verfügungs- und Anlagegeld in der Praxis zu Unklarheiten führen.

Zu den geplanten Vorschriften nehmen wir nachfolgend in chronologischer Reihenfolge Stellung.

§ 1629 BGB / Vertretung des Kindes

Hier bietet sich die Gelegenheit, ein Praxisproblem zu entschärfen. § 1795 BGB (und neu § 1824 BGB-E) regeln das Verbot der Vertretung des Betreuten/des Mündels beim Rechtsgeschäft mit nahen Verwandten des Vormunds/Betreuers. Das führt in der Praxis zu der ausgesprochen unglücklichen Situation, dass eine Vollmacht in Vertretung des Kindes durch die Eltern zwar an einen fremden Dritten gegeben werden kann, aber beispielsweise nicht an die Großeltern (so ausdrücklich das OLG Hamm in einem Urteil vom 4.11.2002 Az: 22 U 55/02). Hier (oder bei § 1824 BGB-E) wäre – zumindest in der Gesetzesbegründung – eine Klarstellung erforderlich, dass die Vollmachtserteilung nicht erfasst sein soll.

§ 1643 BGB-E / Genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäfte

§ 1643 Abs. 3 BGB-E ist missverständlich. Dies betrifft den Aspekt, dass auch ein Erbteilungsvertrag keiner Genehmigung bedarf. Das ist zwar grundsätzlich zutreffend; handelt es sich aber um eine Erbengemeinschaft bestehend aus Kind und Eltern, bedarf es wegen der Regelungen zum In-Sich-Geschäft eines Ergänzungspflegers. Da Absatz 3 aber gerade (auch) Fälle regelt, in denen das Kind gemeinschaftlich mit seinen Eltern erbt, wäre eine Klarstellung zu empfehlen, dass die Regelungen der § 1821, § 1824 BGB-E etc. unberührt bleiben.

§ 1776 BGB-E / Mehrere Vormünder

Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass auch Lebenspartner im Sinne des Lebenspartnerschaftsgesetzes (LPartG) die Möglichkeit der gemeinschaftlichen Vormundschaft haben sollen. Dies findet sich jedoch im Wortlaut des Gesetzestextes, welcher nur von Ehegatten spricht, nicht wieder. Da auch an anderer Stelle im Entwurf die Lebenspartnerschaften ausdrückliche Berücksichtigung finden, regen wir hier eine entsprechende Klarstellung an.

Nach unserer Einschätzung wird es auch weiterhin Lebenspartnerschaften geben, die nicht von der Möglichkeit zur Umwandlung in eine Ehe Gebrauch machen. Deshalb sollte im Gesetz durchgängig neben den Ehegatten auch der Lebenspartner erwähnt werden (z. B. §§ 1783, 1793, 1840, 1861).

§ 1778 BGB-E / Übertragung von Sorgeangelegenheiten auf die Pflegeperson

In § 1778 Abs. 1 Nr. 2 BGB-E ist geregelt, dass die Pflegeperson oder der Vormund der Übertragung zustimmen muss. Gegen den Willen der „Pflegeperson“ dürften hier kaum Angelegenheiten übertragen werden. Wenn gemeint sein sollte, dass immer derjenige zustimmen muss, der nicht den Antrag gestellt hat, wäre eine Klarstellung angebracht.

§ 1782 BGB-E / Bestellung eines vorläufigen Vormunds

Der Entwurf sieht die Bestellung eines vorläufigen Vormunds vor. Hier muss Sorge dafür getragen werden, dass im Rechtsverkehr keine Unsicherheiten hinsichtlich der Dauer der Bestellung bestehen. Dies gilt insbesondere für die Befristung der Vertretungsberechtigung auf längstens drei Monate. Diese Frist sollte ausdrücklich in die Bestallungsurkunde aufgenommen werden. Ein Risiko besteht insbesondere deswegen, weil – von der Frist abgesehen – das Amt mit der Bestellung des endgültigen Vormunds endet. Zu empfehlen wäre eine korrespondierende Verpflichtung, etwaige „Geschäftspartner“ über das Ende der Vormundschaft zu informieren. Dies gilt im Übrigen auch für die Bestellung eines endgültigen Vormunds, wenn die Vormundschaft dort enden sollte.

§ 1798 BGB-E / Entscheidungsbefugnis der Pflegeperson

Nach wie vor wird die Unsicherheit darüber, was eine Angelegenheit des täglichen Lebens ist, komplett auf den Rechts- und Geschäftsverkehr verlagert. Nach § 1798 Abs. 1 BGB-E darf die Pflegeperson, nunmehr als Vertreter des Vormunds, in Angelegenheiten des täglichen Lebens entscheiden. Ein praktisches Problem für die Kreditwirtschaft ist beispielsweise die Frage, ob auch die Eröffnung eines Kontos umfasst ist. Nach der derzeitigen Kommentierung als *„häufig vorkommende Situation, die eine sorgerechtliche Entscheidung der Eltern erfordern, deren Auswirkungen auf die Entwicklung des Kindes aber ohne Aufwand wieder abänderbar“*, ist (Götz, Palandt § 1687 BGB Rd.Nr.11), ist auf den konkreten Sachverhalt abzustellen. Eine Anleihe kann man zudem bei § 105a BGB nehmen, wo für eine Beurteilung insbesondere die „Gefährdungslage“ für den „Schutzbedürftigen“ heranzuziehen ist.

Auf dieser unklaren Rechtslage muss derzeit abgewogen werden (z. B. Eröffnung eines „kleinen“ Sparkontos möglich; Eröffnung eines Girokontos eher nicht). Hier bedarf es einer eindeutigen Klärung – ggfs. in der Gesetzesbegründung.

§ 1814 BGB-E / Voraussetzungen

Nach § 1814 Abs. 3 BGB-E soll die Anordnung einer Betreuung dann nicht erfolgen, soweit ein Bevollmächtigter diese Angelegenheiten erledigen kann. Nach unserer Erfahrung fassen die Betreuungsgerichte jegliche Art von Vollmachten ungeachtet ihrer Qualität darunter. Dies führt dazu, dass das Risiko der Geschäftsunfähigkeit bei Vollmachtserteilung, das Risiko der Reichweite, der Einhaltung etwaiger Bedingungen (z.B. „Soweit ich meine Angelegenheiten nicht selbst erledigen kann.....“), Auslegungen etc. zur Gänze auf den Geschäfts- und Rechtsverkehr verlagert werden. Erschwerend kommt hinzu, dass seitens der Betreuungsgerichte großes Unverständnis besteht, wenn Kreditinstitute nicht jedwede privatschriftliche Vollmacht als „Betreuungsersatz“ akzeptieren. Dieses Problem könnte minimiert werden, dass die Betreuungsgerichte – falls sie auf die Anordnung einer Betreuung auf Grund der vorgelegten Vollmacht verzichten – die Vollmacht ausdrücklich für wirksam erklären. Der BGH hat entschieden, dass auch die (mutmaßliche) Nichtakzeptanz einer Vollmacht im Rechtsverkehr der Grund für eine Betreuungsanordnung sein kann. In der Praxis kommt es aber mittlerweile dazu, dass Kreditinstituten, die eine

Vollmacht aus (nachvollziehbaren) Gründen abgelehnt haben, sogar über den Umweg eines Schadensersatzanspruches die Kosten eines Betreuungsverfahrens auferlegt werden (siehe hierzu etwa AG Hamburg-Wandsbeck vom 15. Juni 2017, Az. XVII 53/17 und LG Hamburg vom 30. August 2017, Az. 301 T 280/17). § 81 FamFG, wonach Dritten „Kosten des Verfahrens“ nur auferlegt werden dürfen, wenn ihnen ein grobes Verschulden vorzuwerfen ist und die gerichtliche Tätigkeit durch den Dritten veranlasst ist, findet hierbei keine Berücksichtigung.

Die Regelungen in § 1814 Abs. 5 BGB-E (Postsperre) erscheinen nicht mehr zeitgemäß. Nach unserer Wahrnehmung ist diese Norm in der Praxis auch kaum bekannt. So kommt es nicht selten dazu, dass ein Betreuer die Korrespondenzadresse ändert. Deshalb nehmen in der Praxis Institute teilweise auch Adressänderungen von Betreuern entgegen, bspw. zum Versand der Kontoauszüge. Es ergibt keinen Sinn, die gesamte Korrespondenz von Kreditinstituten dem Betreuten zuzusenden und der Betreuer sich diese dann dort abholen muss. Dies führt nur zu unnötigen zeitlichen Verzögerungen. Hier muss sichergestellt sein, dass Schriftsätze und Dokumente als dem Betreuten zugegangen gelten, wenn sie an die vom Betreuer bestimmte Adresse gesendet werden.

§ 1817 BGB-E / Mehrere Betreuer

Die Norm entspricht grundsätzlich § 1899 BGB. Wir regen aber an, eine Unklarheit für die Praxis zu beseitigen. Dies betrifft Abs. 4, den sogenannten „Verhinderungsbetreuer“. Die Praxis der Gerichte derartige Betreuer zu bestellen, ist sehr uneinheitlich. Es kann aus den Betreuerausweisen nicht klar ersehen werden, ob überhaupt ein Fall der Verhinderung vorliegt. Sollte kein Verhinderungsfall gegeben sein, liegt auch keine Vertretungsmacht des Verhinderungsbetreuers vor. Sinnvoll wären also beispielsweise klar definierte Zeiträume. Eine solche Ausgestaltung könnte im FamFG näher verortet werden. Grundsätzlich helfen würde allerdings auch hier ein öffentlicher Glaube der Betreuerausweise (vgl. unten zu § 1874 BGB-E).

§ 1826 BGB-E / Einwilligungsvorbehalt

Es bietet sich an, in diesem Kontext eine Ausnahme für das sogenannte Taschengeldkonto aufzunehmen. Bei Betreuten mit Einwilligungsvorbehalt handelt es sich häufig um Personen, die teilweise noch am öffentlichen Leben teilnehmen können (kleine Einkäufe, Teilnahme an Veranstaltungen, etc.), die jedoch aus verschiedensten Gründen ihre finanziellen Angelegenheiten nur in Abstimmung mit dem Betreuer tätigen sollen (etwa Kaufsucht, Internetsucht, psychische Erkrankungen). Hier besteht in der Praxis ein erheblicher Bedarf, für diese Personen ein „Taschengeldkonto“ einzurichten, auf das der Betreuer einen bestimmten Betrag zur freien Verfügung überweisen kann. Dies kann auch genutzt werden, die Betreuten wieder an die eigenständige Verwaltung ihrer Finanzen heranzuführen. § 1826 Abs. 3 BGB-E führt insofern nicht zu der nötigen Rechtssicherheit, da bislang schon fraglich ist, ob die Kontoführung des Taschengeldkontos zu den geringfügigen Angelegenheiten des täglichen Lebens zählt und in der Kommentarliteratur zu § 1903 nicht erfasst wird. Die Regelung des „Taschengeldkontos“ würde eine massive Erleichterung bezüglich der aktuell vorhandenen Unsicherheit im gesamten Rechtsverkehr bedeuten. In § 1826 Abs. 3 BGB-E könnte folgender Satz 3 angehängt werden:

„Ist ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet, so bedarf der Betreute dennoch nicht der Einwilligung des Betreuers, wenn die Willenserklärung dem Betreuten lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt oder der Betreuer dem Betreuten Mittel zur freien Verfügung überlassen hat. Die mit diesen Mitteln vorgenommenen Verfügungen des Betreuten sind unabhängig von seiner Geschäftsfähigkeit wirksam.“

§ 1840 BGB-E / Trennungsgebot, Verwendung für den Betreuer

Zu begrüßen ist, dass Trennungs- und Verwendungsverbot klarstellungshalber nun ausdrücklich normiert werden sollen.

Sehr zu begrüßen ist die Regelung in § 1840 Abs. 1 Satz 2 BGB-E, die Ehegattengirokonten vom Trennungsprinzip grundsätzlich ausnimmt. Die bislang in der Praxis bestehende Unsicherheit darüber, ob Ehegatten ihr laufendes Konto noch nutzen dürfen, wenn ein Ehegatte die rechtliche Betreuung des anderen übernommen hat, wird damit beseitigt. Die Regelung ist auch sachgerecht, weil Girokonten typischerweise nicht zur Verwahrung größerer Vermögensbeträge genutzt werden, was das Gesetz in den §§ 1841, 1843 Abs. 1 BGB-E auch aufgegriffen hat. Darüber hinaus geben wir aber zu Bedenken, ob nicht sämtliche Ehegattenkonten und –depots vom Trennungsgebot ausgenommen werden sollten. Dies auch vor der Frage, ob die der Trennung vorausgehende Vereinbarung überhaupt genehmigungspflichtig wäre. Die Trennung bedarf der Einigung aller Beteiligten. Im Innenverhältnis dürfte es sich um ein In-Sich-Geschäft zwischen dem Betreuten, vertreten durch den Betreuer, und dem Betreuer in seiner Eigenschaft als Kontomitinhaber handeln. Zumindest wäre also eine Klarstellung wünschenswert, dass die Trennung von betroffenen Konten und Depots genehmigungsfrei erfolgen kann. Für bestimmte Anlageformen (z. B. Sparbriefe), die auf beide Ehegatten/Lebenspartner gemeinschaftlich lauten, dürfte überdies eine Trennung während der Laufzeit praktisch und rechtlich schwierig sein, da die Anlageform bereits keinen Anspruch auf Trennung gewährt.

§ 1841 BGB-E / Bereithaltung von Verfügungsgeld

Zu begrüßen ist Satz 2 der Vorschrift, der klarstellt, dass Verfügungsgelder nicht nur auf Girokonten vorgehalten werden können. Es bedarf aber noch der Klarstellung, was ein „Anlagekonto“ in diesem Sinne des Gesetzes ist. Gerade weil eine anderweitige Anlegung von Anlagegeldern als auf Anlagekonten nach § 1850 Abs. 1 BGB-E der Genehmigung des Betreuungsgerichts bedarf, ist eine Klarstellung des Begriffs Anlagekonto nötig. Ein Kontomodell „Anlagekonto“ gibt es bei Kreditinstituten in der Regel nicht. Es gibt eine Reihe von Kontoformen, die dafür in Betracht kommen. Ein Tagesgeldkonto, welches eine sofortige Verfügbarkeit gewährleistet, ist sicher vom Begriff umfasst. Abhängig von der konkreten Ausgestaltung könnten hierzu beispielsweise auch Termingeldkonten zählen. Weitere klassische Anlagekonten, die jedoch eine längere Kündigung voraussetzen (z. B. Sparbuch mit dreimonatiger Kündigungsfrist), dürften mangels schneller Verfügbarkeit des Geldes nicht umfasst sein. Hiervon scheint aber die Gesetzesbegründung auf Seite 191 auszugehen.

Hinzu tritt, dass in der Praxis Betreuer von den Kreditinstituten zukünftig explizit ein „Anlagekonto“ fordern könnten, ohne sich auf eine tatsächlich angebotene Kontoform festzulegen. Daher wäre es zur Klarstellung angezeigt, den zentralen Begriff „Anlagekonto“ im Gesetz auch zu definieren.

Es bedarf weiterhin einer Klarstellung – zumindest in der Gesetzesbegründung –, dass sich ein Kreditinstitut bei der Einordnung von Geldern des Betreuten in Verfügungs- und Anlagegeld allein auf die Angabe des Betreuers verlassen kann und insoweit auch keine eigenen Prüfpflichten bestehen. Die sollte insbesondere für die Wahl der Kontoart – sowohl im Falle der Eröffnung neuer Konten als auch bei bestehenden Kundenbeziehungen – sowie bei der Veranlassung der Sperrvereinbarung nach § 1847 Abs. 1 BGB-E gelten. So könnte sich die Einordnung von Geld des Betreuten in Verfügungs- und Anlagegeld mangels

Anhaltspunkten (z. B. Schwellenwerte) in der Praxis nicht einfach gestalten. Kreditinstitute werden zudem häufig keine umfassende Übersicht über das Vermögen des Betreuten haben (z. B. weitere Konten bei anderen Instituten).

Daneben sollte auch klargestellt werden, dass eine missbräuchliche Verfügung des Betreuers – etwa über Anlagegeld ohne die erforderliche Genehmigung des Betreuungsgerichts – zu einer alleinigen Haftung des Betreuers im Innenverhältnis gegenüber dem Betreuten führt (ähnlich wie bisher in § 1833 BGB). Für die Kreditinstitute ist eine Überprüfung kaum möglich. Dabei ist auch zu beachten, dass sich die Vermögensverhältnisse verändern können und sich die Einordnung des Vermögens in Verfügungs- und Anlagegeld dadurch ebenfalls verändern kann.

Zu kritisieren ist, dass die Gesetzesbegründung vom Betreuer verlangt, das Girokonto des Betreuten als Guthabenkonto zu führen. Das würde eine deutliche Verschlechterung zur heutigen Praxis bedeuten. Nach geltendem Recht können bereits eingeräumte Dispositionskredite auch nach der Anordnung einer Betreuung aufrechterhalten und genutzt werden, ohne dass diese Überziehungsmöglichkeit einer (neuen) betreuungsgerichtlichen Genehmigung bedarf. Dies ist in vielen Fällen auch sachgerecht. Die Kündigung einer „Linie“, eines „Dispositionskredits“ bzw. einer eingeräumten Überziehungsmöglichkeit (§ 504 Abs. 1 S. 1 BGB) im Falle der Anordnung einer Betreuung wäre dagegen alles andere als praxisgerecht und angemessen. Es gibt überhaupt keinen nachvollziehbaren Grund, die bewährte Praxis umzustößen und jetzt automatisch das Betreutenkonto zu einem reinen Guthabenkonto zu degradieren. Betreute haben zudem diese Streichung eines Dispositionskredits aus Anlass ihrer Betreuung völlig zu Recht auch als diskriminierend wahrgenommen. Das geplante Modell, dass das Girokonto also zukünftig als reines Guthabenkonto zu führen sei (und damit die wohl vorhandenen Überziehungsmöglichkeiten gestrichen werden müssen) und das Erfordernis, dass damit die Einräumung einer (neuen) Überziehungsmöglichkeit immer der Genehmigung des Betreuungsgerichts bedarf, ist daher abzulehnen.

§ 1842 BGB-E / Bargeldloser Zahlungsverkehr

Der Betreuer hat das Verfügungsgeld auf einem Girokonto des Betreuten zu verwahren sowie den Zahlungsverkehr bargeldlos abzuwickeln (§ 1842 BGB-E). Ziel ist es, die Aktionen des Betreuers besser nachvollziehbar und kontrollierbar zu machen, was zu begrüßen ist. Die Begründung geht auch davon aus, dass dem Betreuer damit die Teilnahme am Online-Banking (elektronische Kontoführung) eröffnet ist. Dies dürfte in der Praxis allerdings nicht der Fall sein. Da die Institute nicht die Möglichkeit haben, die Berechtigung des Betreuers zu prüfen, wenn dieser im Online-Banking über das Girokonto verfügt, tragen sie das volle Risiko des Missbrauchs, was durch die Rechtsprechung des BGH (Beschluss vom 30.03.2010, Az.: XI ZR 184/09) bestätigt worden ist. Auch § 1851 Abs. 2 Nr. 1a BGB-E (= 1813 Nr. 1 BGB) schafft hier keine vollständige Abhilfe. Es ist unwahrscheinlich, dass die Institute jeweils bereit sind, dieses Risiko einzugehen. Sie werden sich diesbezüglich auf die Vertragsfreiheit berufen. Andererseits strebt auch die Kreditwirtschaft die Möglichkeit zum Online-Banking für Betreuer an. Hierfür muss der Gesetzgeber die zentrale Frage klären, wer das Risiko unberechtigter Verfügungen tragen soll. Dieses einseitig der Kreditwirtschaft zuzuordnen wäre im Hinblick auf die zunehmende Digitalisierung kontraproduktiv. Wenn dem Betreuer die modernen Medien eröffnet werden sollen, muss klargestellt werden, dass das Risiko unberechtigter Verfügungen der Betreute trägt. Dieses Risiko kann für den Betreuten dadurch minimiert werden, dass spätestens bei der nächsten Rechnungslegung eine Überprüfung erfolgen muss.

Klargestellt werden sollte, dass bei einer nach § 1842 Abs. 2 BGB-E ausnahmsweisen zulässigen Barzahlungen einem Kreditinstitut keine Prüfpflicht trifft, ob die konkrete Auszahlung unter die Ausnahmeregelung in § 1842 Abs. 2 Nr. 1 BGB-E fällt. Denn nur der Betreuer selbst kann verlässlich beurteilen, ob es sich um eine im Geschäftsverkehr übliche Barzahlung handelt.

§ 1843 BGB-E / Anlagepflicht

Die Trennung zwischen Anlage- und Verfügungsgeld ist aus Sicht der Deutschen Kreditwirtschaft grundsätzlich sinnvoll. Allerdings stellt die Anlage von Geldern des Betreuten schon heute sowohl den Betreuer als auch das Kreditinstitut vor enorme praktische Herausforderungen. So sind insbesondere die Möglichkeiten, das Geld des Betreuten schnell und unkompliziert sowie rentabel anzulegen, sehr beschränkt. Für viele Anlagemöglichkeiten ist eine gerichtliche Genehmigung einzuholen, deren Erteilung nicht selten Zeiträume von mehreren Monaten einnimmt.

Nach § 1843 Abs. 2 BGB-E sollen künftig Gelder des Betreuten verzinslich auf einem „Anlagekonto“ bei einem Kreditinstitut angelegt werden, wenn nicht eine andere Anlegung nach den Umständen des Einzelfalls geboten ist. Mit der Beschränkung auf ein „Anlagekonto“ bleibt die neue Regelung hinter dem bisherigen § 1807 BGB zurück, so dass sich die Lage für die Beteiligten noch verschärfen dürfte. Bislang kann Mündelgeld bei einem inländischen Kreditinstitut angelegt werden, sofern dieses einer für die Anlage ausreichenden Sicherungseinrichtung angehört. Beispielsweise sind von Sparkassen oder Genossenschaftsbanken emittierte Schuldverschreibungen demnach aktuell noch mündelsicher, weil sie von den Sicherungseinrichtungen dieser Institutsgruppen geschützt werden. Gleiches gilt für Schuldscheindarlehen und Namensschuldverschreibungen von privaten Banken, die am freiwilligen Einlagensicherungsfonds mitwirken.

Da es sich jedoch bei Schuldverschreibungen nicht um Einlagen auf einem Anlagekonto handelt, kommen sie gemäß § 1843 Abs. 2 BGB-E zukünftig nicht mehr ohne Weiteres zur Anlage von Geld eines Betreuten in Betracht. Wir schlagen daher vor, die Anlage von Geld des Betreuten auch in solche Finanzinstrumente als zulässig gemäß § 1843 Abs. 2 BGB-E zu erklären, die eine feste Laufzeit aufweisen, deren Nennbetrag am Ende der Laufzeit vollständig zurückgezahlt wird und die während der Laufzeit vom Emittenten nicht gekündigt werden können. Damit wäre die Anlage in Schuldverschreibungen genehmigungsfrei möglich, wenn diese nach Maßgabe des § 1846 BGB-E von der Sicherungseinrichtung des emittierenden Instituts geschützt werden. Hilfsweise könnten Schuldverschreibungen von Kreditinstituten als weitere Regelanlageform in § 1843 Abs. 2 BGB-E aufgenommen werden.

Für die Aufnahme von Schuldverschreibungen der Kreditinstitute als Regelanlageform in den neuen § 1843 BGB-E sprechen auch Praktikabilitätsabwägungen: Wenn es für Schuldverschreibungen bei der jetzt vorgesehenen Ausnahmeregelung bliebe, müsste der Betreuer jeweils begründen, warum der Erwerb einer Schuldverschreibung im Einzelfall geboten ist. Eine solche Begründung ist für den Betreuer mit erhöhtem praktischem Aufwand verbunden. Dies wird den Betreuer veranlassen, im Zweifel von dem Erwerb einer Schuldverschreibung Abstand zu nehmen, obwohl die Konditionen einer ebenfalls in Betracht kommenden Schuldverschreibung mit denen der Anlage auf einem Anlagekonto ohne Weiteres vergleichbar oder z. B. je nach Laufzeit der Schuldverschreibung vielleicht sogar günstiger sind. Sie stünde dem Betreuten somit in der Praxis - insbesondere in der aktuellen Niedrigzinsphase - nicht mehr als Anlagealternative zur Verfügung. Hinzu kommt, dass eine Anlage in Schuldverschreibungen zusätzliche Flexibilität für den Betreuten bieten kann, da sie als Inhaberpapier bei kurzfristigem Liquiditätsbedarf schon vor ihrer Endfälligkeit veräußert werden könnte. Auch geht mit dem Erwerb einer Schuldverschreibung kein er-

höherer Verwaltungsaufwand einher. Denn die vom Gesetzgeber selbst in § 1844 BGB-E vorgesehene Depotverwahrung ist standardisiert und damit für den Betreuer einfach handhabbar. Der Erwerb von Schuldverschreibungen ist insofern nicht mit der Anlage in besicherte Forderungen, wie sie in der Gesetzesbegründung auf Seite 190 erwähnt werden, vergleichbar. Auch in Bezug auf den in § 1847 BGB-E geregelten Verfügungsschutz kann das Depot, in dem die Schuldverschreibungen verwahrt werden, ebenso unproblematisch wie ein Anlagekonto mit einem Sperrvermerk versehen werden. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist die Anlage in Schuldverschreibungen nicht mit erhöhtem Verwaltungsaufwand verbunden.

Zudem berücksichtigt die Formulierung nicht die in den vergangenen Jahren gemachte Erfahrung, dass Einlagen bei Kreditinstituten in extremen Niedrigzinsphasen zu einem Nullzins angeboten oder negativ verzinst werden können und dies sogar marktüblich und je nach Marktlage und Kondition im Einzelfall sogar günstig sein kann. Dem könnte man dadurch begegnen, dass in Abs. 2 Halbsatz 1 dem Wort „verzinslich“ das Wort „möglichst“ vorangestellt wird. Ein entsprechender Hinweis findet sich bereits in der Gesetzesbegründung (S. 87, 4. Absatz, Satz 2). Dort wird darauf hingewiesen, dass die Anlage „nach Möglichkeit verzinslich“ anzulegen sei.

§ 1844 BGB-E / Depotverwahrung und Hinterlegung von Wertpapieren

Gemäß § 1844 Abs. 2 BGB-E hat der Betreuer „sonstige“ Wertpapiere des Betreuten bei einem Kreditinstitut zu hinterlegen. Eine „Hinterlegung“ in diesem Sinne wird von den Kreditinstituten nicht angeboten. Praxisüblich ist die Anmietung eines Schrankfachs/Tresorfachs (vgl. hierzu Anmerkungen zu § 1845 BGB-E). In diesem kann der Mieter Wertsachen (Wertpapiere, Schmuck, Kostbarkeiten, etc.) deponieren, wobei das Institut keine Kenntnis vom Inhalt erlangt. Für den Inhalt wird je nach Werthaltigkeit der Abschluss einer Versicherung angeboten.

Aus der Begründung zu Absatz 3 wird ersichtlich, dass der Gesetzgeber auch Sparbücher als „sonstige“ Wertpapiere qualifiziert. Dies ist in der Sache unzutreffend und würde eine nicht notwendige Verschärfung der Rechtslage bedeuten. Sparbücher sind keine Wertpapiere im Sinne des § 2 Abs. 1 WpHG und DepotG, sie sind vielmehr Einlagen im Sinne des Einlagensicherungsgesetzes und somit – anders als Wertpapiere – von der gesetzlichen Einlagensicherung erfasst. Auch nach aktueller Rechtslage sind Sparbücher nicht von der Hinterlegungsfrist betroffen (vgl. Götz/Weidlich in Palandt § 1814, Rn. 2 i. V. m. § 2116 Rn. 2). Eine (zusätzliche) Sicherung von Sparbüchern durch Hinterlegung ist auch nicht erforderlich, denn es besteht grundsätzlich die Verpflichtung zur Versperrung der Anlage.

Auch die früher übliche Verwahrung von Sparbüchern in sog. Sparbuchschließfächern wird heute kaum noch angeboten. Sie bietet zwar Schutz vor zufälligem Verlust des Sparbuchs, es ist aber fraglich, ob dies der „Hinterlegung“ im Sinne von § 1844 überhaupt gerecht würde.

Vor diesem Hintergrund sollten Sparurkunden generell von der Hinterlegung ausgenommen werden. Sollte ungeachtet dessen am derzeitigen Regelungsansatz festgehalten werden, muss zumindest klargestellt werden, dass die Aufbewahrung eines Sparbuchs in einem Sparbuchschließfach gemäß § 1844 Abs. 3 BGB-E zulässig ist.

§ 1845 Hinterlegung von Kostbarkeiten auf Anordnung des Gerichts

Neu ist die Regelung, dass nach § 1845 BGB-E Kostbarkeiten bei einem Kreditinstitut hinterlegt werden können. Diese Erweiterung ist abzulehnen. In der Praxis wird diese Möglichkeit in der Regel nicht angeboten. Die wenigsten Institute wären auf die Hinterlegung bzw. Einlagerung von sog. Verwahrstücken in geeigneter Form eingerichtet und zudem bereit, das sich hieraus ergebende Haftungsrisiko zu übernehmen. Üblich im Bankgeschäft ist die Vermietung von Schrankfächern/Tresorfächern, die der Wortlaut des Gesetzesentwurfs aber wohl nicht vor Augen hat. Bei dieser nimmt das Institut keine Kenntnis von den eingebrachten Wertgegenständen. Je nach Höhe des Wertes der eingebrachten Gegenstände wird teilweise auch der Abschluss einer Versicherung angeboten. Eine mögliche Formulierung könnte wie folgt lauten:

„Wenn es zur Sicherung des Vermögens des Betreuten geboten ist, kann das Betreuungsgericht anordnen, dass der Betreuer für Kostbarkeiten des Betreuten ein geeignetes Schrankfach bei einem Kreditinstitut anmietet oder diese bei einem anderen geeigneten Verwahrer hinterlegt.“

Sollte es bei der aktuell geplanten Regelung bleiben, würde die dort vorgesehene Hinterlegung bei einem Kreditinstitut mit hoher Wahrscheinlichkeit mangels Angebot leerlaufen.

§ 1846 BGB-E / Voraussetzungen für das Kreditinstitut

Voraussetzung für eine genehmigungsfreie Geldanlage nach den §§ 1841 und 1843 Abs. 2 BGB-E ist hier nach, dass das Kreditinstitut einer für die Anlage ausreichenden Sicherungseinrichtung angehört. Hier sollte berücksichtigt werden, dass Einlagen bei manchen Kreditinstituten nur bis zu einem gewissen Maximalbetrag geschützt werden. Wir schlagen daher vor, dem Wort „Anlage“ das Wort „jeweilige“ voranzustellen.

§ 1847 BGB-E / Sperrvereinbarung

§ 1847 Abs. 2 Satz 2 BGB-E sieht vor, dass der Betreuer für „sonstige“ Wertpapiere im Sinne von § 1844 Abs. 2 BGB-E mit dem Kreditinstitut zu vereinbaren hat, dass er nur mit Genehmigung des Betreuungsgerichts deren Herausgabe verlangen kann. Es sollte überlegt werden, ob das stets erforderlich ist. Die Begründung zu § 1844 Abs. 3 BGB-E geht davon aus, dass auch Sparbücher „sonstige“ Wertpapiere sind. Es wurde bereits zu § 1844 BGB-E dargelegt, dass Sparbücher keine Wertpapiere sind. Würde es bei der Vorstellung des Gesetzgebers bleiben, wären für eine Auszahlung vom Sparbuch gleich zwei Genehmigungen des Betreuungsgerichts erforderlich, nämlich eine gemäß § 1847 Abs. 1 Satz 1 und eine gemäß § 1847 Abs. 2 Satz 2 BGB-E.

In der Begründung wird auf Seite 200, 2. Absatz im vorletzten Satz die Verpflichtung beschrieben, dass der Sperrvermerk in der Urkunde einzutragen sei. Dies ist im Wortlaut von § 1847 BGB-E zu Recht nicht verankert. Eine derartige Verpflichtung ist abzulehnen. Es muss der Praxis vielmehr freigestellt sein, wie sie mit dem Sperrvermerk betriebsorganisatorisch umgeht. Für andere Anlagen besteht diese Pflicht in der Form nicht. Weshalb das Sparbuch hier eine Ausnahme bilden soll, ist nicht begründbar. Wir bitten insoweit den Satz aus der Begründung zu streichen.

Außerdem möchten wir darauf hinweisen, dass in der Gesetzesbegründung zu § 1847 Abs. 2 BGB-E mehrfach vom „Hinterleger“ geschrieben wird. Gemeint sein soll wohl das Kreditinstitut als Hinterlegungsstelle. Selbst dann, wenn man das Kreditinstitut nicht als „Hinterlegungsstelle“ bezeichnen will, ist

die hier gewählte Bezeichnung des Kreditinstitutes als „Hinterleger“ missverständlich, denn nach § 688 BGB wird bei der Verwahrung derjenige als „Hinterleger“ bezeichnet, der den zu verwahrenden Gegenstand beim Verwahrer hinterlegt.

§ 1850 BGB-E / Genehmigung einer anderen Anlegung von Geld

§ 1850 Abs. 1 BGB-E

Die Regelung in Absatz 1 führt insoweit zu einer Erleichterung, als künftig jeder Betreuer Anlagegeld des Betreuten auf einem Anlagekonto im Sinne des § 1843 Abs. 2 BGB-E ohne betreuungsgerichtliche Genehmigung anlegen darf. Bislang musste der nicht befreite Betreuer auch bei der „mündelsicheren“ Anlage von Geld, die Genehmigung einholen. Diese Erleichterung wird sich allerdings in der Praxis kaum auswirken, da die vorgesehene Möglichkeit, Geld des Betreuten lediglich auf einem „Anlagekonto“ anzulegen, keine effektive und rentable Vermögensverwaltung eröffnet. Deshalb sei auch an dieser Stelle nochmals auf die Ausführungen oben unter § 1843 BGB-E verwiesen und den dort unterbreiteten Vorschlag, einfach gestaltete Schuldverschreibungen als Anlageform zuzulassen.

Die andersartige Anlage von Geldern des Betreuten soll nun zwingend der Genehmigung des Betreuungsgerichts bedürfen. Solange diese noch nicht vorliegt, wäre das Anlagegeschäft gemäß § 1858 BGB-E schwebend unwirksam. Wird die Genehmigung verweigert, wäre das Anlagegeschäft folglich endgültig unwirksam. Das ist aus mehreren Gründen strikt abzulehnen.

Bislang kann der Betreute einen ihm aus einer nicht gestatteten Anlage entstandenen Schaden aus § 1833 BGB direkt vom Betreuer ersetzt verlangen. Die Neuregelung würde zu einer deutlichen Verkomplizierung der Rechtslage führen, was folgendes Beispiel verdeutlichen soll:

Ein Betreuer erwirbt für den Betreuten eine Aktie im Wege eines sogenannten Festpreisgeschäfts von einem Kreditinstitut, das die Aktie im eigenen Bestand hält. Später fällt auf, dass das Festpreisgeschäft mangels Genehmigung unwirksam ist.

Festpreisgeschäfte sind Kaufverträge. Sind sie unwirksam, entstehen unter den Beteiligten Rückabwicklungsverhältnisse und ggf. Schadensersatzansprüche. Um das zu verhindern, würden von einem Betreuer ohne die erforderliche Genehmigung des Betreuungsgerichts in Auftrag gegebene Anlagegeschäfte in der Praxis aufgrund der schwebenden Unwirksamkeit des Kausalgeschäfts von keinem Kreditinstitut ausgeführt bzw. erfüllt werden. Kreditinstitute sind rechtlich nicht verpflichtet, im Fall eines Festpreisgeschäfts unwirksame Kaufverträge zu erfüllen. Es ist davon auszugehen, dass seitens der Kreditinstitute auch keine Bereitschaft besteht, ohne dahingehende Verpflichtung eine Wertpapierorder auszuführen und hierbei darauf zu vertrauen, dass die noch ausstehende Genehmigung des Betreuungsgerichts erteilt werden wird.

Festpreisgeschäfte sind zum Erwerb von Wertpapieren allerdings eher eine Ausnahme. Den Regelfall stellen Finanzkommissionsgeschäfte dar. Hierbei erteilt der Kunde (Kommittent) einen Kommissionsauftrag zur Anschaffung oder Veräußerung von Wertpapieren. Der Kommissionär führt diesen Auftrag regelmäßig dadurch aus, dass er für Rechnung des Kunden mit einem anderen Marktteilnehmer oder einer Zentralen Gegenpartei (sogenannter Dritter) ein Kauf- oder Verkaufsgeschäft (sogenanntes Ausführungsgeschäft) abschließt oder einen anderen Kommissionär beauftragt, ein Ausführungsgeschäft abzuschließen. Sodann gibt der Kommissionär das aus dem Ausführungsgeschäft erlangte Kommissionsgut an den Kunden heraus. Wenn – überwiegend kleinere – Kreditinstitute selber keine Kommissionsgeschäfte tätigen, wird zudem ein Vermittlungsgeschäft geschlossen. Auch hierzu ein Beispiel:

Ein Betreuer will für den Betreuten ungenehmigt eine Aktie erwerben. Gegen eine Provisionszahlung vermittelt dessen Kreditinstitut, dem die fehlende Genehmigung nicht auffällt, hierzu ein Finanzkommissionsgeschäft an ein anderes Kreditinstitut. Unter Einschaltung mehrerer Zwischenkommissionäre (Zentralbank, Kreditinstitut des Veräußerers) kommt das Ausführungsgeschäft schließlich mit einem privaten Dritten zustande, der die Aktie aus seinem Depot veräußern wollte.

Kreditinstitute sind rechtlich auch nicht verpflichtet, unwirksame Kommissionsgeschäfte auszuführen. Soweit die Genehmigung im Nachgang nicht erteilt würde, ginge insbesondere im Kommissionsgeschäft, das bei börsennotierten Wertpapieren den Regelfall bildet, die Ausführung der Order zu Lasten des ausführenden Kreditinstituts. Kein Kreditinstitut wird sich aber freiwillig dem Risiko aussetzen, im Fall der unterbleibenden Genehmigung für fremde Rechnung beschaffte Wertpapiere wieder auf eigenes Risiko im Kapitalmarkt - ggf. verlustbringend - verkaufen zu müssen. Unabhängig von der zivilrechtlichen Problematik kann dies bei Kreditinstituten auch aufsichtsrechtlich ausgeschlossen sein, da Kreditinstitute bestimmte Anforderungen erfüllen müssen, wenn sie Wertpapiere auf ihr eigenes Buch nehmen: Ohne zuvor eingerichtetes Handelslimit dürfen Kreditinstitute Wertpapiere nicht auf eigene Rechnung erwerben. Bei Festpreisgeschäften, die bei der Zeichnung von Neuemissionen der Regelfall sind, gilt entsprechendes, wenn das vertragsgegenständliche Wertpapier nach Ende der Zeichnungsfrist zugeteilt wurde. Nur bis zum Ende der Zeichnungsfrist könnte eine Order des Betreuers durch diesen widerrufen werden. Es besteht aber keine Sicherheit, dass bis zu diesem Zeitpunkt das Genehmigungsverfahren beendet ist.

In der heutigen Bankpraxis beraten die Anlageberater den Betreuer und unterstützen ihn auch bei der Einholung der betreuungsgerichtlichen Genehmigung (indem sie z. B. Unterlagen, Produktinfos, Prospekte usw. zur Verfügung stellen). Sie lassen sich aber mangels rechtlichen Bedarfs beim Vertragsabschluss nicht stets die Genehmigung durch das Betreuungsgericht vorlegen, sondern vertrauen auf die Aussagen des Betreuers. Mangels eigener Pflicht, sich die Genehmigung vorlegen zu lassen, und dem reinen Innengenehmigungserfordernis, nach dem die Anlage materiell wirksam bleibt, haftet die das Kreditinstitut also nicht für Fehler oder Versäumnisse des Betreuers im Rahmen des betreuungsgerichtlichen Genehmigungsverfahrens. Bei volatilen Produkten dürfte auch die Frage auftauchen, ob bei einer Anlage, deren Genehmigung sich auf ein ganz bestimmtes Produkt mit sehr genauen Produktinhalten bezogen hat, bereits durch kleinere Abweichungen (Preis, Bezeichnung, Laufzeit usw.) des später gekauften/gezeichneten Produkts die Genehmigungswirkung entfällt („erworbenes Produkt ist vom Genehmigungsbeschluss nicht gedeckt“...). Dann könnten andersartige Anlagen aus einem weiteren Grund zu einem echten Haftungsrisiko für die Kreditinstitute führen, falls durch einen Wertverlust/Kursverlust ein Schaden für den Betreuten entstanden ist. Kreditinstitute, die dieses Risiko nicht eingehen wollen, werden also zukünftig solche Produkte für Betreuer nicht mehr anbieten.

Die potentielle Nichtigkeit des Anlagegeschäfts würde auch zu Folgeproblemen führen und das für Kreditinstitute mit solchen Geschäften verbundene Risiko erhöhen. Auch hierzu ein Beispiel:

Ein neu bestellter Betreuer findet im Depot des Betreuten Aktien vor, die erst kürzlich erworben worden sind. Bei der Genehmigung der Anlage in Aktien befand sich die Aktiengesellschaft in einer soliden Situation. Ein inzwischen bekannt gewordener Skandal lässt indes Auswirkungen auf den Aktienkurs befürchten. Der Betreuer entscheidet gleichwohl, die Aktien im Depot zu halten. Als später der Erbe des Betreuten die inzwischen nahezu wertlos gewordenen Aktien im Nachlassdepot vorfindet, liest er in der Begründung zu § 1850 Abs. 1 BGB-E nach. Dort heißt es: *„Fallen für fortbestehende andere Anlegungen des Betreuten neue Anlageentscheidungen an, die durch den Betreuer getroffen werden müssen, bedarf der Be-*

treuer hierfür der Genehmigung des Gerichts.“ Sodann verlangt er den ursprünglichen Kaufpreis der Aktien von der Bank zurück und begründet das damit, dass die Halteentscheidung des Betreuers nicht gerichtlich genehmigt worden sei. Das Kreditinstitut erwidert darauf, dass der zitierte Satz nur für aktive neue Anlageentscheidungen (Tun), nicht aber für passive Anlageentscheidungen (Unterlassen des Verkaufs) gelten könne. Der Erbe erwidert darauf, dass Entscheidungen über eine fortbestehende andere Anlage in nicht laufzeitgebundene Finanzinstrumente wie Aktien nur auf den Verkauf oder eben das Halten gerichtet sein können. Da für den Verkauf eines Wertpapiers schon eine Genehmigungspflicht nach § 1851 Abs. 1 Nr. 2 BGB-E besteht, müsse sich der zitierte Satz sogar auf Halteentscheidungen beziehen.

Bestünde tatsächlich die Gefahr, in solche Rechtsstreitigkeiten hineingezogen zu werden, würde auch das wahrscheinlich dazu führen, dass Kreditinstitute für Betreute gar keine Wertpapiergeschäfte mehr ausführen würden.

Im Ergebnis würde durch eine solche gesetzgeberische Regelung also nicht das Betreutenvermögen besser geschützt, sondern es würde die Gefahr bestehen, dass viele auf Vorsicht bedachte Banken überhaupt keine anderen Anlagen für Betreutenvermögen mehr anbieten. Wir plädieren daher dafür, dass andersartige Anlagegeschäfte weiterhin wirksam bleiben, wenn sie vom Familiengericht nicht gestattet worden sind, und Schäden, die ein Betreuer aus einem nicht gestatteten Anlagegeschäft erlitten hat, gegebenenfalls einen Schadensersatzanspruch gegen den Betreuer auslösen (de lege lata nach § 1833 BGB). Um den Betreuten besser vor den Folgen eigenmächtiger, wirtschaftlich unvernünftiger Anlagegeschäfte des Betreuers zu schützen, könnte vielmehr über eine verpflichtende Vermögensschadenshaftpflichtversicherung von Betreuern nachgedacht werden, die nicht nur Schadensersatzpflichten des Betreuers gegenüber dem Betreuten, sondern auch gegenüber Dritten abdeckt.

Ferner bitten wir darum, zu überdenken, ob das von § 40 Abs. 2 FamFG normierte Rechtskrafterfordernis für betreuungsrechtliche Genehmigungen andersartiger Anlagen beibehalten werden soll. In der Gesetzesbegründung zu § 1850 Abs. 1 BGB-E heißt es, dass insofern in Kauf genommen werden soll, dass Geschäfte zuweilen nicht mit der gewünschten Schnelligkeit durchführbar sind. Die Folgen in der Praxis sind u. E. aber weitreichender: Der Betreuer läuft aufgrund der unbestimmten Dauer des Genehmigungsverfahrens Gefahr, einen Genehmigungsantrag zu stellen, der infolge des Zeitablaufs im Zeitpunkt des Zugangs der Genehmigung nicht mehr durchführbar oder sogar hinfällig ist, weil das ins Auge gefasste Wertpapier nicht mehr oder nicht mehr zu den gewünschten und ggf. sogar antragsgegenständlichen Konditionen erhältlich ist. Dies führt zu einer im Ergebnis aufwändigen, aber nutzlosen Befassung des Betreuungsgerichts und bringt weder einen Nutzen für den Betreuten (keine Nutzung von aktuellen Opportunitäten im Markt) noch einen Nutzen für den Betreuer selbst (die erteilte Genehmigung läuft mit einiger Wahrscheinlichkeit ins Leere). Insbesondere dann, wenn Geschäfte bis zu ihrer Genehmigung schwebend unwirksam wären, würde das Rechtskrafterfordernis bei Wertpapiergeschäften zu einem ernstzunehmenden Hemmnis.

§ 1850 Abs. 2 BGB-E

Aus der Begründung zu Absatz 2 ergibt sich, dass die Genehmigung einer andersartigen Anlage grundsätzlich erteilt werden soll (Seite 206). Dies gibt der Gesetzeswortlaut jedoch nicht wieder. Gegebenenfalls, um das Regel–Ausnahme–Verhältnis deutlich zu machen, könnte ein „nur“ nach „Genehmigung soll“ eingefügt werden.

§ 1851 BGB-E / Genehmigung bei Verfügung über Rechte und Wertpapiere

In der Begründung zu § 1851 BGB-E wird zutreffend darauf hingewiesen, dass der aus den bisherigen §§ 1812, 1813 BGB bestehende Normenkomplex schwer verständlich ist. § 1851 BGB-E hilft dem bedauerlicherweise nur geringfügig ab. Abweichend vom geltenden Recht werden nunmehr zwar nicht nur die Annahme der Leistung, sondern alle Verfügungen über das den Zahlungsanspruch begründende Recht vom Genehmigungserfordernis ausgenommen. Es darf allerdings bezweifelt werden, ob das den Anwendern in der Praxis ohne Weiteres auffällt. Vielmehr wird aus der bisherigen Regel-Ausnahme-Systematik wegen § 1851 Abs. 3 BGB-E sogar eine Regel-Ausnahme-Rückausnahme-Systematik, die in der Praxis kaum zu vermitteln sein dürfte. Hier wäre eine weniger komplexe Regelung wünschenswert.

§ 1851 Abs. 1 BGB-E

In der Gesetzesbegründung zu § 1851 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 zweite Alternative BGB-E findet sich ein Satz, der erklärt, dass die Kündigung eines Depot- oder Verwahrvertrages keine Verfügung über das jeweilige Wertpapier selbst darstellt, sodass die Verfügungsbeschränkung nach Satz 1 Nr. 2 nicht greift. Da in diesem Fall stets die Verfügungsbeschränkung nach Satz 1 Nr. 1 greift, ist der Satz zutreffend, aber missverständlich, weil er so verstanden werden kann, dass die Kündigung von Bankproduktverträgen genehmigungsfrei möglich ist. Aus dem Satz folgt immerhin, dass die Kündigung des Girovertrages (als einseitige empfangsbedürftige WE) nicht mehr genehmigungsbedürftig ist. Das ist erfreulich und begrüßenswert, denn in der heutigen Bankpraxis ist umstritten und von Gerichten und Kreditinstituten bisweilen unterschiedlich eingeschätzt worden, ob die Kündigung eines Girokontos wegen § 1831 Abs. 1 BGB (in Zukunft § 1860 Abs. 1 BGB-E) einer Genehmigung bedarf oder nicht.

§ 1851 Abs. 2 Nr. 1. a BGB-E

Für der Fall des § 1851 Abs. 2 S. 1 lit. a BGB-E sehen wir keinen bzw. nur einen geringen Anwendungsbereich. Dabei gehen wir davon aus, dass Anlagekonten mit Anlagegeld durch den Betreuer nach dem vorliegenden Entwurf gemäß § 1847 Abs. 1 S. 1 BGB-E („hat ... zu vereinbaren“) stets mit einem Genehmigungsvorbehalt zu sperren sind und dass Bestands-Anlagekonten, die der Betreuer vorfindet, ebenfalls mit einem Sperrvermerk versehen werden müssen. Dies würde dazu führen, dass es keine unversperrten Anlagekonten mit Anlagegeld mehr geben wird, so dass hier die Genehmigungsfreiheit bei einem Kontostand bis 3.000 Euro ins Leere liefe. Unversperrte Anlagekonten darf es nur noch geben, wenn lediglich Verfügungsgeld auf einem Anlagekonto liegt. In diesem Fall liegt aber bereits nach § 1851 Abs. 2 S. 1 lit. c BGB-E Genehmigungsfreiheit vor – unabhängig vom Kontostand.

Soweit diese Auffassung zutrifft, sollte auf diese Regelung verzichtet werden. Andernfalls könnte ein Aufrechterhalten der 3.000-Euro Grenze – ohne realistischen Anwendungsbereich – zur Verunsicherung der Rechtsanwender führen. Insbesondere könnte in der Anwenderpraxis irrtümlich davon ausgegangen werden, dass über versperrte Anlagekonten verfügt werden darf, solange der Kontostand 3.000 Euro nicht überschritten ist.

In der Begründung wird klargestellt, dass alle Verfügungen über Zahlungsansprüche bis zu einer Höhe von 3.000 Euro von der Genehmigungspflicht ausgenommen sind und dass die Höhe der Gesamtforderung maßgeblich ist, nicht die Höhe der geltend gemachten Teilforderung. Mit dieser Klarstellung wird der Anwendungsbereich der Ausnahme deutlich geschmälert. Es stellt sich die Frage, ob zum Schutz des Betreuten nicht ein Abstellen auf die Teilverfügung ausreichend wäre.

Außerdem kann zweifelhaft sein, was die Gesamtforderung ist. So ist unklar, ob der nichtbefreite Betreuer einer Genehmigung bedarf, wenn der Depot-Gesamtwert über 9.000 Euro aus drei Aktienwerten á 3.000 Euro besteht und er über 1.500 Euro eines Aktienwertes verfügen möchte.

Aber auch diese vermeintliche „Schutzregelung“ kann vom Betreuer umgangen werden, indem er mehrere gleichartige Konten eröffnet, deren Einzelwert jeweils unter 3.000 Euro liegt oder mehrere Einzelverfügungen tätigt, die jeweils unter der Betragsgrenze liegen.

Praxisgerecht wäre es, genehmigungsfreie Verfügungen – unabhängig von befreiter oder nicht befreiter Betreuung – zuzulassen und die Kontrolle an die Rechnungslegung anzuknüpfen. Das würde bedeuten, dass für befreite Betreuer Verfügungen zu Lasten aller möglichen Konten genehmigungsfrei möglich sind. Verfügungen von nicht befreiten Betreuern sind nur vom Girokonto oder von einem für Verfügungsgeld ohne Sperrvereinbarung eröffneten Anlagekonto genehmigungsfrei möglich. Alle anderen Verfügungen bedürfen – egal in welcher Größenordnung – der betreuungsgerichtlichen Genehmigung. Bei dieser Rechtsklarheit wäre auch die Entscheidung über die Ermöglichung des Online-Bankings für viele Institute leichter.

§ 1851 Abs. 2 Nr. 1. c BGB-E

Im Falle des Absatzes 2 Nr. 1c ist unklar, wie Bestandskonten zu behandeln sind. Nach dem Wortlaut betrifft der Verzicht auf die Genehmigung die ohne Sperrvereinbarung „eröffneten“ Anlagekonten. Vielfach wird der Betreuer jedoch bereits Konten vorfinden, von denen er eines dann als Verfügungsgeldkonto nutzt. Auch aus der Begründung wird deutlich (Seite 210), dass tatsächlich nur durch den Betreuer selbst neu eröffnete Konten gemeint sind. Hier ist eine Klarstellung zu empfehlen, z. B. könnte „eröffneten“ durch „geführten“ ersetzt werden.

§ 1858 BGB-E / Nachträgliche Genehmigung

In § 1858 Abs. 2 BGB-E wird die Frist zur Mitteilung der Genehmigung des Betreuungsgerichts von vier auf acht Wochen verlängert. Dies erfolgt laut der Begründung um die Betreuer zu entlasten. Verkannt wird in diesem Zusammenhang jedoch, dass der Rechtsverkehr auf eine frühzeitige Rechtssicherheit angewiesen ist. Dies auch insbesondere vor dem Hintergrund, dass nunmehr auch die Anlage als solche genehmigungspflichtig mit Außenwirkung ausgestaltet wird.

§ 1861 BGB-E / Gesetzliche Befreiungen

Die Erweiterung der gesetzlichen Befreiung auch auf Großeltern und Geschwister ist praxisrelevant und daher zu begrüßen. Insbesondere Geschwister kommen als Betreuer durchaus häufiger vor. Ihre familiäre Nähe zum Betreuten rechtfertigt ihre geplante Stellung als befreite Betreuer. Die Befreiung sollte aber zwingend in den Bestallungsbeschluss/Betreuerausweis aufgenommen werden. Die Praxis der Gerichte ist uneinheitlich. Oft wollen Betreuer den Betreuungsbeschluss aus Datenschutzgründen entweder nicht oder nur in Auszügen vorlegen. Es würde die Handhabung der befreiten Betreuung bei Kreditinstituten erheblich vereinfachen, wenn sich diese nicht Gewissheit über den Verwandtschaftsgrad und die Art der Verwandtschaft verschaffen müssten. Eine entsprechende Ergänzung von § 290 FamFG bietet sich an.

§ 1861 Abs. 2 BGB-E verpflichtet den Betreuer, jährliche eine Vermögensübersicht beim Betreuungsgericht einzureichen. Bislang musste dies nach dem Ablauf von zwei Jahren erfolgen. Ob für die Verkürzung eine Notwendigkeit besteht, vermögen wir nicht zu beurteilen.

Außerdem ist geregelt, dass die befreiten Betreuer auch von der Pflicht zur Rechnungslegung befreit sind. Dies betrifft aber nicht die Befreiung von der Verpflichtung, einen Bericht über die persönlichen Verhältnisse nach § 1865 BGB-E abzugeben. Nach der bisherigen Regelung (vgl. § 1854 BGB) war eine komplette Befreiung vorhanden.

§ 1862 BGB-E / Befreiung auf Anordnung des Gerichts

Nach § 1862 Abs. 1 BGB-E kann der Betreuer auf seinen Antrag von den Beschränkungen der §§ 1847, 1851 Abs.1 Satz 1 Nummer 1 und 2 BGB-E (nicht von Nummer 3) befreit werden. § 1847 Abs. 2 Satz 3 BGB-E sieht eine Sperrpflicht für Kostbarkeiten vor. Für Kostbarkeiten bedeutet dies, dass der Betreuer zwar von der Sperrverpflichtung befreit werden kann (§ 1847 BGB-E ist vollständig erfasst und damit auch § 1847 Abs.2 Satz 3). Er kann aber dennoch nicht genehmigungsfrei über Kostbarkeiten verfügen, weil § 1851 Abs.1 Satz 1 Nummer 3 BGB-E von der Befreiung nicht erfasst ist. Der Sinn und Zweck dieser Regelung ist unklar, denn die Befreiung von der Sperrvereinbarung soll doch gerade zur Folge haben, dass der Betreuer genehmigungsfrei verfügen kann. Es dürfte sich hier insoweit um ein gesetzgeberisches Versehen handeln.

In dieser Norm bleibt darüber hinaus offen, auf welchen Zeitpunkt abzustellen ist und vor allem, welche Folge ein später eintretender Vermögenszuwachs auf die Befreiung hat.

§ 1874 BGB-E / Fortführung der Geschäfte nach Beendigung der Betreuung

§ 1874 BGB-E verweist wie bislang schon § 1893 BGB auf die §§ 1698 a und b BGB.

Dieser Verweis ist nicht ausreichend, um die Kreditinstitute in den Fällen des Missbrauchs der Vertretungsmacht durch den Betreuer zu schützen. Aus unserer Sicht ist es für die kreditwirtschaftliche Praxis zwingend erforderlich, dass dem Betreuerausweis ein Rechtsscheinschutz für gutgläubige Dritte zukommt. Die aktuelle Rechtslage macht ergänzende Nachfragen beim Betreuungsgericht notwendig, was nicht unerheblichen Aufwand und Kosten sowohl auf Seiten des Instituts als auch des Gerichts schafft.

Gerade wenn die Möglichkeit der Teilnahme des Betreuers am Online-Banking gestärkt werden soll, ist diese Wirkung des Betreuerausweises unabdingbare Voraussetzung. Aber auch für gewöhnliche Geschäfte in der Filiale darf es nicht bei dem status quo bleiben. Es ist der Praxis nicht verständlich zu machen, dass die Vollmachtsurkunde (auch eine privatschriftlich verfasste) ein Rechtscheinträger ist, nicht jedoch ein Betreuerausweis, der von einer staatlichen Stelle ausgestellt worden ist. Bei Letzterem tragen Kreditinstitute allerdings stets das Rückerstattungsrisiko, wenn ein Betreuer nach Beendigung der Betreuung (z. B. Tod des Betreuten oder Abberufung des Betreuers) den Betreuerausweis im Original vorlegt und über Konten verfügt.

Weiterer Regelungsbedarf

Über die zuvor genannten Punkte hinaus sehen wir Regelungsbedarf bei folgenden Themen, die im Diskussionsentwurf noch nicht aufgegriffen worden sind.

Risiko der Geschäftsunfähigkeit des Betreuten

Der Diskussionsentwurf macht keine Vorgaben dazu, wie die Geschäftsfähigkeit bzw. Geschäftsunfähigkeit eines Betreuten dargetan werden muss. Gerade dies stellt aber für die Geschäftspartner der Betroffenen und hier für die Kreditinstitute im Besonderen eine kaum zu bewältigende Herausforderung dar. Insofern besteht aus unserer Sicht dringender Regelungsbedarf.

Information über das Erlöschen der Betreuung / Abberufung des Betreuers

Notwendig wäre eine Information der Kreditinstitute, wenn der Betreuer abberufen wird oder sein Amt erlischt.
