

Bundesministerium der Justiz und für  
Verbraucherschutz  
z. H. Herrn Ministerialrat Dr. Meyer  
Mohrenstraße 37  
11015 Berlin

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz	
Abl.	Ref.
03.12.2018 14:15	
Anlagen	
geheftet	fach
Doppel	

ZAM

b6

b 3.12

## Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschaftsrechts

Sehr geehrter Herr Dr. Meyer,

für die Übersendung des zweiten Diskussteilentwurfs eines Gesetzes zur Reform des Vormundschaftsrechts und die Gelegenheit zur Stellungnahme möchten wir Ihnen danken. Wir nehmen diese Gelegenheit gerne wahr.

Die familien- und betreuungsgerichtlichen Genehmigungstatbestände sind von erheblicher Bedeutung für die alltägliche Praxis der Notare. Die Überlegungen, das Vormundschafts- und Betreuungsrecht zu modernisieren und insgesamt neu zu strukturieren, sind aus Sicht der Bundesnotarkammer daher sehr zu begrüßen. Insbesondere der Vorschlag, die Vorschriften zur Vermögenssorge neu zu fassen und diese – ihrer Bedeutung in der Praxis entsprechend – in das Betreuungsrecht zu verschieben, ist folgerichtig. Die in diesem Zusammenhang vorgeschlagene Neuordnung des Katalogs der genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfte (§§ 1852 ff. BGB-E) begrüßen wir ebenfalls. Dies führt zu einer größeren Übersichtlichkeit des Gesetzes und verortet die Vorschriften in dem Gesetzesabschnitt, in dem sie auch aus notarieller Sicht die größte praktische Relevanz haben.

Das Ziel des Reformvorhabens, das geltende Recht zu vereinfachen und zu modernisieren, scheint mit dem vorliegenden Entwurf gut erreichbar. Dieser findet eine gute Balance zwischen dem Schutz des Vermögens des Betreuten einerseits und der Rücksichtnahme auf die Interessen des Geschäftsverkehrs andererseits. Die Zusammenführung der bislang über das gesamte BGB verstreuten Genehmigungserfordernisse an einer zentralen Stelle im Gesetz ist besonders erfreulich, da die komplizierte Regelungsmaterie dadurch anwenderfreundlicher gestaltet wird und die einzelnen Genehmigungserfordernisse in Zukunft leichter auffindbar sein werden.

Der vorliegende Entwurf ist daher aus Sicht der Bundesnotarkammer insgesamt sehr gut gelungen. Nur bezüglich der folgenden wenigen Punkten sehen wir Änderungsbedarf.

Im Einzelnen:

1. § 1643 BGB-E: Genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäfte

Die Vorschrift des § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB, die ohne inhaltliche Änderungen in § 1643 Abs. 3 BGB-E übernommen wird, hat in der notariellen Praxis erhebliche Bedeutung. Problematisch ist, dass die derzeitige Fassung des Gesetzes wenig verständlich und transparent ist und daher eine Reihe von Anwendungsproblemen aufwirft.<sup>1</sup> Dies ist misslich, da die Erbausschlagung als ein die erbrechtliche Gesamtrechtsnachfolge betreffendes Rechtsgeschäft erhebliche Bedeutung hat und zudem aufgrund der knappen Frist von nur sechs Wochen zeitkritisch ist.

Gemäß § 1643 Abs. 3 BGB-E benötigt der Elternteil für die Erbausschlagung im Namen des Kindes dann ausnahmsweise keine gerichtliche Genehmigung, wenn er zumindest mitsorgeberechtigt ist, die Ausschlagung für sich selbst erklärt hat und die Erbschaft aufgrund der eigenen Ausschlagung beim Kind anfällt, ohne dass der Elternteil aufgrund der Ausschlagung zugleich neben dem Kind berufen ist. Dies ist etwa der Fall, wenn der Elternteil mehrere Erbteile erlangt hat und nur einen Erbteil für sich ausschlägt. Die Genehmigungsfreiheit in dieser Konstellation beruht auf der Überlegung, dass dann, wenn der Elternteil die Erbschaft für sich selbst ausschlägt, in der Regel davon auszugehen ist, dass die Erbschaft insgesamt nachteilig ist. Es fehlt also an einem das Genehmigungserfordernis rechtfertigenden Interessenkonflikt.<sup>2</sup>

Vor diesem Hintergrund halten es wir für überlegenswert, Erbausschlagungen durch einen Elternteil auch dann vom Genehmigungserfordernis auszunehmen, wenn der ausschlagende Elternteil neben den Kindern zur Ausschlagung berufen ist und zugleich auch sein eigenes Erbe ausschlägt. Auch in diesen Konstellationen wird regelmäßig kein Interessenkonflikt bestehen.

---

<sup>1</sup> Vgl. umfassend *Becker* in: BeckOGK-BGB, Stand: 15.10.2018, § 1643 BGB Rdn. 18 ff.; *Ivo*, ZEV 2002, 309 ff.

<sup>2</sup> OLG Frankfurt vom 02.06.1954 – I Wx 18/54 = NJW 1955, 466; *Huber* in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, § 1643 BGB Rdn. 17.

Wenn der Elternteil sein Erbe ausschlägt, ist bei der gebotenen gesetzlichen Typisierung anzunehmen, dass die Annahme des Erbes weder für den Elternteil noch für sein Kind Vorteile bringt und der Elternteil daher zum Wohle des Kindes handelt. Hat etwa der Erblasser die Mutter des Kindes und das Kind zu je ½ zum Erben eingesetzt, halten wir es für richtig, dass die Ausschlagungserklärung der Mutter für das Kind keiner Genehmigung bedarf, wenn die Mutter zugleich ihr eigenes Erbe ausschlägt. Dass die Ausschlagung nur dann genehmigungsfrei ist, wenn die Mutter alleinige Erbin wäre und die Ausschlagung zugleich für das Kind als Ersatzerbin erklärt, kann nicht überzeugen. Wir regen daher an, das Tatbestandsmerkmal, dass der Anfall der Erbschaft infolge der Ausschlagung eines Elternteils eingetreten sein muss, ersatzlos zu streichen.

Des Weiteren ist zu bedenken, dass der Wortlaut der Regelung des § 1643 Abs. 3 BGB-E im Hinblick auf den Zweck der Regelung zu eng ist. Problematisch sind insbesondere die Fälle der sog. selektiven Ausschlagung, bei denen der vertretungsberechtigte Elternteil für einzelne von mehreren Kindern ausschlägt und für die anderen Kinder die Erbschaft annimmt.<sup>3</sup> Die h. M. befürwortet in diesen Fällen richtigerweise unter Verweis auf den fehlenden Interessengleichklang der Eltern eine teleologische Reduktion des § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB, so dass hier entgegen des Wortlauts ein Genehmigungserfordernis bestehen soll.<sup>4</sup> Ferner besteht nach Ansicht der h. M. auch dann ein Genehmigungserfordernis, wenn der testamentarisch bedachte Elternteil die Erbschaft als Testamentserbe für sich und das Kind als Ersatzerbe ausschlägt, um die Erbschaft sodann als gesetzlicher Erbe anzunehmen (§ 1948 BGB).<sup>5</sup>

Aus Sicht der Bundesnotarkammer ist die in diesen Fällen von der h. M. vorgenommene Einschränkung nicht unproblematisch, da ein die Frage der Gesamtrechtsnachfolge betreffendes Genehmigungserfordernis eine konturenscharfe Abgrenzung erfordert. Wir halten es daher für überlegenswert, § 1643 Abs. 3 BGB-E nach dem Vorbild von § 181 BGB zu einer formellen Ordnungsvorschrift auszubauen und durch eine abschließende Regelung von Fallgruppen für Normklarheit zu sorgen. Die Fälle müssen ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen werden, um das Bedürfnis für eine teleologische Reduktion der Vorschrift entgegen ihrem Wortlaut entfallen zu lassen.

<sup>3</sup> *Becker* in: BeckOGK-BGB, Stand: 15.10.2018, § 1643 BGB Rdn. 35.

<sup>4</sup> KG vom 13.03.2012 – I W 747/11 = ZEV 2012, 332; OLG Hamm vom 13.12.2013 – I-15 W 374/13 = DNotZ 2014, 858. A. A. jedoch OLG Hamm vom 28.06.2018 – II-11 WF 112/18 = ZEV 2018, 645, 647.

<sup>5</sup> OLG Frankfurt vom 02.06.1954 – I Wx 18/54, NJW 1955, 466; *Ivo*, ZEV 2002, 309, 313. Dies aus Gründen der Rechtssicherheit ablehnend *Baumann*, DNotZ 2012, 803, 808; *Sagmeister*, ZEV 2012, 121 ff.

§ 1643 Abs. 3 S. 1 BGB-E könnte bspw. wie folgt gefasst werden:

*Eine Genehmigung der Erbausschlagung ist abweichend von § 1853 Nummer 1 nicht erforderlich, wenn der Elternteil die Erbschaft zugleich für sich selbst und sämtliche anderen Kinder, für die er sorgeberechtigt ist, insgesamt und unter allen Berufungsgründen ausschlägt.*

Soweit in der Literatur<sup>6</sup> entgegen der h. M.<sup>7</sup> vertreten wird, die Ausschlagung von Erbschaften über werthaltige Nachlässe sei stets genehmigungsbedürftig, ist dem zu widersprechen. Da sich die Werthaltigkeit des Nachlasses im Zeitpunkt der Ausschlagung nicht sicher bestimmen lässt, wären die Eltern in der Praxis dazu gezwungen, bei nahezu jeder Ausschlagung eine Genehmigung einzuholen. Dies würde zu einer unnötigen Förmerei und Überlastung der Familiengerichte führen.

Im Hinblick auf die Regelung in § 1643 Abs. 3 S. 3 BGB-E, der den Abschluss eines Erbteilungsvertrags genehmigungsfrei stellt, ist darauf hinzuweisen, dass es sich dabei nicht um einen gesetzlich definierten Begriff handelt. § 2042 BGB spricht vielmehr von der Auseinandersetzung. Es ist daher zu überlegen, statt des Begriffes Erbteilungsvertrag von Auseinandersetzung gemäß § 2042 BGB zu sprechen. Für § 1853 Nr. 1 BGB-E gilt dies gleichermaßen.

## 2. §§ 1644, 1801 BGB-E: Maßstab für die Erteilung einer Genehmigung

In §§ 1644, 1801 BGB-E wird der Maßstab für die Erteilung der gerichtlichen Genehmigung kodifiziert. Dies ist aus Sicht der Bundesnotarkammer uneingeschränkt zu begrüßen. Wir halten die Regelung, dass die Genehmigung zu erteilen ist, sofern kein Widerspruch zum Kindeswohl gegeben ist, auch unter dem Gesichtspunkt der Amtsermittlung für überzeugend. Das Gericht muss nicht positiv die Entscheidung im Sinne des Kindeswohls bejahen, sondern einen Widerspruch zum Kindeswohl ausschließen können.

Das Gesetz hebt indes die Grundsätze einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung besonders hervor. Aus Sicht der Bundesnotarkammer sollten nicht allein wirtschaftliche Gesichtspunkte dafür ausschlaggebend sein, ob eine Entscheidung dem Kindeswohl entspricht. Vielmehr kann die Erteilung einer Genehmi-

---

<sup>6</sup> Vgl. jüngst *Eue*, ZEV 2018, 624.

<sup>7</sup> Vgl. etwa OLG Köln vom 26.04.2012 – II-12 UF 10/12 = DNotZ 2012, 855, 857.

gung im Einzelfall auch aus familiären und/oder sozialen Erwägungen geboten sein. Es ist daher überlegenswert, dem Passus „unter Berücksichtigung der Grundsätze einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung“ das Wort „insbesondere“ voranzustellen. Damit würde der Gesetzestext unterstreichen, dass die Vermögensverwaltung nicht der einzige im Rahmen der Kindeswohlprüfung zu beachtende Gesichtspunkt ist.

### 3. 1783 BGB-E: Benennung und Ausschluss als Vormund durch die Eltern

Die Benennung eines Vormunds spielt in der (notariellen) Praxis entgegen der im Entwurf geäußerten Vermutung eine nicht unerhebliche Rolle. Derartige Regelungen werden bspw. oftmals im Rahmen eines sog. Geschiedenentestaments getroffen.

Die Vormundbenennung ist Ausdruck der autonomen und verantwortlichen Sorgerechtsausübung und geht der Auswahl des Vormunds durch das Familiengericht vor. Wir halten es daher unter gesetzessystematischen Gesichtspunkten für angezeigt, die in § 1783 BGB-E geregelte Vormundbenennung der Vorschrift des § 1779 BGB-E (Auswahl des Vormunds durch das Familiengericht) voranzustellen.

§ 1783 Abs. 1 BGB-E sieht vor, dass die Eltern nur eine natürliche Person als Vormund benennen können. Der neugefasste Wortlaut legt nahe, dass als Vormund nur eine Person benannt werden kann und diese konkret zu bezeichnen ist. Dadurch würde der Handlungsspielraum der Eltern gegenüber der bisherigen Rechtslage eingeschränkt. Gegenwärtig steht es Eltern frei, statt einer konkreten Person auch einen Personenkreis zu benennen, aus dem die Auswahl des Vormunds zu erfolgen hat (z.B. die Geschwister eines Elternteils).<sup>8</sup> Es sollte zumindest aus der Gesetzesbegründung hervorgehen, dass diese Möglichkeit unberührt bleibt.

Zudem ist zu überlegen, ob die Beschränkung auf eine Person sachgerecht ist. Es erscheint bedenkenswert, ob man Eltern die Möglichkeit eröffnen soll, mehrere Personen als Vormünder zu bestellen. Dafür spricht auch der Vergleich zu § 1817 BGB-E, der die Bestellung mehrerer Betreuer zulässt.

---

<sup>8</sup> Hoffmann in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.09.2018, § 1777 BGB Rdn. 20.

4. § 1834 BGB-E: Genehmigung des Betreuungsgerichts bei Aufgabe von Wohnraum des Betreuten

§ 1834 BGB-E regelt die Genehmigungspflicht bei der Aufgabe von Wohnraum des Betreuten neu. Aus Sicht der Bundesnotarkammer sollte klargestellt werden, dass die entsprechende Genehmigungspflicht nur für Betreuer, nicht aber für Bevollmächtigte gilt. Die weiteren in diesem Kapitel befindlichen Genehmigungstatbestände werden allesamt auf den Bevollmächtigten erstreckt. Die Kündigung eines Mietverhältnisses ist qualitativ indes nicht mit den weiteren in § 1830 ff. BGB-E verordneten Maßnahmen vergleichbar. Dennoch sollte zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit in der Begründung klargestellt werden, dass das Genehmigungserfordernis gemäß § 1834 BGB-E nicht für Bevollmächtigte gilt. Im Hinblick auf den Zweck der Norm, dem Betreuten sein gewohntes Lebensumfeld zu erhalten, ist zu überlegen, ob anzuordnen ist, dass die Kündigung durch einen Bevollmächtigten nur zulässig ist, wenn dieser eine schriftliche Vollmacht besitzt.

5. § 1837 BGB-E: Vermögensverzeichnis

§ 1837 BGB-E fasst die Pflicht des Betreuers zur Erstellung eines Vermögensverzeichnisses weitgehend neu. Dies ist im Grundsatz zu begrüßen, da Zweifelsfragen, namentlich die Frage nach den Zuständigkeiten für die Erstellung des Verzeichnisses bei der Bestellung mehrerer Betreuer und der Stichtag, der für die Verzeichnung des Vermögens maßgeblich ist, einer eindeutigen gesetzlichen Regelung zugeführt werden sollen.

Problematisch ist aus Sicht der Bundesnotarkammer allerdings der neue Absatz 2, der vorsieht, dass der Betreuer zukünftig verpflichtet sein soll, „eine zuständige Behörde, einen zuständigen Beamten, Notar, Sachverständigen oder Zeugen hinzu[zuziehen], soweit dies für eine ordnungsgemäße Erstellung des Verzeichnisses erforderlich und mit Rücksicht auf das Vermögen des Betreuten angemessen ist oder wenn das Betreuungsgericht dies anordnet.“ Der Pflichtenkanon des Betreuers würde also verschärft, da der Betreuer zukünftig nicht mehr nur das Recht („kann“), sondern unter Umständen auch die Pflicht („zieht“) hat, eine dritte Person zur Erstellung des Vermögensverzeichnisses hinzuziehen.

Dies sollte aus Sicht der Bundesnotarkammer hinterfragt werden. Gemäß § 1802 Abs. 3 BGB kann das Betreuungsgericht bereits heute anordnen, dass

das Verzeichnis durch eine zuständige Behörde, durch einen zuständigen Beamten oder durch einen Notar aufgenommen wird, wenn das vom Betreuer eingereichte Verzeichnis ungenügend ist. Diese Regelung wird unverändert in § 1837 Abs. 3 BGB-E übernommen. Ein praktisches Bedürfnis dafür, den Betreuer in anderen Fällen als solchen, in denen er kein oder ein nur ungenügendes Verzeichnis vorlegt, zur Hinzuziehung einer dritten Person zu verpflichten, ist nicht ersichtlich.

Dies umso mehr, als auf die unbestimmten Begriffe der Erforderlichkeit und der Angemessenheit abgestellt wird, um festzulegen, wann ein Dritter eingeschaltet werden muss. Es steht zu befürchten, dass die Neuregelung eine erhebliche Rechtsunsicherheit zur Folge haben könnte, so dass Betreuer vorsichtshalber auch dann Dritte bei der Erstellung des Vermögensverzeichnisses hinzuziehen könnten, wenn dies nicht erforderlich ist. Auch die Begründung des Entwurfs bietet insoweit nur wenig Orientierung, da sie keine Kriterien nennt, auf die der Betreuer als Leitlinien zur Beantwortung der Frage, ob die Hinzuziehung erforderlich und angemessen ist, zurückgreifen kann. Die Begründung beschränkt sich vielmehr auf die Nennung eines Beispiels: Fälle, in denen Wertschätzungen erforderlich sind, z.B. bei Kunstgegenständen, da dies dem Betreuer nur schwer möglich sein werde. Konkrete Kriterien werden sich angesichts der Vielgestaltigkeit der Lebenssachverhalte und der unterschiedlichen Vermögensverhältnisse der Betreuten indes auch nur schwer entwickeln lassen. Unseres Erachtens sollte daher auf die Einführung einer erweiterten Pflicht zur Hinzuziehung eines Dritten verzichtet werden.

Die als Hilfsperson in Frage kommenden Personen werden in § 1837 Abs. 2 BGB-E aufgezählt. Allerdings wird nicht konkretisiert, wer in welchen Fällen einzuschalten ist. Aus Sicht der Bundesnotarkammer sollte dies klargestellt werden. Maßgebliches Kriterium sollte sein, dass die spezielle Expertise der Hilfsperson es erforderlich macht, diese hinzuziehen. So dürfte die Hinzuziehung eines Sachverständigen angezeigt sein, wenn es um die Bestimmung des Wertes eines Gegenstandes geht. Die Einschaltung eines Notars dürfte demgegenüber dann in Betracht zu ziehen sein, wenn die mit der notariellen Niederschrift verbundene erhöhte Beweiswirkung des Verzeichnisses von besonderer Bedeutung ist.<sup>9</sup> In diesen Zusammenhang ist zudem zu berücksichtigen, dass Notare keine Ermittlungsbehörden sind und regelmäßig nicht über besonderes

---

<sup>9</sup> Frösche in: BeckOGK-BGB, Stand 01.10.2018, § 1802 BGB Rdn. 54.

Fachwissen im Hinblick auf die Ermittlung von Vermögensgegenständen und Zahlungsströmen verfügen. Die Hinzuziehung eines Notars dürfte also der Ausnahmefall sein.

In systematischer Hinsicht ist anzumerken, dass sich die Regelungen des § 1837 Abs. 2 Halbsatz 2 BGB-E und die des § 1837 Abs. 3 BGB-E überschneiden, da beide eine Ermächtigung des Betreuungsgerichts enthalten, dem Betreuer die Hinzuziehung eines Dritten aufzugeben. Der in der Begründung genannte Fall der Anordnung der Hinzuziehung eines Dritten bei Vorhandensein erheblicher Vermögenswerte dürfte bereits unter § 1837 Abs. 2 Halbsatz 1 BGB-E fallen, da hier eine Hinzuziehung regelmäßig erforderlich und auch angemessen sein dürfte. Wenn Abs. 2 beibehalten werden sollte, sollte daher zumindest der zweite Halbsatz (Anordnung durch das Betreuungsgericht) entfallen.

Abschließend erlauben wir uns noch folgende generelle Anmerkung. Durch die Neuregelung des § 1837 BGB-E wird die Pflicht des Betreuers zur Erstellung eines Vermögensverzeichnisses betont. Die Aufnahme einer expliziten Pflicht zur Hinzuziehung eines Dritten in § 1837 Abs. 2 BGB-E lässt erwarten, dass Notare zukünftig in verstärktem Maß mit der Erstellung von Vermögensverzeichnissen beauftragt werden könnten. Aus notarieller Sicht ist dies nicht unproblematisch, da der Pflicht zur Erstellung des Verzeichnisses keine ausreichenden Befugnisse gegenüberstehen.

Namentlich bei der Erstellung von Nachlassverzeichnissen stehen Notare in der Praxis bereits heute immer wieder vor dem Problem, dass es keine gesetzlichen Regelungen zur Aufnahme von Verzeichnissen gibt. Die von der Rechtsprechung beispielsweise bezüglich der Ermittlung bestehender Bankkonten und Guthaben gestellten Anforderungen kann der Notar regelmäßig nicht kraft eigener Befugnisse, sondern nur aufgrund einer ihm zu erteilenden Vollmacht erfüllen. Ähnliche Probleme stellen sich in Bezug auf die Gestaltung des Verfahrens. Aus Sicht der Bundesnotarkammer ist daher eine gesetzliche Regelung des Verfahrens zur Aufstellung notarieller Verzeichnisse dringend erforderlich. Dies umso mehr, wenn die Zuständigkeiten des Notars zur Aufnahme von Verzeichnissen an weiteren Stellen des BGB in den Vordergrund gestellt werden sollen.

## 6. §§ 1810 ff. BGB-E: Pflegschaft

Die überwiegend redaktionellen Regelungen zur Pflegschaft halten wir für gelungen. Wir erlauben uns jedoch anzumerken, dass die Vergabe von Buchsta-



benzusätzen (§ 1810a BGB-E) bei einer Neufassung des Gesetzes nach Möglichkeit vermieden werden sollte.

Im Zusammenhang mit der Zuwendungspflegschaft (§ 1811 BGB-E) sollte zudem klargestellt werden, dass sich die Zuwendungspflegschaft so wie bislang lediglich auf unentgeltliche Zuwendungen erstreckt. Wir gehen davon aus, dass es sich bei § 1811 Abs. 1 Nr. 1 BGB-E, der auf das Tatbestandsmerkmal „unentgeltlich“ verzichtet, um ein Redaktionsversehen handelt.

Es ist erfreulich, dass § 1811 Abs. 1 Nr. 1 BGB-E auch Zuwendungen auf den Todesfall in den Anwendungsbereich der Vorschrift mit einbezieht. Unklar bleiben allerdings die Form und der Zeitpunkt einer entsprechenden Vormundbenennung. So stellt sich etwa bei der schenkungsweisen Zuwendung einer Lebensversicherung auf den Todesfall die Frage, wann und in welcher Form der Zuwendende die Zuwendungspflegschaft anordnen kann und muss. Bei einer Leistung im Todesfall wäre es ggf. angezeigt, die Frage in Parallele zu § 2301 BGB zu beantworten. Im Sinne der Rechtsklarheit wäre eine eindeutige Regelung wünschenswert.

#### 7. § 1839 BGB-E: Schenkungen durch einen Betreuer

Gemäß § 1839 S. 1 BGB-E kann der Betreuer in Vertretung des Betreuten keine Schenkungen machen. Ausgenommen sind lediglich Schenkungen, die dem Wunsch des Betreuten oder seinem mutmaßlichen Willen entsprechen und die nach seinen Lebensverhältnissen als Gelegenheitsgeschenke üblich oder angemessen sind (§ 1839 S. 2 BGB-E). Dass der Gesetzesentwurf primär auf den Wunsch des Betreuten und seinen mutmaßlichen Willen abstellt, ist im Sinne des Selbstbestimmungsrechts des Betreuten zu begrüßen. Die Entwurfsbegründung hebt zu Recht hervor, dass auch Schenkungen dem Willen des Betreuten entsprechen und damit geboten sein können.

Problematisch erscheint jedoch die Beschränkung auf „Gelegenheitsgeschenke“. Dem Wortlaut der Vorschrift („und“) sowie der Entwurfsbegründung ist zu entnehmen, dass die Tatbestandsvoraussetzungen kumulativ gelten sollen. Um dem Selbstbestimmungsrecht des Betreuten zur Geltung zu verhelfen, sollten Schenkungen in großzügigerem Umfang zugelassen werden, als sie derzeit und nach dem Entwurf möglich sind. Eine zu restriktive Haltung des Gesetzes kann zu erheblichen Schwierigkeiten führen, die eine Beschränkung auf Gelegen-

heitsgeschenke als unverhältnismäßig erscheinen lassen. Dies lässt sich an folgendem Beispiel veranschaulichen:

Der kinderlose Unternehmer U hat beschlossen, seinen Betrieb seinem Neffen N zu überlassen. Die Mitarbeiter des Unternehmens sind informiert, alle Vorbereitungen sind getroffen. Zwei Wochen vor dem Beurkundungstermin erleidet U einen Schlaganfall und ist nunmehr geschäftsunfähig. Da U keine Vorsorgevollmacht errichtet hat, muss ein Betreuer bestellt werden.

Da es sich bei der Übergabe nicht um ein Gelegenheitsgeschenk handeln dürfte, wäre dem Betreuer der Abschluss des Übergabevertrags wegen § 1839 S. 1 BGB-E nicht möglich, obwohl dies dem Willen des Betreuten entspräche. Dies ist bedenklich, da der Unternehmer in diesem Fall keine Übergabe mehr vornehmen kann und mit der Fortführung des Unternehmens durch die nächste Generation bis zu seinem Tod zugewartet werden müsste. Wirtschaftlich gebotene Unternehmensübergaben könnten auf diesem Wege vereitelt werden.

Auch die Streichung der Regelung des § 1908 BGB zur Ausstattung durch den Betreuer begegnet Bedenken. Die Begründung führt hierzu aus, dass eine Ausstattung nach § 1624 Abs. 1 BGB nur dann eine Schenkung sei, wenn sie das nach den Umständen zu bestimmende Maß überschreite. Eine ordnungsmäßige Ausstattung könne der Betreuer daher weiterhin vornehmen. Da sich die Abgrenzung zwischen einer ordnungsgemäßen und einer exzessiven Ausstattung oft nur sehr schwer wird vornehmen lässt, halten wir es für richtig, an dem Genehmigungserfordernis weiter festzuhalten, um für die Beteiligten Rechtssicherheit zu schaffen.

Wir halten es daher für geboten, das Schenkungsverbot des Betreuers einerseits zu lockern, die über Gelegenheitsgeschenke hinausgehenden Schenkungen nach dem Vorbild des jetzigen § 1908 BGB aber einem gerichtlichen Genehmigungsvorbehalt zu unterwerfen, um missbräuchliche Schenkungen auszuschließen und einen verfahrensrechtlichen Rahmen für die Ermittlung des mutmaßlichen Willens des Betreuten zu schaffen.

§ 1839 BGB-E könnte bspw. wie folgt formuliert werden:

*„(1)<sup>1</sup>Der Betreuer kann in Vertretung des Betreuten keine Schenkungen machen. <sup>2</sup>Ausgenommen hiervon sind Schenkungen, die nach den Lebensverhältnissen des Betreuten als Gelegenheitsgeschenke üblich oder angemessen sind oder die vom Betreuungsgericht genehmigt wurden. <sup>3</sup>Die Genehmigung ist zu*

*erteilen, wenn die Schenkung dem Wunsch des Betreuten oder seinem mutmaßlichen Willen entspricht und sich nach der Gesamtbeurteilung seiner Lebenssituation als angemessen darstellt.*

*(2) Der Betreuer kann eine Ausstattung aus dem Vermögen des Betreuten nur mit Genehmigung des Betreuungsgerichts versprechen oder gewähren.“*

8. § 1852 Nr. 6 BGB-E: Genehmigung des Erwerbs von Wohnungs- und Teileigentum

Gemäß § 1852 Nr. 6 BGB-E soll ein Rechtsgeschäft, „durch das der Betreute Wohnungs- oder Teileigentum erwirbt“, der Genehmigung des Betreuungsgerichts bedürfen. Ausweislich der Begründung des Diskussionsentwurfs soll davon sowohl der Fall des entgeltlichen als auch der des unentgeltlichen Erwerbs erfasst werden.

Der entgeltliche Erwerb von Wohnungs- oder Teileigentum bedarf allerdings – wie auch die Begründung des Entwurfs hervorhebt – bereits heute gemäß § 1821 Nr. 5 BGB der Genehmigung des Betreuungsgerichts. Nach soweit ersichtlich ganz herrschender Meinung fallen das Wohnungseigentum und das Teileigentum nach dem WEG unter den Begriff des Grundstücks im Sinne des § 1821 BGB.<sup>10</sup> Ein Bedürfnis, neben dem Verpflichtungs- nunmehr auch das Verfügungsgeschäft der Genehmigungspflicht zu unterstellen, besteht aus Sicht der Bundesnotarkammer nicht. Ein doppeltes Genehmigungserfordernis erscheint vielmehr als unnötiger Formalismus, da es nur schwer vorstellbar ist, dass das Verpflichtungs- nicht aber das Verfügungsgeschäft genehmigungsfähig ist. Dies umso mehr, als der Betreute ggf. schadensersatzpflichtig würde, wenn die Genehmigung des Erfüllungsgeschäfts verweigert werden würde und damit ein Fall nachträglicher rechtlicher Unmöglichkeit einträte (§ 275 Abs. 1 BGB). Zudem ist zu beachten, dass ein doppeltes Genehmigungserfordernis das Risiko birgt, dass der Vollzug eines Rechtsgeschäfts verzögert wird, ohne dass damit ein Mehr an Schutz für den Betreuten oder den Minderjährigen verbunden ist. Zumal das Verpflichtungsgeschäft beim entgeltlichen Erwerb von Wohnungs- oder Teileigentum sowohl nach § 1856 Nr. 5 als auch nach Nr. 6 BGB-E genehmigungsbedürftig wäre, so dass im Ergebnis sogar ein dreifaches Genehmigungserfordernis bestünde.

---

<sup>10</sup> Vgl. bspw. Kroll-Ludwigs in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, § 1821 BGB Rdn. 17.

Zu bedenken ist zudem, dass der Erwerb von Wohnungs- oder Teileigentum stärker reguliert würde, als der Erwerb eines Grundstücks, der gemäß § 1821 Nr. 5 BGB resp. § 1852 Nr. 5 BGB-E nur bei entgeltlichem Erwerb genehmigungsbedürftig ist. Eine Ausweitung des Genehmigungserfordernisses auch auf den unentgeltlichen Erwerb von Grundstücken ist – richtigerweise – nicht beabsichtigt. Unseres Erachtens sollte das Genehmigungserfordernis daher auch beim Erwerb von Wohnungs- oder Teileigentum auf den Fall des entgeltlichen Erwerbs beschränkt werden, so dass beim Erwerb von Grundstücken und beim Erwerb von Wohnungs- oder Teileigentum Gleichlauf besteht. Ein Grund, Wohnungs- oder Teileigentum anders zu behandeln, ist nicht ersichtlich.

Der entgeltliche Erwerb von Wohnungs- oder Teileigentum sollte daher aus dem Anwendungsbereich des § 1856 Nr. 6 BGB-E herausgenommen und die Regelung auf den unentgeltlichen Erwerb beschränkt werden. Eine Schutzlücke wäre angesichts der Regelung des § 1856 Nr. 5 BGB-E damit nicht verbunden.

Aus Sicht der Bundesnotarkammer sollte indes nochmals kritisch hinterfragt werden, ob tatsächlich ein Bedürfnis besteht, den unentgeltlichen Erwerb von Wohnungs- oder Teileigentum der Genehmigung durch das Betreuungsgericht zu unterstellen. Dies erscheint nicht zwingend. Ausweislich der Begründung des Entwurfes ist die Einführung des Genehmigungserfordernisses aufgrund der mit dem Erwerb verbundenen langfristigen Haftungsfolgen geboten.

Tragender Gesichtspunkt ist die mit dem (unentgeltlichen) Erwerb von Wohnungs- und Teileigentum verbundene Haftung des Betreuten gegenüber den Gläubigern der Wohnungseigentümergeinschaft nach § 10 Abs. 8 WEG. Dem ist aus Sicht der Bundesnotarkammer zwar im Grundsatz zuzustimmen. Der Erwerb von Wohnungs- oder Teileigentum ist aufgrund der damit verbundenen Haftung des Erwerbers nach § 10 Abs. 8 bzw. § 16 Abs. 2 WEG nicht lediglich rechtlich vorteilhaft und potentiell mit Haftungsrisiken für den Betreuten oder den Minderjährigen verbunden. Die mögliche Haftung nach § 10 Abs. 8 bzw. § 16 Abs. 2 WEG rechtfertigt es nach unserem Dafürhalten indes nicht, den unentgeltlichen Erwerb von Wohnungs- oder Teileigentum prinzipiell für genehmigungsbedürftig zu erklären. Die Haftung ist pro rata auf die Höhe des Miteigentumsanteils beschränkt und entspricht damit den im Innenverhältnis zu tragenden Kosten. Dem Betreuten droht also keine überschießende Haftung.

Den Urteilen des Kammergerichts und des OLG Münchens, die in der Entwurfsbegründung zitiert werden, lagen spezielle Konstellationen zugrunde, die nicht ohne weiteres verallgemeinerungsfähig sein dürften. In beiden Fällen sollte der Minderjährige nur einen Bruchteil an der auf ihn zu übertragenden Wohnung erwerben. Für diese Konstellation haben die Gerichte – soweit ersichtlich in Einklang mit der herrschenden Ansicht in Rechtsprechung und Literatur – ein Genehmigungserfordernis gemäß § 1822 Nr. 10 BGB (Übernahme einer fremden Verbindlichkeit) bejaht. Maßgebliche Erwägung dabei war, dass der minderjährige Erwerber als Miteigentümer gemäß § 16 Abs. 2 WEG in gesamtschuldnerischer Verbundenheit mit dem anderen Miteigentümer der Wohnung haften und somit im Außenverhältnis für dessen Verbindlichkeiten einstehen müsse. Anders ist dies indes, wenn der Betreute (oder der Minderjährige) Alleineigentum erwirbt. Hier trifft den Betreuten – vorbehaltlich einer von der quotalen Haftung im Außenverhältnis nach § 10 Abs. 8 WEG abweichenden internen Abrede zur Kostentragung – keine Haftung für eine fremde Verbindlichkeit. Die ihn treffende Haftung nach § 10 Abs. 8 bzw. § 16 Abs. 2 WEG ist eine Haftung für eine kraft Gesetz auf ihn übergehende eigene Verbindlichkeit. Der unentgeltliche Erwerb von Alleineigentum ist daher nicht genehmigungsbedürftig.<sup>11</sup>

Aus Sicht der Bundesnotarkammer erscheint es auch nicht gerechtfertigt, den unentgeltlichen Erwerb von Alleineigentum durch Schaffung eines Genehmigungserfordernisses zu erschweren. Der Tatbestand des § 1852 Nr. 6 BGB-E sollte daher gestrichen werden. Eine im Hinblick auf die Regelungen in §§ 10 Abs. 8 und 16 Abs. 2 WEG bestehende Schutzlücke ist damit nicht verbunden. Zwar könnte die Anpassung des Wortlauts von § 1856 Nr. 4 BGB-E dahingehend verstanden werden, dass der Erwerb von Bruchteilseigentum zukünftig nicht mehr genehmigungsbedürftig ist. Angesichts der Vorgabe, dass das Rechtsgeschäft auf die Übernahme einer fremden Verbindlichkeit gerichtet sein muss, erscheint dies nicht zweifelsfrei, wenn eine Haftung gesetzliche und damit ggf. unbeabsichtigte, weil unvermeidliche, Nebenfolge eines Rechtsgeschäfts ist. Es ist daher zu überlegen, in der Gesetzesbegründung vorsichtshalber klarzustellen, dass der Erwerb von Bruchteilseigentum auch zukünftig von der Vorschrift erfasst werden soll.

---

<sup>11</sup> BGH vom 30.09.2010 – V ZB 206/10 = NJW 2010, 3643, 3644 Rdn. 17.

9. § 1853 BGB-E: Nachlassrechtliche Rechtsgeschäfte

Die Zusammenfassung der nachlassrechtlichen Rechtsgeschäfte in einer Vorschrift ist zu begrüßen, da das Gesetz dadurch anwenderfreundlicher gestaltet wird und die entsprechenden Genehmigungserfordernisse einfacher und schneller auffindbar sind.

Aus Sicht der Bundesnotarkammer ist allerdings folgendes zu bedenken. Der bislang von § 1822 Nr. 2 BGB erfasste Verzicht auf einen Pflichtteil wird nunmehr § 1853 Nr. 1 BGB-E unterstellt, der Erbverzicht i. S. v. § 2347 BGB, der bislang in § 2347 Abs. 2 BGB geregelt wurde, ist von § 1853 Nr. 8 BGB-E erfasst. Dies könnte missverständlich sein. Der Pflichtteilsverzicht fällt wie der Erbverzicht unter § 2347 BGB. Der in § 1853 Nr. 1 BGB-E genannte Verzicht auf den Pflichtteil bezieht sich demgegenüber nur auf den Fall, dass der Erblasser verstorben und der Pflichtteilsanspruch bereits entstanden ist. Dies könnte man im Gesetz evtl. klarer zum Ausdruck bringen und in Abgrenzung zum Verzicht auf den Pflichtteil den Pflichtteilsanspruch zum Bezugspunkt des Genehmigungstatbestands machen.

Zudem sollte der gesetzlich nicht definierte Begriff des Erbteilungsvertrags durch den Begriff der Auseinandersetzung nach § 2042 BGB ersetzt werden (vgl. dazu bereits oben zu § 1643 Abs. 3 BGB-E).

Die Formulierung des § 1853 Nr. 8 BGB-E erscheint ebenfalls missverständlich. Hier wird nicht klar, ob auch der Fall des Zuwendungsverzichts mit dem geschäftsunfähigen Erblasser erfasst wird. Es scheint uns vorzugswürdig, bei den Fällen des Erbverzichts nicht zwischen Verträgen mit den Erben und geschäftsunfähigen Erblassern zu differenzieren. Nach § 2347 Abs. 2 S. 2 BGB kann der gesetzliche Vertreter nur handeln, wenn der Vertretene geschäftsunfähig ist. Ist der Erblasser geschäftsfähig, stellt sich die Frage nach einer Genehmigung nicht. Die Frage nach der gerichtlichen Genehmigung tritt nur dann auf, wenn der gesetzliche Vertreter überhaupt eine Vertretungsmacht hat. Dies muss nicht erneut im Wortlaut des § 1853 Nr. 8 BGB-E zum Ausdruck kommen.

Wir schlagen daher vor, § 1853 BGB-E wie folgt abzuändern:

„1. [...] zum Verzicht auf einen Pflichtteilsanspruch [...]

8. zum Abschluss eines Erb- oder Pflichtteilsverzichtsvertrags gemäß § 2346 BGB oder eines Zuwendungsverzichtsvertrags gemäß § 2352 BGB.“

10. § 1854 BGB-E: Genehmigung für handels- und gesellschaftsrechtliche Rechtsgeschäfte

Die größten Schwierigkeiten im Umgang mit den gerichtlichen Genehmigungstatbeständen ergeben sich für die notarielle Praxis im Bereich des Handels- und Gesellschaftsrechts. Insbesondere mit Blick auf die steuerliche Anerkennung der Gründung von Gesellschaften und der Übertragung von Anteilen sind sichere Rahmenbedingungen für die Gestaltungspraxis dabei unerlässlich.

Die derzeitige Rechtslage wird dem nur unzureichend gerecht. Rechtliche Unsicherheit besteht dabei insbesondere hinsichtlich der Frage, ob der Erwerb eines Anteils an einer Gesellschaft oder die Änderung des Gesellschaftsvertrags einer Gesellschaft der Genehmigung des Familiengerichts nach § 1822 Nr. 3 BGB bedürfen. Dies widerspricht dem Ziel der Vorschrift, die – richtigerweise – im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs eine eindeutige Abgrenzung zwischen genehmigungspflichtigen und genehmigungsfreien Geschäften ermöglichen soll (sog. rein formale Auslegung).<sup>12</sup>

Die Reform des Vormundschaftsrechts sollte daher aus Sicht der Bundesnotarkammer zum Anlass genommen werden, die Regelung des § 1822 Nr. 3 BGB grundlegend zu überarbeiten und die Tatbestände stärker zu formalisieren. Dadurch ließe sich die Rechtssicherheit erheblich erhöhen, was nicht nur Betreuer und Betreutem zugutekäme, sondern auch eine Entlastung der Betreuungs- und Familiengerichte zur Folge hätte, da die Anzahl der vorsichtshalber beantragten Genehmigungen sinken würde.

a) *Genehmigungsbedürftigkeit des entgeltlichen Erwerbs oder der Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts*

Gemäß § 1854 Nr. 1 BGB-E soll der Betreuer zur Einholung der Genehmigung des Betreuungsgerichts verpflichtet sein, wenn er für den Betreuten einen Vertrag schließen will, durch den der Betreute verpflichtet wird, ein Erwerbsgeschäft entgeltlich zu erwerben oder zu veräußern.

(i) *Persönliche Haftung als maßgebliches Kriterium der Genehmigungsbedürftigkeit*

Dreh- und Angelpunkt der Norm ist der aus § 1822 Nr. 3 BGB übernommene Begriff des Erwerbsgeschäfts. Dieser ist indes nicht ausreichend konturiert, um

---

<sup>12</sup> Bettin in: BeckOG-BGB, Stand 01.11.2018, § 1821 BGB Rdn. 3.

im Kontext eines Genehmigungstatbestands für die nötige Rechtssicherheit zu sorgen. Ob im konkreten Fall ein Erwerbsgeschäft vorliegt und das Rechtsgeschäft somit genehmigungsbedürftig ist oder nicht, stellt die (notarielle) Praxis daher immer wieder vor problematische Abgrenzungs- und Wertungsfragen, die sich nicht immer rechtssicher beantworten lassen. Dies gilt insbesondere in dem in der Praxis oft auftretenden Fall des Erwerbs oder der Veräußerung eines Anteils an einer vermögensverwaltenden Gesellschaft.<sup>13</sup>

Aus Sicht der Bundesnotarkammer ist der Begriff des Erwerbsgeschäfts daher als Kriterium im Bereich des Gesellschaftsrechts insgesamt zu unscharf, um im Kontext eines Genehmigungstatbestands für die nötige Rechtssicherheit zu sorgen. Daher wäre es begrüßenswert, für den Bereich der Gesellschaftsgründung und der Gesellschaftsanteilsabtretung abschließende Spezialtatbestände zu schaffen.

Leitbild für die Beantwortung der Frage nach der Genehmigungsbedürftigkeit sollte sein, ob den Betreuten infolge des Erwerbs ein (Mit-)Unternehmerrisiko trifft oder nicht.<sup>14</sup> Als maßgebliches Kriterium sollte demnach auf das Vorliegen einer unbeschränkten persönlichen Haftung des Betreuten für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft abgestellt werden. Dies erscheint auch mit Blick auf den Normzweck der Regelung – Rechtsgeschäfte, die tendenziell riskant oder nachteilig sind und daher nicht der alleinigen Verantwortung des Betreuers obliegen sollen, der Genehmigung des Betreuungsgerichts zu unterstellen – folgerichtig. Dadurch würden die mit dem Erwerb eines Gesellschaftsanteils verbundenen Haftungsgefahren konsequent in den Fokus gerückt und die Norm auf den Schutz des Betreuten vor der Übernahme etwaiger Haftungsrisiken ausgerichtet.

---

<sup>13</sup> Das Vorliegen eines Erwerbsgeschäfts und eine Genehmigungsbedürftigkeit des Erwerbs wurde bspw. in einem Fall bejaht, in dem die Gesellschaft für eine längere Dauer errichtet wurde, mit dem Ziel gewerblich nutzbare Immobilien von erheblichem Wert zu verwalten, zu vermieten und zu verwerten (OLG Nürnberg vom 16.12.2014 – 11 WF 1415/14 = NJW-RR 2015, 840). Keine Genehmigungsbedürftigkeit soll demgegenüber vorliegen, wenn die Gesellschaft nur ein von den Gesellschaftern genutztes Grundstück oder nur ihr Vermögen verwaltet (OLG Jena vom 22.03.2013 – 2 WF 26/13 = MittBayNot 2013, 387; OLG Bremen vom 16.06.2008 – 2 W 38/08 = NZG 2008, 750.).

<sup>14</sup> Die Differenzierung des Gesetzesentwurfes zwischen der Anteilsübertragung und dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags vermag nicht zu überzeugen. Während die unentgeltliche Übertragung eines OHG-Anteils an den Betreuten trotz der scharfen Konsequenzen der unbeschränkten persönlichen Haftung (§ 128 HGB) genehmigungsfrei ist, ist der Abschluss eines Gesellschaftsvertrags durch einen betreuten Kommanditisten genehmigungspflichtig, wenn die Beteiligung des Betreuten die Tätigkeit der Gesellschaft zu seinem eigenen Erwerbsgeschäft werden lässt.



Dies hätte zur Folge, dass der Erwerb eines OHG-Anteils stets der Genehmigung bedürfte, der Erwerb eines GmbH-Anteils hingegen aufgrund der beschränkten Haftung genehmigungsfrei wäre. Auch die Übertragung eines nicht eingezahlten KG-Anteils wäre nach der Eintragung im Handelsregister genehmigungsfrei, da die Außenhaftung des Kommanditisten nicht unbeschränkt ist (§ 171 Abs. 1 HGB).

Nicht zu verkennen ist allerdings, dass auch die Mitwirkung des Betreuten an einem Gesellschaftsvertrag einer haftungsbeschränkten Gesellschaft mit Gefahren verbunden sein kann. Dies gilt etwa für die Verlustdeckungshaftung bei der GmbH, die in gewissen Fallkonstellationen zu einer unbeschränkten persönlichen Außenhaftung werden kann. Schwierigkeiten können sich auch bei der Beteiligung an einer vermögensverwaltenden KG ergeben, solange diese nicht im Handelsregister eingetragen ist (vgl. § 176 Abs. 1 S. 1 HGB). Für die Frage der persönlichen Haftung ist in beiden Fällen entscheidend, ob der Erwerb der Beteiligung vor oder nach der Eintragung der Gesellschaft erfolgt ist. Sachgerecht erscheint es daher, Gesellschaftsverträge von Außengesellschaften einem Genehmigungsvorbehalt zu unterwerfen, wenn und soweit Haftungsgefahren für die Gründer bestehen. Bei Kapitalgesellschaften sowie bei der KG wären Anteilserwerb und Beitritt zur Gesellschaft daher nach der Eintragung der Gesellschaft genehmigungsfrei, sofern der Erwerb der Beteiligung nicht mit einer unbeschränkten persönlichen Haftung gegenüber den Gläubigern verbunden ist.

Zudem sollte der Genehmigungstatbestand auf Außengesellschaften beschränkt sein. Bei Innengesellschaften besteht mangels Haftungsgefahren kein Bedürfnis für eine Genehmigung durch das Betreuungsgericht.

*(ii) Keine Genehmigungsbedürftigkeit der Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts*

Das Abstellen auf das Haftungsrisiko als maßgebliches Kriterium der Genehmigungsbedürftigkeit hätte zur Folge, dass die Veräußerung eines (Anteils an einem) Erwerbsgeschäfts – anders als der Erwerb – nicht mehr der Genehmigung des Betreuungsgerichts bedürfte, da keine Übernahme von persönlichen Haftungsrisiken erfolgt. Der Betreute entledigt sich vielmehr gerade etwaiger Haftungsrisiken aus dem Betrieb des Erwerbsgeschäfts.

Ein Systembruch ist damit nicht verbunden. § 1822 Nr. 3 BGB zielt nach unserem Verständnis nicht darauf ab, den Wert des Vermögens des Betreuten oder dessen konkrete, gegenständliche Zusammensetzung zu erhalten. Die Veräuße-

rung von Gesellschaftsanteilen ist schließlich nur dann nach § 1822 Nr. 3 BGB genehmigungsbedürftig, wenn es sich um die Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts handelt. Ob dies der Fall ist, ist indes nicht vom Wert der Beteiligung oder deren Bedeutung für die Lebensführung des Betreuten abhängig. Während die Veräußerung einer werthaltigen Minderheitsbeteiligung an einer Kapitalgesellschaft daher im Regelfall nicht genehmigungsbedürftig sein wird, bedarf die Veräußerung eines OHG-Anteils hingegen auch dann der Genehmigung, wenn der Wert des Anteils unwesentlich ist. Angesichts dessen erscheint es konsequent, die Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts aus dem Anwendungsbereich der Regelung des § 1854 BGB-E herauszunehmen.

Dies läge auch im Interesse des Betreuten, da die Genehmigungsbedürftigkeit der Veräußerung eines Gesellschaftsanteils zu einer merklichen Verzögerung bei der Durchführung des Rechtsgeschäfts führen kann. Der Betreuer ist daher eventuell nicht in der Lage, wirtschaftlich gebotene Veräußerungen zeitnah abzuwickeln und zwar auch dann, wenn eine schnelle Veräußerung geboten ist, sei es um den Wert der Gesellschaft zu erhalten oder die Haftung des Betreuten zu begrenzen.

Zwar ist zuzugeben, dass der Betreuer dadurch in die Lage versetzt würde, ein Erwerbsgeschäft, das ggf. die Grundlage des Lebensunterhalts des Betreuten bildet, zu veräußern, ohne einer Kontrolle durch das Betreuungsgericht zu unterliegen. Insoweit bietet § 1822 Nr. 3 BGB allerdings auch gegenwärtig einen bestenfalls eingeschränkten Schutz. Die Veräußerung von Gesellschaftsanteilen ist nicht in jedem Fall genehmigungsbedürftig – zu denken ist an die Möglichkeit der genehmigungsfreien Veräußerung einer wesentlichen Minderheitsbeteiligung an einer Kapitalgesellschaft – und dürfte einen bloßen Schutzreflex darstellen. Sofern man hier eine zu schließende Schutzlücke sehen will, wäre eine entsprechende Regelung aus Sicht der Bundesnotarkammer systematisch nicht im Bereich des § 1854 BGB-E zu verorten. Denkbar wäre vielmehr bspw. ein Rückgriff auf § 1856 Nr. 1 BGB-E und eine Absenkung der Schwelle der „Verfügung über das ganze Vermögen“ durch Einführung einer relativen, am Gesamtvermögen des Betreuten orientierten Wertgrenze. Diese würde dann sowohl die Veräußerung von Gesellschaftsanteilen als auch die Veräußerung sonstiger werthaltiger Vermögensgegenstände erfassen und böte den Vorteil, dass eine präventive Kontrolle des Betreuungsgerichts auch bei der Veräußerung jeglicher werthaltiger Vermögensgegenstände möglich wäre. Dadurch ließe sich insbesondere der Fall der Übertragung eines Unternehmens samt allen Aktiva und Passiva im Wege der Einzelrechtsübertragung (asset deal) erfassen.

b) *Genehmigungsbedürftigkeit des Abschluss von Gesellschaftsverträgen*

§ 1854 Nr. 2 BGB-E übernimmt die bislang in § 1822 Nr. 3 Var. 2 BGB enthaltene Regelung, dass ein Gesellschaftsvertrag, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird, genehmigungsbedürftig ist. Die Beantwortung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Änderung eines Gesellschaftsvertrages einer ein Erwerbsgeschäft betreibenden Gesellschaft unter den Genehmigungstatbestand des § 1822 Nr. 3 BGB fällt, ist in der Praxis immer wieder mit erheblichen Rechtsunsicherheiten belastet. Während es einerseits überzogen wäre, jede Änderung des Gesellschaftsvertrags einem Genehmigungserfordernis zu unterwerfen, könnte es andererseits mit Blick auf die Gefahren einer persönlichen Haftung zu weitgehend sein, generell von einer Genehmigungsfreiheit auszugehen. Aus Sicht der Bundesnotarkammer wäre es daher auch insoweit konsequent, die Gefahr der persönlichen Haftung in den Vordergrund zu stellen und von einer Genehmigungspflicht nur dann auszugehen, wenn die Gesellschaftsvertragsänderung zu einer persönlichen Haftung des Betreuten führt.

Vor diesem Hintergrund regen wir an, die Reform dazu zu nutzen, die Regelung des § 1854 BGB-E komplett neuzufassen. Eine Regelung, die das Unternehmerisiko und die Haftungsgefahren in den Blick nimmt und die Tatbestände im Sinne der Rechtssicherheit stärker formalisiert könnte wie folgt dargestellt lauten. Eine solche Regelung brächte im Vergleich zur geltenden Rechtslage einerseits gewisse tatbestandliche Einschränkungen mit sich, führte andererseits aber auch zu einer Ausweitung des Schutzes, soweit es um den unentgeltlichen Erwerb einer Gesellschaftsbeteiligung mit unbeschränkter persönlicher Haftung geht.

*„Der Betreuer bedarf der Genehmigung des Betreuungsgerichts*

1. *zu einem Vertrag, durch den der Betreute verpflichtet wird, ein bestehendes Erwerbsgeschäft zu erwerben, sofern der Erwerb nicht in einer Gesellschaftsbeteiligung besteht,*
2. *zum Abschluss des Gesellschaftsvertrags einer Außengesellschaft,*
3. *zum Erwerb einer Beteiligung an einer Außengesellschaft vor deren Eintragung im Register,*

4. *zum Erwerb einer Beteiligung an einer Gesellschaft, wenn der Betreute nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen den Gläubigern persönlich unbeschränkt haftet oder nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags über seine Beteiligung hinaus unbeschränkt Verluste zu tragen hat,*
5. *zu Änderungen eines Gesellschaftsvertrags, in deren Folge der Betreute nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen den Gläubigern persönlich unbeschränkt haftet oder nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags über seine Beteiligung hinaus unbeschränkt Verluste zu tragen hat,*
6. *zur Erteilung einer Prokura.“*

11. § 1856 Nr. 4 BGB: Genehmigung für sonstige Rechtsgeschäfte

Von erheblicher praktischer Bedeutung ist die vorgeschlagene Änderung des § 1822 Nr. 10 BGB in § 1856 Nr. 4 BGB-E. Wegen der sehr weiten Auslegung des § 1822 Nr. 10 BGB durch die Rechtsprechung besteht in der Praxis leicht die Gefahr, den Genehmigungstatbestand zu übersehen. Die Vorschrift erfährt durch den Gesetzesvorschlag eine sinnvolle Eingrenzung, die sie für die Praxis besser handhabbarer werden lässt. Der Gesetzesvorschlag verdient daher volle Zustimmung. Sinnvoll erschiene es jedoch, in der Gesetzesbegründung noch weitere Ausführungen zur Auslegung der Vorschrift zu machen.

12. § 1858 Abs. 2 BGB-E: Nachträgliche Genehmigung

Gemäß § 1858 Abs. 2 BGB-E soll die Frist für die Mitteilung der nachträglichen Genehmigung eines Rechtsgeschäfts durch das Betreuungsgericht von vier auf acht Wochen verlängert werden. Diese Änderung sollte aus Sicht der Bundesnotarkammer überdacht werden. Zwar führt die Begründung des Entwurfs richtigerweise aus, dass die Verdopplung der Frist angesichts der Dauer des Genehmigungsverfahrens geboten sei, um dem Betreuer eine realistische Chance zu geben, die Genehmigung zu erhalten. Es erscheint uns indes zweifelhaft, ob sich dieses Ziel durch die Verdoppelung der Frist erreichen lässt. Vielmehr steht zu befürchten, dass die Verlängerung der Frist eine unbeabsichtigte Signalwirkung haben könnte, die zur Folge hat, dass die Genehmigungsverfahren in die Länge gezogen werden. Dies würde den Interessen des Rechtsverkehrs im

Allgemeinen und auch den des Betreuten an einer möglichst schnellen Abwicklung genehmigungsbedürftiger Transaktionen zuwiderlaufen.

Die mit einer Verlängerung der Genehmigungsfrist einhergehende Verlängerung des Schwebezeitraums könnte wegen der damit verbundenen Transaktionsunsicherheit zur Folge haben, dass Vertragspartner beim Abschluss eines Rechtsgeschäfts mit einem Betreuten einen Aufschlag vornehmen, der dieses Risiko und die bei Verweigerung der Genehmigung frustrierten Aufwendungen ausgleicht.

### 13. Einführung eines Negativattests

Die notarielle Praxis zeigt, dass für die Beteiligten oft nicht hinreichend sicher feststeht, ob das abzuschließende Rechtsgeschäft einem Genehmigungserfordernis unterfällt. Da die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts von der Genehmigungsbedürftigkeit abhängt, ist es in diesen Fällen geboten, entweder vorsorglich die Genehmigung zu beantragen oder ein Negativattest einzuholen.

Geht das Betreuungsgericht von einem Genehmigungserfordernis aus und erteilt es die Genehmigung, besteht Rechtssicherheit. Schwierigkeiten bestehen demgegenüber immer dann, wenn das Gericht eine Genehmigungspflicht verneint, sich aber nicht sicher ausschließen lässt, dass die Rechtsprechung zu einem späteren Zeitpunkt zu einem anderen Ergebnis gelangen wird. Zwar gehen Teile der Literatur mittlerweile davon aus, dass der Betreuer gegenüber dem Gericht einen Anspruch auf die Erteilung eines Negativattests hat. Das Negativattest steht jedoch nach der h. M. der Genehmigung nicht gleich und bindet weder ein späteres Prozessgericht noch die Steuerbehörden. Klagt ein Beteiligter nach Erteilung des Negativattests auf Rückabwicklung des Rechtsgeschäfts, hat das Negativattest keine Wirkung. Auch eine Steuerbehörde könnte die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts unter Berufung auf die nicht erfolgte Genehmigung anzweifeln.

Diese Situation ist für die Rechtspraxis äußerst misslich, da eine rechtssichere Klärung nicht erreicht werden kann. Zudem ist es den Beteiligten kaum vermittelbar, dass sie auch nach der Erteilung eines gerichtlichen Negativattests mit dem Risiko der Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts leben zu müssen.

Es ist daher wünschenswert, in § 1644 BGB-E und § 1801 BGB-E einen Anspruch auf Erteilung eines Negativzeugnisses zu verankern und dem Negativzeugnis die Wirkung einer erteilten Genehmigung zu erteilen. Dieser Ansatz ist

unserer Rechtsordnung bereits aus anderem Zusammenhang bekannt, so etwa in § 5 GrdstVG sowie in § 28 Abs. 1 S. 3 und 4 BauGB.

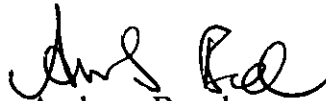
§ 1644 BGB-E könnte um einen weiteren Absatz ergänzt werden. Dieser könnte wie folgt lauten:

*„<sup>1</sup>Auf Antrag hat das Familiengericht ein Zeugnis darüber zu erteilen, dass ein Rechtsgeschäft keiner familiengerichtlichen Genehmigung bedarf. <sup>2</sup>Das Zeugnis steht der Genehmigung gleich.“*

Auch § 1801 BGB-E sollte um eine entsprechende Vorschrift für das betreuungsgerichtliche Negativattest ergänzt werden.

Für Rückfragen stehen mein Kollege, Dr. Michael Herwig, und ich Ihnen jederzeit, gerne auch in einem persönlichen Gespräch, zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Andreas Bosch', written in a cursive style.

Andreas Bosch  
(Geschäftsführer)