

Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: 157506

letzte Aktualisierung: 17. Oktober 2017

BGB §§ 1795, 1821, 1899, 1908i

Wohnungsrechtsbestellung durch Betreuer, der Miteigentümer der zu belastenden Immobilie ist; Schenkungsverbot; Erfordernis eines Ergänzungspflegers; Betreuungsgerichtliche Genehmigung

I. Sachverhalt

Es soll ein Übertragungsvertrag von Eltern auf ihre Tochter gefertigt werden. Eigentümer der Besetzung sind die Eltern zu je $\frac{1}{4}$ Anteil, die Tochter zu einem $\frac{1}{4}$ Anteil und deren unter Betreuung stehender Ehemann zu einem weiteren $\frac{1}{4}$ Anteil. Betreuerin für den Ehemann ist dessen Ehefrau, also die Tochter der Übertragsgeber. Die Eltern wollen die Übertragung ihrer Miteigentumsanteile nur unter Wohnungsrechtsvorbehalt vornehmen. Ein Einwilligungsvorbehalt besteht nicht. Die Betreuung erstreckt sich auch auf die Vermögensangelegenheiten.

II. Fragen

1. Kann die Tochter als Betreuerin die Bestellung des Wohnungsrechtes für ihre Eltern und den Ehemann bewilligen oder muss ein Ersatzbetreuer bestellt werden?
2. Bedarf die Bewilligung einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung?

III. Zur Rechtslage

1. Vorbemerkung

Zunächst erlauben wir uns den Hinweis, dass das DNotI auf der Grundlage seiner Leistungsgrundsätze in der Fassung vom 1.7.2004 (abgedruckt im Jahresregister 2015/2016, S. XXIII, Beilage zu DNotI-Report 6/2017) keine Vertragsentwürfe oder Vertragsklauseln erarbeitet und auch keine Vertragsklauseln begutachtet oder entwickelt. Dementsprechend ist es uns nicht möglich, die von Ihnen zur Beurkundung unterbreitete Gestaltung umfassend und in jeder denkbaren Hinsicht auf ihre rechtliche Unbedenklichkeit hin zu überprüfen. Wir können daher auch keine Gestaltungsvorschläge unterbreiten. Wir bitten daher um Verständnis, dass wir uns im Folgenden auf die Begutachtung der aufgeworfenen Rechtsfragen beschränken.

2. Vertretungsbefugnis der Tochter

Gem. § 1908i Abs. 1 S. 1 BGB ist auf eine Betreuung u. a. die Bestimmung des § 1795 BGB sinngemäß anzuwenden. Nach §§ 1795 Abs. 2, 181 BGB kann ein Betreuer nicht im Namen des Betreuten mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft vornehmen, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Ver-

bindlichkeit besteht. Gem. § 1795 Abs. 1 BGB kann der Betreuer den Betreuten auch nicht vertreten bei einem Rechtsgeschäft zwischen seinem Ehegatten, seinem Lebenspartner oder seiner **Verwandten in gerader Linie einerseits und dem Mündel andererseits**, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.

Vorliegend soll zugunsten der Eltern der Betreuerin ein dingliches Wohnungsrecht bestellt werden. Es handelt sich somit um ein Geschäft zwischen dem Betreuten (und seiner Ehefrau) und Verwandten in gerader Linie der Betreuerin. Es dürfte daher **grundsätzlich ein Vertretungsverbot** vorliegen.

Der Vertretene soll nicht nur davor geschützt werden, dass der Betreuer mit sich im eigenen Namen oder im Namen einer ebenso von ihm vertretenen Person auf unterschiedlichen Seiten handelt, sondern auch Interessenkonflikte vermeiden, die dadurch entstehen können, dass auf der anderen Seite des Rechtsgeschäfts eine dem Betreuer nahestehende Person steht (vgl. hierzu BeckOGK-BGB/Sonnenfeld, Stand: 1.7.2017, § 1795 Rn. 5).

Vorliegend ist die Bestellung des Wohnungsrechts auch nicht allein rechtlich vorteilhaft für den Betreuten, da sie die Belastung seines zuvor unbelasteten Miteigentumsanteils bedeutet.

Ist ein Betreuer an der Vertretung des Betreuten gehindert, ist ein weiterer Betreuer wegen rechtlicher Verhinderung des Betreuer nach § 1899 Abs. 4 zu bestellen, der üblicherweise als **Ergänzungsbetreuer** bezeichnet wird (vgl. BeckOGK-BGB/Fröschle, Stand: 1.4.2017, § 1908i Rn. 45).

Gem. § 1908i Abs. 2 BGB ist allerdings auch § 1804 BGB für den Betreuer sinngemäß anwendbar. Es greift daher grundsätzlich ein **Schenkungsverbot**. Der Betreuer kann in Vertretung des Betreuten Gelegenheitsgeschenke allerdings auch dann machen, wenn dies dem Wunsch des Betreuten entspricht und nach seinen Lebensverhältnissen üblich ist.

Ausgenommen von diesem grundsätzlich geltenden Schenkungsverbot sind gem. §§ 1908i Abs. 2 S. 1, 1804 S. 2 BGB ansonsten nur **Anstandsschenkungen, Pflichtschenkungen und sog. Gelegenheitsgeschenke**. Bei wertvollen Schenkungsgegenständen, wie Grundbesitz oder hier ein Wohnungsrecht, wird man aber regelmäßig weder die Voraussetzungen einer „Anstandsschenkung“, noch die eines „üblichen Gelegenheitsgeschenks“ als erfüllt ansehen können (vgl. Böhmer, MittBayNot 1996, 406 m. w. N.).

In Betracht kommt allenfalls eine „**Pflichtschenkung**“. „Großzügig“ war in diesem Zusammenhang das OLG Hamm (FamRZ 1987, 751 f.), wo eine Pflichtschenkung i. S. v. § 1804 S. 2 BGB bereits dann angenommen wurde, wenn das Rechtsgeschäft unter Berücksichtigung aller materiellen und immateriellen Interessen des Pflegebefohlenen für diesen vorteilhaft war. Die h. M. ist demgegenüber wesentlich strenger und verlangt, dass das Unterlassen der Schenkung dem Betroffenen als **Verletzung einer für ihn bestehenden Pflicht** zur Last gelegt werden können müsse. Es genügt nach h. M. also nicht die sittliche Rechtfertigung der Schenkung, diese muss vielmehr sittlich geboten sein (vgl. BGH NJW 1984, 2939, 2940; BayObLGZ 1996, 118 = MittBayNot 1996, 432 = FamRZ 1996, 1359 f.; OLG Karlsruhe NJW-RR 2000, 1313 ff.).

Allerdings liegt zwischenzeitlich eine neuere Entscheidung des OLG Karlsruhe (NJW-RR 2000, 1313 ff.) vor, die den als „zu eng“ erkannten § 1804 S. 2 BGB verfassungskonform dahingehend auslegen will, dass bei der Prüfung, ob eine Schenkung sittlicher Pflicht entspricht, auch auf den feststellbaren Willen des Betreuten Rücksicht zu nehmen ist.

Im vorliegenden Fall wird man daher einen aktuellen Zuwendungswillen des Betreuten (soweit feststellbar) berücksichtigen können. Ansonsten müssten noch weitere Umstände gegeben sein, um eine Pflichtschenkung annehmen zu können, beispielsweise, dass der Beschenkte den Betreuten seit Jahren aufopferungsvoll und unter Verzicht auf eigene Erwerbstätigkeit gepflegt und versorgt hätte, oder Ähnliches. Für das Vorliegen solcher Umstände enthält der mitgeteilte Sachverhalt allerdings keine Anhaltspunkte.

Soll das Wohnungsrecht hier durch den Betreuten daher unentgeltlich gewährt werden, so dürfte dies einer Vornahme der Bewilligung durch den Betreuer entgegenstehen. Bei dem Wohnungsrecht dürfte es sich auch nicht um ein reines Gelegenheitsgeschenk handeln. Ein Verstoß gegen dieses Schenkungsverbot führt zur **Nichtigkeit des Vertrages** (BayObLG MittBayNot 1996, 432; OLG Hamm NJW-RR 1992, 1170). Die Nichtigkeit erstreckt sich auch auf das Vollzugsgeschäft und tritt selbst dann ein, wenn das Gericht das Geschäft genehmigt (BeckOGK-BGB/Fröschle, Stand: 1.5.2017, § 1804 Rn. 4; BeckOK-BGB/Bettin, Stand: 1.2.2017, § 1804 Rn. 4).

Solange daher keine angemessene Gegenleistung vereinbart wird, dürfte auch einem Ergänzungsbetreuer die Mitwirkung an der Wohnungsrechtsbestellung nicht wirksam möglich sein. Ab wann von einer Entgeltlichkeit der Leistung ausgegangen werden kann, ist stets von den genauen Umständen des Einzelfalles abhängig, zu denen wir mangels genauerer Kenntnis der Umstände nicht abschließend Stellung nehmen können. Zur Bewertung eines Wohnungsrechts dürfen wir auf unsere Ausführungen im beigegeführten Gutachten DNotI-Report 2016, 182 verweisen.

3. Gerichtliche Genehmigung

Unterstellt, es liegen die oben angeführten Voraussetzungen vor, um von einer wirksamen Einräumung des Wohnungsrechts durch einen (Ergänzungs-)Betreuer auszugehen, stellt sich dann die weitere Frage, ob ein solches Geschäft der gerichtlichen Genehmigung bedarf.

a) Genehmigungsbedürftigkeit

Gem. § 1908i Abs. 1 BGB sind auch die Vorschriften der §§ 1821, 1822 BGB zumindest teilweise auf die Betreuung anwendbar.

Gem. § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB bedarf der Betreuer damit der gerichtlichen Genehmigung zur **Verfügung über ein Grundstück oder ein Recht an einem Grundstück**. Belastungen eines Grundstücks sind grundsätzlich genehmigungspflichtig, es sei denn, sie erfolgen im Zusammenhang mit dem nicht unter § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB fallenden Grundstückserwerb (vgl. BeckOK-BGB/Bettin, Stand: 1.2.2017, § 1821 Rn. 8). Hier erfolgt die Belastung allerdings nicht in Zusammenhang mit dem Erwerb des Miteigentumsanteils des Mannes, sondern anlässlich des Hinzuerwerbs von Miteigentumsanteilen der Betreuerin. Es dürfte daher davon auszugehen sein, dass auch hier für die Bestellung eines Wohnungsrechts eine gerichtliche Genehmigung einzuholen ist.

b) Genehmigungsfähigkeit

Von der Frage der Genehmigungsbedürftigkeit ist die Frage der Genehmigungsfähigkeit zu unterscheiden. Bei der Entscheidung über die Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung handelt es sich nach h. A. um eine **Ermessensentscheidung** (vgl. Palandt/Götz, BGB, 76. Aufl. 2017, § 1828 Rn. 8). Maßgebend hierfür ist das

Mündelinteresse, wie es sich zur Zeit der Entscheidung (nicht des Vertragsschlusses) darstellt (Palandt/Götz, a. a. O.). Dabei hat das Gericht eine Gesamtabwägung aller Vor- und Nachteile und Risiken, auch der steuerlichen Folgen, des Geschäfts vorzunehmen (BGH FamRZ 2013, 438). Es genügt, wenn im Ganzen gesehen der Vertrag für den Mündel vorteilhaft, zweckmäßig und nützlich ist (Palandt/Götz, § 1828 Rn. 8 m. w. N.).

Ob das Gericht einen entsprechenden Vertrag daher genehmigen wird, lässt sich von uns nicht abschließend beurteilen. Es empfiehlt sich, das Gericht bereits im Entwurfsstadium einzubeziehen, um das Entstehen unnötiger Kosten zu vermeiden.