

§ 185 Rn. 60) hier nicht greift, weil die Konvaleszenz nicht zulasten eines fremden Vermögens gehen soll (BGH ZIP 1999, 447 Rn. 27 nach juris m.w.N.; so auch MünchKommBGB/Bayreuther a.a.O. § 185 Rn. 52; Staudinger/Gursky a.a.O. § 185 Rn. 74; Frensch in: Prütting/Wegen/Weinreich a.a.O. § 185 Rn. 10; Bork ZIP 2006, 589, 594). Dieser Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt zugrunde, dass § 185 BGB nur Fälle betrifft, in denen ein Nichtberechtigter im eigenen Namen über ein fremdes Recht verfügt, also selbst Geschäftspartner ist. Handelt derjenige, der dieses Verfügungsgeschäft vornimmt, dagegen im Namen des wirklichen Rechtsinhabers, liegt ein Fall der Stellvertretung vor, in dem der Vertretene Geschäftspartner sein soll. Ob das Geschäft gegen diesen wirkt, richtet sich allein nach den §§ 164 ff. BGB (Staudinger/Gursky a.a.O. § 185 Rn. 1 m.w.N.). Dies gilt auch für Verfügungen eines amtlichen Vertreters einer Vermögensmasse (wie Insolvenzverwalter, Zwangsverwalter, Nachlassverwalter, Testamentsvollstrecker), da die Wirkungen ihres Handelns nicht sie selbst, sondern den Inhaber des Vermögens treffen (so zu Recht Staudinger/Gursky a.a.O. § 185 Rn. 1).

Ein Sonderfall, der die vom Senat vertretene Ansicht nicht in Frage stellt, liegt einer weiteren Entscheidung des Reichsgerichts zugrunde. Danach könne dann, wenn der (bereits im Amt befindliche) Testamentsvollstrecker später das belastete Grundstück zu einem Bruchteil erwirbt, die getroffene Verfügung hinsichtlich dieses Bruchteils konvaleszieren (RG HRR 1939 Nr. 1462). Das Reichsgericht hat insoweit ausgeführt: „Der Umstand, dass Dr. K. zugleich in Vertretung seiner Mitvollstrecker gehandelt hatte, hinderte die Heilung nicht, weil sie sich nur auf den Anteil erstreckt, den er später selbst erwarb, bei dem sich also s e i n e Verfügung und s e i n Eigentum deckten. Dies muss umso mehr gelten, als Dr. K. und auch der Kl. bei der Hypothekenbestellung gerade auf einen Verlauf gerechnet hatten, wie er später eintrat, dass ein Bruchteil von 7/72 als Eigentum des Dr. K. ausgeschieden werden würde.“ Auch wenn der Testamentsvollstrecker als amtlicher Vertreter einer Vermögensmasse gehandelt hat, hat er den Gegenstand später somit selbst erworben. Diese Konstellation ist mit dem vom Senat zu entscheidenden Fall nicht vergleichbar.

Die von den Beschwerdeführern herangezogene und vom Oberlandesgericht München (Rpfler 2005, 661 Rn. 21 nach juris) zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs betrifft ebenfalls nicht die vorliegende Fallgestaltung, sondern die Frage, ob eine entsprechende Anwendung des § 185 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 oder 3 BGB (Erwerb, Beerbung) in Betracht kommt, wenn die Erben ihre aufgrund einer bestehenden Nachlassverwaltung beschränkte Verfügungsbefugnis (§ 1984 BGB) mit deren Aufhebung wiedererlangen. Dies hat der Bundesgerichtshof im konkreten Fall für die Frage der Verjährungsunterbrechung durch eine Klageerhebung verneint, da letztere keine Verfügung im Sinne des § 185 BGB darstellt (BGHZ 46, 221 Rn. 15 nach juris). Unabhängig hiervon betrifft auch dies nicht eine Handlung des Testamentsvollstreckers vor Amtsantritt, sondern eine solche der durch die Nachlassverwaltung beschränkten Erben.

#### **Mit Wirksamwerden der Testamentsvollstreckung entfällt die Verfügungsbefugnis eines Nachlasspflegers**

2. Die Auflassungserklärung des Nachlasspflegers in der Urkunde vom 14.1.2015 konnte wegen zwischenzeit-

lich wirksam gewordener Testamentsvollstreckung keine Rechtswirkung mehr entfalten.

Diese Auflassungserklärung konnte erst mit Rechtskraft der gerichtlichen Genehmigung wirksam werden (§ 1829 Abs. 1 BGB i.V.m. § 40 Abs. 2 S. 1 FamFG). Die am 29.4.2015 erfolgte nachlassgerichtliche Genehmigung der Erfüllung des Rückforderungsanspruchs einschließlich der vom Nachlasspfleger diesbezüglich abgegebenen Willenserklärungen wurde am 30.9.2016 rechtskräftig.

Am 7.9.2015, eingegangen bei Gericht am 8.9.2015 hatte die Beteiligte S. L. bereits die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses beantragt, gestützt auf den Beschluss des Nachlassgerichts vom 13.8.2015, und damit die erneute Amtsannahme gemäß Erbscheinserteilung mit Testamentsvollstreckervermerk des Nachlassgerichts vom 13.8.2015 erklärt.

Spätestens mit Wirksamwerden der Testamentsvollstreckung am 8.9.2015 entfiel die Verfügungsbefugnis des Nachlasspflegers ohne weiteres (vgl. §§ 2211, 2212 BGB) und die Auflassungserklärung vom 14.1.2015 konnte nicht mehr wirksam werden. Weil die Rechte des Nachlasspflegers nicht weitergehen, als die der unbekannten Erben, die er vertritt, geht die Befugnis des Testamentsvollstreckers vor (vgl. Zimmermann, Die Nachlasspflegschaft 3. Aufl. 2013 Rn. 243).

[...]

#### **5. Familienrecht – Zur nachträglichen Beschränkung einer vertraglichen Verpflichtung zur unbegrenzten Übernahme von Heimkosten**

(OLG Koblenz, Beschluss vom 2.11.2016 – 13 UF 273/16)

BGB §§ 138, 313

SGB XII §§ 93 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 94 Abs. 1 S. 6

**Zur Begrenzung einer im Zuge einer vorweggenommenen Erbaueinandersetzung vertraglich übernommenen Pflege-, Wohnungsgewährungs- und Heimkostenübernahmeverpflichtung.**

#### **Zur Einordnung**

Sozialrechtliche Erwägungen erlangen auch im Rahmen der notariellen Vertragsgestaltung immer größere Bedeutung. In Zusammenhang mit der Geltendmachung übergegangener Ansprüche durch den Sozialhilfeträger hatte sich das OLG Koblenz in der nachstehend abgedruckten Entscheidung nun mit der Wirksamkeit und der Reichweite einer vertraglich übernommenen, unbegrenzten Verpflichtung zur Übernahme von Heimkosten zu beschäftigen.

Hat die leistungsberechtigte Person für die Zeit, für die Sozialleistungen erbracht werden, nach bürgerlichem Recht einen Unterhaltsanspruch, geht dieser bis zur Höhe der geleisteten Aufwendungen automatisch auf den Sozialhilfeträger über (§ 94 Abs. 1 S. 1 SGB XII). Vertragliche begründete Unterhaltsansprüche, die Gegenstand eines wirtschaftlichen Austauschvertrags sind, sollen davon nach hM allerdings nicht erfasst sein (jurisPK-SGB XII/Armbruster, 2. Aufl. 2014, Stand 11.1.2016, § 94 Rn. 58; vgl. zu § 91 BSHG aF auch BVerwG NJW 1994, 64). Derartige Ansprüche können jedoch als sonstige Ansprüche des

Leistungsempfängers gegen Dritte bis zur Höhe der geleisteten Aufwendungen auf den Sozialhilfeträger übergehen, wenn dieser dem Dritten den Übergang schriftlich anzeigt (§ 93 Abs. 1 S. 1 SGB XII).

Übergehen kann ein Anspruch naturgemäß nur in der Höhe, in der dieser auch besteht. Dies war in dem vom OLG Koblenz zu entscheidenden Fall problematisch: In dem notariell beurkundeten Erbauseinandersetzungs- und Überlassungsvertrag hatten sich die Kinder der Sozialhilfeempfängerin als Gesamtschuldner verpflichtet, die Kosten für die Unterbringung in einem Alten- oder Pflegeheim zu zahlen, die die Mutter aus eigenem Vermögen und eigenem Einkommen nicht bestreiten kann. Eine zeitliche oder höhenmäßige Begrenzung sah der Vertrag nicht vor. Nachdem die Kinder schließlich aus übergeleitetem Recht vom Sozialhilfeträger in Anspruch genommen wurden, machten sie diverse Einwände gegen die vertragliche Übernahmeverpflichtung geltend.

Das OLG Koblenz bejahte einen (übergegangenen) Anspruch des Sozialhilfeträgers. Dabei kam es insbesondere zu dem Ergebnis, dass der Erbauseinandersetzungs- und Überlassungsvertrag nicht wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB nichtig war. Abzustellen war insoweit auf die Situation, wie sie sich zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses dargestellt hat, und nicht die spätere tatsächliche Entwicklung (vgl. BGH NJW 1993, 3193). Dass die Mutter die statistische Lebenserwartung deutlich übertraf, blieb daher ohne Auswirkungen. Insoweit handele es sich – so das Gericht – um ein vertragsimmanentes „Pokerspiel“, das für alle Beteiligten Vorteile und Risiken birgt. Offen lassen konnte das Gericht, ob die nach dem Vertragswortlaut unbegrenzt übernommene Verpflichtung durch den Wert des aufgrund des Vertrags Erlangten begrenzt war oder eine solche unbegrenzte Verpflichtung unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten (§ 242 BGB) bzw. nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) nachträglich begrenzt werden kann: Denn die finanziellen Vorteile, die die Kinder aufgrund des Vertrags erhalten hatten, überstiegen (noch) deren gerichtlich geltend gemachte Kostenbeteiligung. Zudem war der Anspruch auch nicht verwirkt: Zwar sind bei der Verwirkung von Unterhalt an das Zeitmoment keine strengen Anforderungen zu stellen, da von einem Unterhaltsgläubiger zu erwarten ist, dass er sich zeitnah um die Durchsetzung des Anspruchs bemüht (vgl. BGH FamRZ 1988, 370). Die insoweit angenommene Mindestfrist von einem Jahr war vorliegend jedoch nicht überschritten.

Die Entscheidung verdeutlicht noch einmal, dass Zahlungspflichten für den Erwerber im Falle der Pflegebedürftigkeit des Veräußerers unkalkulierbar und riskant sein können (vgl. auch Krauss, Vermögensnachfolge in der Praxis, 4. Aufl. 2015, Rn. 1071; Michael, Anm. zu VGH Münster, notar 2009, 262 [263]). Sollten die Beteiligten eine solche Zahlungspflicht ausdrücklich wünschen, sollte ihnen der Umfang der übernommenen Verpflichtung daher gerade auch vor dem Hintergrund des sozialrechtlichen Übergangs von Ansprüchen vor Augen gehalten werden. Inwiefern eine nachträgliche Begrenzung nach Treu und Glauben oder wegen Störung der Geschäftsgrundlage vorgenommen werden kann, bleibt unklar. Eine nachträgliche vertragliche Anpassung oder Aufhebung, die allein zu dem Zweck geschlossen wird, künftig Sozialleistungen in Anspruch nehmen zu können,

könnte sich jedenfalls schnell dem Vorwurf der Sittenwidrigkeit ausgesetzt sehen (vgl. VGH Münster, notar 2009, 262).

*Die Schriftleitung (DH)*

## Zum Sachverhalt:

I. Der Antragsteller nimmt die Antragsgegner aus übergegangenem Recht wegen erbrachter Leistungen für die seit 1.6.2012 im Alten- und Pflegeheim wohnende Mutter der Antragsgegner in Anspruch. Geltend gemacht wird hier der Zeitraum Juni 2012 bis Juli 2013. Gefordert werden gesamtschuldnerisch 19.571,06 € nebst Zinsen.

Im Jahr 1991 hatten die Antragsgegner mit ihrer damals 68 Jahre alten Mutter nach dem Tod ihres Vaters und Ehemanns ihrer Mutter unter Beteiligung der Ehefrau des Antragsgegners zu 1) einen notariellen „Erbauseinandersetzungs- und Überlassungsvertrag“ geschlossen (Bl. 13 ff. d. A.). Die Mutter der Antragsgegner hatte ihren Ehemann zu ½ beerbt und die Antragsgegner diesen zu je 1/6.

In der Erbmasse befand sich u. a. ein Wohngrundstück mit einem gutachterlich geschätzten Wert von 133.000 DM, welches bis dahin der Mutter der Antragsgegner und deren Ehemann zu je ½ gehört hatte. Dieses Anwesen erhielten nun der Antragsgegner zu 1) und seine Ehefrau vollständig zu hälftigem Miteigentum. Im Gegenzug räumten die Erwerber der Mutter der Antragsgegner ein unentgeltliches Wohn- und Mitbenutzungsrecht ein (Nr. 1) sowie verpflichteten sich, diese in alten und kranken Tagen zu pflegen. Mit einem erforderlichen Umzug der Mutter der Antragsgegner in ein Alten- und Pflegeheim erlosch diese Pflegeverpflichtung entschädigungslos (Nr. 2). Ferner verpflichteten sich die Erwerber als weitere Gegenleistung (Nr. 3), an die Antragsgegner zu 2) und zu 3) je 29.666 DM herauszuzahlen (Bl. 14 f. d. A.).

Anschließend heißt es in dem Notarvertrag nach der mit Nummern versehenen vorgenannten Aufzählung, die Mutter der Antragsgegner (Bl. 15 f. d. A.):

„verzichtet auf eine Herauszahlung zugunsten ihrer Kinder.

Im Hinblick darauf verpflichten sich [es folgen namentlich die Antragsgegner] als Gesamtschuldner – im Innenverhältnis zu je 1/3 Anteil – im Falle der Unterbringung von [es folgt der Name der Mutter der Antragsgegner] in einem Alten- und Pflegeheim alle Kosten zu zahlen, die [es folgt der Name der Mutter der Antragsgegner] aus eigenem Vermögen und eigenem Einkommen nicht bestreiten kann.

Alle Erwerber unterwerfen sich wegen der Herauszahlungsverpflichtung als Gesamtschuldner haftend gegenüber [es folgen die Namen der Antragsgegner zu 2) und zu 3)] der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in ihr gesamtes Vermögen.

Auf eine dingliche Sicherstellung wird verzichtet.“

Der Jahreswert des Wohn- und Mitbenutzungsrechts wurde im Notarvertrag mit 960 DM angegeben und jener der Pflegeverpflichtung mit 1.800 DM. Eine Fremdnutzung des Wohnbereichs der Mutter der Antragsgegner in dem übertragenen Anwesen ist unstreitig nicht möglich.

Das Familiengericht hat die für den o. g. Zeitraum geltend gemachten – unter Berücksichtigung des Erlöses aus einem Grundstücksverkaufs – ungedeckten Kosten von insgesamt 19.571,06 € antragsgemäß nebst Zinsen zuerkannt. Die Aufwendungen für die Mutter der Antragsgegner seien zweifelsfrei dargetan und belegt. Der Zahlungsanspruch wiederum ergebe sich aus dem Notarvertrag. Dieser sei weder sittenwidrig noch biete er Raum für eine anderweitige Auslegung. Die Antragsgegner könnten sich ebenfalls nicht auf Verwirkung berufen, weil der Anspruch seit 2013 kontinuierlich verfolgt worden sei. Auf die Leistungsfähigkeit der Antragsgegner komme es nicht an, weil diese vertraglich hafteten. Hierbei kämen die Grundsätze des Elternunterhalts nicht zur Anwendung. Eine Leistungsunfähigkeit sei allenfalls im Rahmen der Zwangsvollstreckung zu beachten.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde aller Antragsgegner, mit welcher diese an ihrem erstinstanzlichen Abweisungsantrag festhalten.

Die Antragsgegner zu 1) und zu 2) bestreiten weiterhin die Hilfsbedürftigkeit ihrer Mutter und rügen, das Familiengericht habe ohne nähere Prüfung die Angaben des Antragstellers übernommen. Des Weiterhin lege die angefochtene Entscheidung den Notarvertrag nicht im Gesamtzusammenhang und vor dem Hintergrund der beabsichtigten Regelung aus. Danach hätten die Antragsgegner zu 2) und zu 3) für den Herauszahlungsbetrag (je 29.666 DM) ihren Nachlassanteil an dem Grundstück von jeweils 1/12 (Wert: je 11.083,33 DM) sowie ihren jeweiligen 1/3-Anteil an der zu erwartenden Erbschaft nach ihrer Mutter (Wert: je 33.250 DM aufgrund  $\frac{3}{4}$  Eigentums ihrer Mutter) zur Verfügung gestellt. Der Wert des vom Antragsgegner zu 1) und seiner Ehefrau gewährten Wohn- und Mitbenutzungsrechts sei in diesem Zusammenhang unter Heranziehung der damaligen statistischen Lebenserwartung der Mutter der Antragsgegner zu bemessen. Diese betrug – das ist unstreitig – 16 Jahre. Für den Wert der übernommenen Pflegeverpflichtung sei darüber hinaus die Zeit von 1991 bis 2012, dem Umzug ins Heim, zu berücksichtigen. Somit ergäbe sich ein Betrag von zusammen rd. 53.160 DM (16 Jahre  $\times$  960 DM p. a. + 21 Jahre  $\times$  1.800 DM p. a.) bzw. aufgeteilt auf alle drei Antragsgegner rund 17.720 DM pro Kind. Ziehe man diesen Betrag sodann von dem o. g. Wert der durch die Antragsgegner zu 2) und zu 3) zur Verfügung gestellten Grundstücksanteile (je 11.083,33 DM + je 33.250 DM = je 44.333,33 DM) ab, verblieben je 26.613,33 €, mithin ungefähr der o. g. Herauszahlungsbetrag (je 29.666 DM). Das zeige, dass die Antragsgegner zu 2) und zu 3) aus dem Notarvertrag keinerlei Vorteile erzielt haben. Somit könne unzweifelhaft nicht davon ausgegangen werden, dass sie mit dem Notarvertrag zu höheren Leistungen verpflichtet und zur Übernahme der Heimkosten, erst recht ohne Begrenzung, herangezogen werden sollten. In diesem Zusammenhang werte das Familiengericht auch den Wortlaut „Im Hinblick darauf“ fehlerhaft. Dieser beziehe sich auf den Verzicht auf den Herauszahlungsbetrag und nicht auf eine Zahlungsverpflichtung der Antragsgegner ohne Wenn und Aber. Bereits erstinstanzlich sei unter Beweis durch Vernehmung der Ehefrau des Antragsgegners zu 1) gestellt worden, dass zwischen den Vertragsparteien immer klar gewesen sei, dass die Gegenleistung der Antragsgegner nicht über den Wert des Erlangten hinausgehen habe sollen. Die Mutter der Antragsgegner habe nur abgesichert werden wollen, nicht aus dem Haus raus zu müssen, wenn dem Antragsgegner

zu 1) etwas passiere. Eine Übernahme aller ungedeckten Kosten für ein Alten- und Pflegeheim sei niemals Thema gewesen. Dies zeige auch, dass die Vertragsparteien einen „Erbaueinsetzungs- und Überlassungsvertrag“ geschlossen haben. Es habe nichts weiter geregelt werden sollen als eine Nachlassauseinandersetzung bei wirtschaftlicher Gleichstellung aller Kinder, also der Antragsgegner. Gleiches ergebe sich aus dem vereinbarten Entfallen der Pflegeverpflichtung – welche auch über mehr als sechs Jahre intensiv erfüllt worden sei – bei einem notwendigen Umzug in ein Heim. Andernfalls wäre ebenfalls in Bezug auf die hier geltend gemachten Ansprüche eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung beurkundet worden. Schließlich wiederholen die Antragsgegner zu 1) und zu 2) ihren Verwirkungseinwand. Der Antragsteller habe die Forderung durch Nichtbetreiben des gerichtlichen Klageverfahrens über einen Zeitraum von 35 Monaten nicht ernsthaft weiterverfolgt.

Die Antragsgegnerin zu 3) rügt, dass das von ihrer Mutter bezogene Wohngeld unverhältnismäßig niedrig und nicht dargetan sei, wie sich das Pflegewohngeld zusammensetze. Dieses müsse deutlich höher sein. Im Übrigen bestehe ein Anspruch auf Grundsicherung. Die Belastung mit den Heimkosten in dem Notarvertrag verstoße gegen die guten Sitten. Es sei einleuchtend, dass die Antragsgegner sich nicht zu höheren Kosten hätten verpflichten wollen als sie im Gegenzug an Werten durch den Notarvertrag erhielten. Bei der vom Familiengericht vorgenommenen Vertragsauslegung könne die Kostenübernahmeverpflichtung je nach Lebensdauer ins Uferlose ansteigen. Es liege auf der Hand, dass die Antragsgegner in Kenntnis dessen den Notarvertrag nie abgeschlossen hätten, denn die auf sie zukommenden Kosten wären bei Vertragsabschluss nicht vorhersehbar gewesen. Gemäß der Sterbetafeln sei bei Vertragsschluss von einem statistischen Ableben ihrer Mutter in rund 16 Jahren auszugehen gewesen, so dass mit großer Wahrscheinlichkeit keine oder lediglich geringe Pflegekosten entstanden wären, die vermutlich durch das eigene Einkommen ihrer Mutter hätten gedeckt werden können. Die Werte, die die Antragsgegnerin zu 3) durch den Notarvertrag erhalten habe, stünden nun jedoch in völligem Missverhältnis zu der Belastung mit Heimkosten, die ggfls. noch auf sie zukommen könne. Dies habe das Familiengericht nicht ausreichend gewürdigt. Bei der Beurteilung der Wirksamkeit des Notarvertrags müsse berücksichtigt werden, wie sich die Umstände aus heutiger Sicht darstellten, nämlich dass ihre Mutter die statistische Lebenserwartung weit überlebt habe. Folglich liege auch eine Vertragsstörung gemäß § 313 BGB vor. Hätten die Antragsgegner gewusst, dass ihre Mutter so alt werde sowie welche finanziellen Belastungen auf sie durch Heimkosten zukämen, wäre der Vertrag so, also ohne finanzielle Schranke zum Schutz der Antragsgegner, nicht geschlossen worden. Darüber hinaus sei die Inanspruchnahme der Antragsgegnerin zu 3) als Gesamtschuldnerin völlig unangemessen. Denn der Antragsgegner zu 1) habe das Eigentum an der elterlichen Immobilie erhalten. Diese dürfte heute bis 250.000 € oder sogar mehr wert sein. Es sei eine ex-nunc Betrachtung vorzunehmen, denn die Pflegekosten fielen auch heute und nicht damals bei Vertragsabschluss an. Hilfsweise beruft sich die Antragsgegnerin zu 3) auf fehlende Leistungsfähigkeit und verweist auf ihre Verfahrenskostenhilfeunterlagen. Vorliegend seien die Leistungsfähigkeitsschranken des Anspruchs auf Elternunterhalt heranzuziehen.



Der Antragsteller verteidigt die angefochtene Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens. Das Bestreiten seiner Aufwendungen für die Mutter der Antragsgegner sei pauschal und unsubstantiiert. Pflegewohngeld gebe es in Rheinland-Pfalz nicht. Der Notarvertrag sei nicht sittenwidrig. Auch sei den Antragsgegnern seinerzeit klar gewesen, dass ihre Mutter länger oder auch kürzer als die statistischen Werte leben könne. Gerade insoweit enthalte der Vertrag für alle Seiten ein entsprechendes Risiko – dessen Verteilung sei vorliegend im Notarvertrag angemessen erfolgt; auf eine vorweggenommen Erbfolge habe kein Anspruch der Antragsgegner bestanden (näher Bl. 232 f. d. A.). Der Vertrag sei eindeutig und auch für einen juristischen Laien ohne Weiteres nachvollziehbar. Er habe den Zweck gehabt, den Lebensabend der Mutter der Antragsgegner wirtschaftlich zu sichern. Etwaige notarielle Belehrungspflichtverletzungen könnten nicht dem Antragsteller angelastet werden. Überdies seien auch die Anfechtungsfristen längst abgelaufen. Da hier ein vertraglicher Zahlungsanspruch vorliege, könne sich die Antragsgegnerin zu 3) nicht auf eine mangelnde Leistungsfähigkeit berufen. Inwieweit einer der Antragsgegner aus dem Notarvertrag geringere Vorteile als ein anderer gezogen habe, sei allenfalls eine Frage des Gesamtschuldnerinnenausgleichs. Verwirkung liege nicht vor, denn die Antragsgegner seien regelmäßig darauf hingewiesen worden, dass die Forderungen weiter verfolgt würden.

Der Senat hat die Antragsgegner im Termin am 19.10.2016 ausführlich persönlich angehört. Insoweit wird auf die Sitzungsniederschrift verwiesen.

## Aus den Gründen:

### Die Beschwerden sind unbegründet

II. Die nach §§ 58 ff., 117 FamFG statthaften und auch sonst zulässigen, insbesondere form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Beschwerden haben in der Sache keinen Erfolg.

### Die Voraussetzungen für einen Anspruchsübergang nach §§ 93 oder 94 SGB XII liegen vor

1. Der Antragsteller leistet für die Mutter der Antragsgegner unstreitig Hilfe zur Pflege nach Kapitel 7, §§ 61 ff. SGB XII (Bl. 68 d. A.).

Gemäß § 94 Abs. 1 Satz 1 SGB XII findet ein Anspruchsübergang statt, wenn die leistungsberechtigte Person (hier also die Mutter der Antragsgegner) für die Zeit, für die Leistungen erbracht werden, nach bürgerlichem Recht einen Unterhaltsanspruch hat. Nach wohl herrschender Meinung fallen vertragliche Unterhaltsansprüche dann allerdings nicht unter diese Vorschrift, wenn diese nicht nur von einer symbolischen Gegenleistung abhängig, sondern Gegenstand eines wirtschaftlichen Austauschvertrags (z.B. Altenteilsvertrag) sind (vgl. BVerwG NJW 1994, 64 zur Vorgängervorschrift § 91 BSHG und jurisPK-SGB XII/Armbruster 2. Aufl. 2014 Stand 11.1.2016 § 94 SGB XII Rn. 58; a. A.: BOK/Hölzer 41. Auflage Stand 1.9.2014 § 94 SGB XII Rn. 3). Vorliegend kann diese Streitfrage allerdings dahinstehen. Denn kommt eine automatische Überleitung nach § 94 SGB XII nicht in Betracht, kann eine solche nach § 93 SGB XII stattfinden. Erforderlich ist eine ausdrückliche Überleitungsanzeige, § 93 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 SGB XII. Eine solche liegt hier in Form von

jeweils bestandkräftigen privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten (vgl. jurisPK-SGB XII/Armbruster 2. Aufl. 2014 Stand 26.8.2015 § 93 SGB XII Rn. 25, 26), vor (Bl. 20 ff. d. A.).

Ausschlusstatbestände sind weder nach § 94 SGB XII noch jene des § 93 SGB XII gegeben bzw. dargetan. Das gilt insbesondere für den im hier maßgeblichen Zeitraum Juni 2012 bis Juli 2013 noch anwendbaren § 94 Abs. 1 Satz 6 SGB XII a.F. Denn die dort vorgenommene Einschränkung des Anspruchsübergangs nach § 105 Abs. 2 SGB XII greift nicht, wenn dem Unterhaltsberechtigten wie vorliegend ausschließlich Sozialleistungen nach dem 7. Kapitel des SGB XII (Hilfe zur Pflege) gewährt wurden (vgl. OLG Karlsruhe FamRZ 2016, 1469 in Abgrenzung zu BGH FamRZ 2015, 1594).

Die weiteren Voraussetzungen des § 93 SGB XII liegen vor. Bei rechtzeitiger Erfüllung der antragstellerseits behaupteten notarvertraglichen Unterhaltungspflicht wäre die Hilfebedürftigkeit der Mutter der Antragsgegner nicht eingetreten (§ 93 Abs. 1 Satz 3 SGB XII) und die Hilfeleistung wurde ununterbrochen erbracht (§ 93 Abs. 2 SGB XII). Die Überleitung findet auch für die Vergangenheit statt (vgl. jurisPK-SGB XII/Armbruster 2. Aufl. 2014 Stand 26.8.2015 § 93 SGB XII Rn. 80).

### Die Höhe der geleisteten Aufwendungen ist hinreichend belegt

2. Die Höhe der erbrachten Hilfeleistungen hat der Antragsteller substantiiert dargetan und durch Unterlagen belegt.

a) Der Antragsteller hat zunächst selbst gefertigte Aufstellungen eingereicht (Bl. 9 ff. d. A.). Die darin enthaltenen Positionen sind sodann durch die jeweiligen Rechnungen des Pflegeheims (Bl. 74 ff. d. A.), die Rentenbescheide der Mutter der Antragsgegner (Bl. 89 f. d. A.) und den Pflegegeldbescheid (Bl. 92 d. A.) mit dem Hinweis, dass dieses sich ab 1.1.2012 auf 1.550 € erhöht hat (Bl. 73 d. A.), belegt worden. Diese Angaben sind auch in der Beschwerde nicht ausreichend in Abrede gestellt. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die vorgenannten Belege unrichtig sind.

b) Seitens der Antragsgegnerin zu 3) wird gerügt, dass das ebenfalls mittels Bescheid nachgewiesene Wohngeld von 95 € unverhältnismäßig niedrig sei, weil Pflegewohngeld erheblich höher ausfalle.

Hier ist zu berücksichtigen, dass es das Pflegewohngeld in Rheinland-Pfalz nicht gibt. Bereits damit geht der Einwand der Beschwerde, das Pflegewohngeld müsse höher sein, ins Leere. Ebenfalls nicht näher dargetan ist, weshalb der Wohngeldbescheid unzutreffend sein soll. Dabei ist auch zu beachten, dass der Bescheid seinerzeit der Antragsgegnerin zu 2) zugestellt (Bl. 238 d. A.) und offensichtlich keine Veranlassung gesehen wurde, diesen anzugreifen.

c) Darüber hinaus macht die Antragsgegnerin zu 3) geltend, dass die Hilfsbedürftige Anspruch auf Grundsicherung habe. Dem hält die Beschwerdeerwiderung wie bereits in erster Instanz zutreffend entgegen, dass das Einkommen der Hilfsbedürftigen zu hoch sei.

Der Regelsatz für Alleinstehende (§§ 42 Nr. 1, 28 SGB XII) betrug in 2012 374 € und ab 1.1.2013 382 €. Hinzu kommen nach § 42 Nr. 4 SGB XII a.F. die Aufwendungen für Unterkunft und Heizung. Bei Leistungen in einer sta-

tionären Einrichtung ist dabei der Betrag in Höhe der durchschnittlichen angemessenen tatsächlichen Aufwendungen für die Warmmiete eines Einpersonenhaushaltes im Bereich des nach § 98 SGB XII zuständigen Trägers der Sozialhilfe zugrunde zu legen. Diesen Betrag hat der Antragsteller – von der Gegenseite nicht substantiiert angegriffen – mit 281 € angegeben (Bl. 109, 228 d. A.). Nachdem weitere Mehrbedarfe i.S. des § 42 SGB XII a.F. nicht dargetan sind, läge der Grundsicherungsbedarf deutlich unter dem Renteneinkommen (siehe hierzu die Gegenüberstellung Bl. 228 d. A.). Im Übrigen ist zutreffend, dass ein Bezieher von Grundsicherung im Alter gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 WoGG keinen Anspruch auf Wohngeld hat. Die Mutter der Antragsgegner erhält aber gerade Wohngeld.

d) Soweit die Antragsgegner zu 1) und zu 2) schließlich auf weitere vorrangige bedarfsdeckende Ansprüche verweisen, ist nicht ersichtlich, welche dies sein sollen.

#### **Aufgrund der vertraglichen Verpflichtung besteht auch ein übergangsfähiger Anspruch**

3. Ist demnach für den hier maßgeblichen Zeitraum Juni 2012 bis Juli 2013 von einem ungedeckten, nach § 93 SGB XII übergangsfähigen Bedarf der Mutter der Antragsgegner in Höhe von 19.571,06 € auszugehen, haften die Antragsgegner hierfür auch aufgrund ihrer vertraglichen Verpflichtung aus dem Notarvertrag vom 25.9.1991.

a) Nach dem Wortlaut dieses Vertrags (Bl. 15 d. A.: „... verpflichtet sich [es folgen namentlich die Antragsgegner] als Gesamtschuldner – im Innenverhältnis zu je 1/3 Anteil – im Falle der Unterbringung von [es folgt der Name der Mutter der Antragsgegner] in einem Alten- und Pflegeheim alle Kosten zu zahlen, die [es folgt der Name der Mutter der Antragsgegner] aus eigenem Vermögen und eigenem Einkommen nicht bestreiten kann.“ haben sich die Antragsgegner als Gesamtschuldner unabhängig von ihrer Leistungsfähigkeit zur Übernahme der ungedeckten Heimkosten ihrer Mutter verpflichtet.

#### **Der Vertrag enthält eine ausdrückliche Verpflichtung zur gesamtschuldnerischen Übernahme der ungedeckten Heimkosten**

aa) Richtig ist, dass der vorgenannte Passus mit den Worten „Im Hinblick darauf“ eingeleitet wird (Bl. 15 d. A.). Insofern erscheint nach dem Gesamtzusammenhang und dem Schriftbild zwar zweifelhaft, ob sich diese Einleitung nur darauf bezieht, dass die Hilfsbedürftige „auf eine Herauszahlung zugunsten ihrer Kinder [verzichtet]“ oder auf den gesamten vorangehenden Vertragstext, z.B. ab „Zum Zwecke der teilweisen Aufhebung ...“ (Bl. 14 f. d. A.). Indes ist die Verpflichtung der Antragsgegner zur gesamtschuldnerischen Übernahme der ungedeckten Heimkosten ihrer Mutter dem Wortlaut nach eindeutig und das Motiv („Im Hinblick darauf“) in solch einem Fall grundsätzlich irrelevant. Darüber hinaus macht die Übernahme der Heimkosten auch als Gegenleistung für den Verzicht der Mutter der Antragsgegner auf eine Herauszahlung wegen des dem Antragsgegner zu 1) und dessen Ehefrau zugewandten Grundstücks Sinn, nachdem von diesem Verzicht mittelbar auch die ausbezahlten Antragsgegnerinnen zu 2) und zu 3) profitiert haben.

Von einer entsprechenden notarvertraglich vereinbarten Verpflichtung geht augenscheinlich auch die Antragsgegnerin zu 3) in ihrer Beschwerde aus. Denn sie beruft sich lediglich auf Sittenwidrigkeit bzw. eine vorzunehmende

Haftungsbegrenzung und wendet Leistungsunfähigkeit ein.

#### **Es liegt auch keine übereinstimmende Falschbezeichnung vor**

bb) Die vorstehend wiedergegebene Heimkostenübernahmeverpflichtung kann hier – unabhängig davon, dass grundsätzlich Grenze einer jeden Auslegung der Wortlaut ist – auch nicht abweichend von ihrem klaren Wortlaut ausgelegt werden. Ebenfalls liegt keine übereinstimmende Falschbezeichnung vor.

Im Rahmen ihrer persönlichen Anhörung durch den Senat am 19.10.2016 haben die Antragsgegner allesamt angegeben bzw. bestätigt, dass der Notar seinerzeit damit beauftragt worden sei, im Zusammenhang mit der Eigentumsübertragung an den Antragsgegner zu 1) und dessen Ehefrau sowie der von diesen übernommenen Wohnrechts- und Pflegeverpflichtungen einen Ausgleich in Bezug auf die Geschwister zu schaffen. Dabei haben die Antragsgegner gemäß ihrer Vorstellung, dass ein Notar zwischen den Vertragsparteien vermittele und in den Vertrag keine Fallstricke einbaue, dem Notar „blind vertraut“ und sich über den genauen Vertragsinhalt keinen Kopf gemacht. Die hier maßgebliche Regelung, auf welche sich der Antragsteller stützt, stelle nach den Bekundungen der Antragsgegner im Senatstermin am 19.10.2016 vermutlich den vorstehend genannten Ausgleich dar. Zu Hause durchgelesen haben sie sich den Notarvertragsentwurf nicht; lediglich vor Unterzeichnung sei die Urkunde im Notariat schnell verlesen worden. Über einen Heimaufenthalt ihrer Mutter und die damit einhergehenden finanziellen Folgen sei beim Notar nicht gesprochen worden. Überdies habe ein Pflegeheim damals auch gar nicht zu Debatte gestanden.

Danach haben die Antragsgegner die Notarurkunde quasi im Vertrauen auf den Notar unterschrieben, ohne sich bis ins Detail näher Gedanken über deren Inhalt zu machen. Sie gingen davon aus, dass der Notar ihre Wünsche und Bedürfnisse ausreichend berücksichtige, ohne ihnen unangemessene Verpflichtungen aufzubürden. Unterschreiben die Antragsgegner in diesem Glauben bzw. Vertrauen aber – wie hier – eine Heimkostenübernahmeverpflichtung, deren Reichweite beim genaueren Durchlesen auch einen juristischen Laien zumindest zu Rückfragen gegenüber dem Notar veranlassen hätten müssen, sind sie daran regelmäßig gebunden. Mangels einer konkreten Befassung mit der hier maßgeblichen Heimkostenübernahmeverpflichtung durch die Antragsgegner – und deren Mutter – vor und im Zuge der Vertragsunterzeichnung besteht auch kein Raum für die Annahme einer übereinstimmenden Falschbezeichnung. Denn dieses Rechtsinstitut setzt zumindest voraus, dass sich die Vertragspartner mit der betreffenden Klausel im Zuge des Vertragsschlusses überhaupt näher beschäftigen und sich Gedanken über deren Bedeutungsgehalt machen. Dabei müssen sich diese Gedanken der Vertragspartner dann jedoch übereinstimmend in der Art als fehlerhaft darstellen, dass nicht das, was die Klausel eigentlich ausdrückt, sondern mit der betreffenden Formulierung übereinstimmend etwas anderes gewollt war.

#### **Eine Irrtumsanfechtung scheitert zumindest an der abgelaufenen Anfechtungsfrist**

cc) Stimmt sonach das, wie der Notarvertrag auszulegen ist, nicht mit dem überein, was die Antragsgegner seinerzeit haben erklären wollen, käme hier allenfalls eine Irrtumsanfechtung nach § 119 BGB in Betracht. Zutreffend

weist der Antragsteller in diesem Zusammenhang allerdings darauf hin, die Anfechtungsfristen hier jedoch schon längst abgelaufen wären.

Gemäß § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB hätte eine Anfechtung ohne schuldhaftes Zögern erfolgen müssen. Hierunter ist regelmäßig eine Frist von zwei bis drei Wochen ab Erkennen des Irrtums zu verstehen. Letzteres war spätestens mit den Überleitungsbescheiden vom 5.4.2013 der Fall. Denn in diesen wurde ausdrücklich Bezug auf die hier maßgebliche Klausel genommen. Dem Antragsgegner zu 1) wurde zudem noch von einer Mitarbeiterin des Sozialamtes geraten, anwaltliche Hilfe wegen der im Notarvertrag niedergelegten Heimkostenübernahmeverpflichtung in Anspruch zu nehmen. Folglich kann dahinstehen, ob vorliegend nicht bereits die – allerdings erst durch das nach Abschluss des Notarvertrags in Kraft getretene Schuldrechtsmodernisierungsgesetz – auf 10 Jahre (statt früher 30 Jahre) verkürzte Ausschlussfrist nach § 121 Abs. 2 BGB greift.

### **Etwaige Beratungspflichtverletzungen des Notars berühren die vertragliche Verpflichtung nicht**

dd) Zutreffend weist der Antragsteller schließlich darauf hin, dass auch etwaige Beratungspflichtverletzungen des Notars nicht zulasten des Antragstellers gehen können. Diese können allenfalls einen Ersatzanspruch der Antragsgegner gegen den Notar auslösen. Darauf, ob ein solcher hier besteht und zudem aus zeitlicher Sicht noch durchsetzbar wäre, kommt es für die Frage der Haftung der Antragsgegner gegenüber dem Antragsteller ebenfalls nicht an.

### **Der Vertrag ist auch nicht sittenwidrig**

b) Der Notarvertrag vom 25.9.1991 ist auch nicht sittenwidrig (§ 138 BGB). Denn hierbei kommt es auf die seinerzeit bei Vertragsabschluss maßgebliche Sachlage an. Auch kann der Notarvertrag nicht rückblickend unter Berücksichtigung des erreichten hohen Lebensalters der Hilfsbedürftigen ausgelegt werden.

### **Der Vertrag barg bei Vertragsabschluss für alle Beteiligten Vorteile und Risiken**

Nach der bei Vertragsabschluss maßgeblichen Situation barg der Notarvertrag sowohl für den Antragsgegner zu 1) und seine Ehefrau als auch die Antragsgegnerinnen zu 2) und zu 3) jeweils Vorteile und Risiken.

aa) Die Lage stellte sich nach dem Tod des Ehemanns der Hilfsbedürftigen und Vater der Antragsgegner [in der nachfolgenden Aufstellung; Ag.] wie folgt dar:

Grundstückswert 25.9.1991 133.000 DM (Bl. 13, 106 Rs. d. A.)

Mutter gehörte hiervon 1/2 originär 66.500,00 DM

1/2 von 1/2 Erbe nach Vater (Ehemann) 33.250,00 DM

Ag. 1 gehörte hiervon 1/6 von 1/2 Erbe nach Vater 11.083,33 DM

Ag. 2 gehörte hiervon 1/6 von 1/2 Erbe nach Vater 11.083,33 DM

Ag. 3 gehörte hiervon 1/6 von 1/2 Erbe nach Vater 11.083,33 DM

---

133.000,00 DM

Durch die Grundstücksübertragung und Herauszahlungsverpflichtung sowie die Pflege- und Heimkostenübernahme im Notarvertrag sah es dann so aus:

Ag. 1 erhielt

zusammen mit seiner Ehefrau zu Miteigentum 11/12 121.916,66 DM

abzgl. Herauszahlungsverpflichtung ggü. Ag. 2- 29.666,00 DM

abzgl. Herauszahlungsverpflichtung ggü. Ag. 3- 29.666,00 DM

---

62.584,66 DM

und übernahm:

Risiko persönliche Pflege und Wohnrecht Risiko Kosten stationäre Pflege

Ag. 2 erhielt Herauszahlungsbetrag von Ag. 1 + Ehefrau 29.666,00 DM

und begab sich 1/6 von 1/2 Erbe nach Vater – 11.083,33 DM

---

18.582,67 DM

(= indexiert per 1.6.2012: 13.955,00 €) und übernahm:

Risiko Kosten stationäre Pflege

Ag. 3 erhielt Herauszahlungsbetrag von Ag. 1 + Ehefrau 29.666,00 DM

und begab sich 1/6 von 1/2 Erbe nach Vater- 11.083,33 DM

---

18.582,67 DM

(= indexiert per 1.6.2012: 13.955,00 €) und übernahm: Risiko Kosten stationäre Pflege.

Der Antragsgegner zu 1) erhielt also – zusammen mit seiner Ehefrau – einen sofortigen Vermögenszufluss von reichlich 60.000 DM. Das Vermögen der beiden übrigen Antragsgegnerinnen erhöhte sich aufgrund des Notarvertrags sofort um je rund 18.500 DM.

### **Der Vertrag war zunächst für alle Antragsgegner wirtschaftlich vorteilhaft**

bb) Entgegen der Ansicht der Beschwerde führte der Notarvertrag somit zunächst zu einem wirtschaftlichen Vorteil für alle Antragsgegner. Denn auf ihr Erbrecht nach dem Tod ihrer Mutter konnten diese nicht vertrauen und sie hatten diesbezüglich auch keine gesicherte Rechtsposition. Ihre Mutter hätte ihren 3/4-Anteil an dem Hausanwesen z.B. jederzeit frei verschenken können und nach Ablauf von zehn Jahren hätte auch kein Anspruch auf Pflichtteilsergänzung gemäß § 2325 BGB mehr bestanden.

Auf der anderen Seite übernahmen die Antragsgegner nach dem Wortlaut des Notarvertrags auch Risiken, und zwar der Antragsgegner zu 1) aufgrund der Pflegeverpflichtung und des Wohnrechts höhere als die beiden anderen Antragsgegner. Inwieweit sich diese Risiken letztlich in Zukunft verwirklichen, stand damals nicht fest und hing maßgeblich vom Gesundheitszustand und dem Zeitpunkt des Versterbens der Mutter der Antragsgegner ab. Wäre



diese z.B. verstorben, ohne vorher in ein Pflegeheim zu kommen, wären auf die Antragsgegner zu 2) und 3) überhaupt keine Verpflichtungen zugekommen. Gleiches bzw. nahezu Gleiches hätte für diese wie dann auch für den Antragsgegner zu 1) der Fall sein können, wenn die Hilfsbedürftige entweder alsbald nach Abschluss des Notarvertrags gestorben oder in ein Pflegeheim gekommen und dort aber z.B. nur nach Stufe 1 pflegebedürftig gewesen wäre. Denn dann wären trotz auch verringerter Leistungen aus der Pflegeversicherung die Heimkosten geringer gewesen und Leistungen zu Hause hätten der Antragsgegner zu 1) und dessen Ehefrau dann so gut wie keine erbringen müssen.

**Auch unter Berücksichtigung der Heimkostenübernahmeverpflichtung war der Vertrag für keinen Antragsgegner lediglich nachteilig**

cc) Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass der Notarvertrag dem Wortlaut nach auch unter Berücksichtigung der Heimkostenübernahmeverpflichtung für keinen der Antragsgegner lediglich nachteilig war.

Wie bereits ausgeführt, kann dieser Beurteilung nicht, wie die Antragsgegner es tun, der aktuelle Verlauf, bei welchem sich das vertragsimmanente Risiko nun einseitig für die Antragsgegner drastisch realisiert hat, rückblickend zugrunde gelegt werden.

Ebenfalls nicht herangezogen werden kann die damalige statistische Lebenswartung der Hilfsbedürftigen. Auf Basis dieser mag zwar seinerzeit die Herauszahlungsverpflichtung des Antragsgegners zu 1) und dessen Ehefrau errechnet worden sein. Auch insofern handelte es sich nach den vorgenannten Ausführungen jedoch für alle Antragsgegner nach dem – aus den oben genannten Gründen hier zugrunde zu legenden – Vertragswortlaut um ein vertragsimmanentes „Pokerspiel“. Bei diesem hätten die Antragsgegner zu 2) und zu 3) unter Umständen sogar den vollen Herauszahlungsbetrag ohne eigene Inanspruchnahme erhalten können. Ein Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) liegt daher trotz der dem Wortlaut nach gegebenen unbegrenzten Haftungsübernahme für nicht gedeckte Heimkosten nicht vor.

**Ob die Antragsgegner ohne zeitliche und höhenmäßige Begrenzung für ungedeckte Heimkosten herangezogen werden können, kann dahinstehen**

c) Dahinstehen kann vorliegend, ob die Antragsgegner sich mit dem Notarvertrag zu höheren Leistungen verpflichtet haben, als ihnen seinerzeit an Werten durch den Notarvertrag zugeflossen sind, und insbesondere für nicht gedeckte Heimkosten ihrer Mutter ohne zeitliche und höhenmäßige Begrenzung herangezogen werden können – oder z.B. unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten bzw. nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage wegen des wider Erwarten langen Lebens der Mutter der Antragsgegner irgendwo nachträglich eine Grenze in Bezug auf die zu übernehmenden Heimkosten zu ziehen ist.

Hierauf stellen die Antragsgegner zu 1) und zu 2) ab, wonach zwischen den Vertragsparteien immer klar gewesen sei, dass die Gegenleistung der Antragsgegner nicht über den Wert des Erlangten hinausgehen und die Mutter der Antragsgegner lediglich dahin habe abgesichert werden sollen, nicht aus dem Haus zu müssen, wenn dem Antragsgegner zu 1) etwas passiert.

**Die geltend gemachte Kostenbeteiligung übersteigt noch nicht die aufgrund des Vertrags erhaltenen finanziellen Vorteile**

Entgegen dem Beschwerdevorbringen übersteigt die mit dem vorliegenden Teilantrag geltend gemachte Kostenbeteiligung noch nicht dasjenige, was die Antragsgegner aufgrund des Erbauseinandersetzens- und Überlassungsvertrags im Saldo an finanziellen Werten erhalten haben. Davon, dass demgegenüber lediglich das Wohnrecht und die Pflegeverpflichtung hatten Vertragsinhalt werden sollen, ist aus den oben genannten Gründen und letztlich auch nach dem Vortrag der Antragsgegner nicht auszugehen.

aa) Wie bereits näher dargelegt, erzielten die Antragsgegnerin zu 2) und zu 3) aufgrund des Notarvertrags einen Vermögenszuwachs von je 18.582,67 DM. Indexiert auf den 1.6.2012, den Beginn des geltend gemachten Anspruchszeitraums, sind das 13.955 €.

bb) Auf Seiten des Antragsgegners zu 1) (und seiner Ehefrau) betrug der Vermögenszuwachs 62.584,66 DM (s.o. 3. b) aa)). Zieht man hiervon die angeführten sechs Jahre häuslicher Pflege mit dem im Notarvertrag angesetzten Jahreswert von 1.800 DM (Bl. 16 d. A.) ab, reduziert sich das Erlangte auf 51.784,66 €. Seit Mitte 2012 wohnt die Mutter der Antragsgegner im Alten- und Pflegeheim. Folglich können zugunsten des Antragsgegners zu 1) weitere 21 Jahre (1991 bis 2012) für das gewährte Wohnrecht anzusetzen sein, mithin  $21 \times 960 \text{ DM} = 20.160 \text{ DM}$ . Zwar besteht das Wohnrecht auch nach dem Umzug ins Heim, allerdings kann die Mutter der Antragsgegner dieses de facto nicht ausüben und wird dies aufgrund ihres Gesundheitszustands (Pflegestufe III) auch in Zukunft nicht mehr beanspruchen können. Obwohl der Wohnbereich nicht fremdvermietet werden kann, erleiden der Antragsgegner und seine Ehefrau durch dessen Fortbestand dennoch faktisch keine Einbuße mehr. Folglich reduziert sich der Wert des aus dem Notarvertrag Erlangten auf 31.624,66 DM. Wiederum indexiert auf den 1.6.2012 ergibt das einen Wert von 23.750 €.

cc) Geltend gemacht wird im vorliegenden Verfahren für den Zeitraum Juni 2012 bis Juli 2013 demgegenüber lediglich ein anteiliger Zahlbetrag von reichlich je 6.500 € ( $1/3 \times 19.571,06 \text{ €}$ ). Ihre Inanspruchnahme übersteigt damit nicht den Wert dessen, was die Antragsgegner, der Antragsgegner zu 1) zusammen mit seiner Ehefrau, aufgrund des Erbauseinandersetzens- und Überlassungsvertrags wertmäßig erhalten haben. Daran ändert sich auch nichts, würde man bei dem Antragsgegner zu 1) aufgrund des Miteigentums seiner Ehefrau (und deren Mitverpflichtung solange die Mutter der Antragsgegner noch dort gelebt hat) nur die Hälfte des saldomäßig Erlangten ( $1/2$  von 23.750 €) berücksichtigen.

**In welchem Umfang weitere Heimkosten aufgelaufen und bereits außergerichtlich geltend gemacht worden sind, ist unerheblich**

Unerheblich ist im Rahmen dieser Betrachtung für das vorliegende Verfahren wieder, in welchem Umfang bislang weitere Heimkosten für die Mutter der Antragsgegner aufgelaufen sind und in welchem Umfang diese bereits außergerichtlich gegenüber den Antragsgegnern geltend gemacht worden. Bezahlt haben die Antragsgegner insoweit augenscheinlich noch nichts und gerichtlich werden hier (zunächst) nur Kosten für die Monate Juni 2012 bis Juli 2013 eingefordert. Nur hierüber hat der Senat jetzt zu entscheiden.

### **Auf den Wertzuwachs der Immobilie kommt es an dieser Stelle ebenso wenig an wie auf die Leistungsfähigkeit der Antragsgegner**

Nach den genannten Zahlen kommt es entgegen der Antragsgegnerin zu 3) jetzt auch nicht darauf an, ob die im Eigentum des Antragsgegners zu 1) und dessen Ehefrau stehende elterliche Immobilie zwischenzeitlich eine Wertsteigerung auf 250.000 € oder mehr erfahren hat. Eben so wenig spielt (derzeit) die unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit der Antragsgegner eine Rolle.

### **Es ist nicht davon auszugehen, dass das Ausfallrisiko eines oder mehrerer Gesamtschuldner im Innenverhältnis die zu Pflegenden tragen sollte**

dd) Zwar werden sodann alle drei Antragsgegner als Gesamtschuldner auf den vollen Zahlungsbetrag in Anspruch genommen. Weder nach dem – aus den vorgenannten Gründen maßgeblichen – Wortlaut des Notarvertrags noch nach dem Vorbringen der Antragsgegner kann jedoch davon ausgegangen werden, dass das Ausfallrisiko eines oder mehrerer Gesamtschuldner im Innenverhältnis die Mutter der Antragsgegner hat tragen sollen.

Ohne den „Erbaueinandersetzungs- und Überlassungsvertrag“ hätte die Mutter der Antragsgegner die Heimkosten in vollem Umfang aus ihrem  $\frac{3}{4}$ -Eigentumsanteil an dem Grundstück zahlen können. Diesen  $\frac{3}{4}$ -Eigentumsanteil hätte sie letztlich auch realisieren müssen und ein Miteigentumsanteil der drei Antragsgegner von je  $\frac{1}{12}$  (Erbanteil nach ihrem Vater) hätte dem nicht entgegengestanden, insbesondere den Antragsgegnern kein „Vetorecht“ gegeben. Demgegenüber ist die gesetzliche Form der Haftung von Kindern auf Elternunterhalt, nämlich nach Maßgabe ihrer Leistungsfähigkeit und grundsätzlich nur nach Kopfteilen, also nicht gesamtschuldnerisch, durch den Notarvertrag hier gerade außer Kraft gesetzt worden.

Unabhängig davon würde vorliegend selbst der Ausfall eines Antragsgegners – möglicherweise der Antragsgegnerin zu 3) – noch nicht dazu führen, dass die beiden verbleibenden Antragsgegner dann mangels realisierbaren Regressanspruchs (§ 426 Abs. 2 BGB) letztlich über das Erlangte hinaus in Anspruch genommen würden.

d) An der vorstehenden Betrachtungsweise ändert schließlich nichts, dass die Antragsgegner sich wegen der offenen Heimkosten in der Notarurkunde nicht zugleich der Zwangsvollstreckung unterworfen haben. Derartiges ist nicht Anspruchsvoraussetzung und seinerzeit stand auch weder fest, ob überhaupt Heimkosten entstehen, und falls ja, in welcher Höhe. Demgegenüber machte eine isolierte Zwangsvollstreckungsunterwerfung wegen der alsbald fälligen Herauszahlungsverpflichtung durchaus Sinn.

Ebenfalls fehlt geht der Hinweis auf den im Notarvertrag geregelten Wegfall der Pflegeverpflichtung beim Umzug in ein Heim. Denn während die Pflegeverpflichtung des Antragsgegners zu 1) und seiner Ehefrau eine Pflicht zur Betreuung in den eigenen vier Wänden darstellte, geht es mit dem Umzug ins Heim um eine monetäre Verpflichtung zur Kostenübernahme. Hierzu bedurfte es einer gesonderten Regelung, da sich eine persönliche Pflegeverpflichtung in diesem Fall nicht in eine monetäre Pflicht umwandelt (vgl. OLG Koblenz Beschluss vom 9.7.2015, Az. 7 UF 92/15) und zudem jetzt auch die beiden übrigen Kinder mit einbezogen wurden.

### **Der Anspruch ist auch nicht verwirkt**

4. Der Anspruch ist schließlich nicht verwirkt. Denn bereits das Zeitmoment ist nicht erfüllt.

Zwar sind bei der Verwirkung von Unterhalt an das Zeitmoment keine strengen Anforderungen zu stellen. Von einem Unterhaltsgläubiger, der lebensnotwendig auf Unterhaltsleistungen angewiesen ist, ist eher als von einem Gläubiger anderer Forderungen zu erwarten, dass er sich zeitnah um die Durchsetzung des Anspruchs bemüht. Tut er das nicht, erweckt sein Verhalten in der Regel den Eindruck, er sei in dem fraglichen Zeitraum nicht bedürftig. Zudem können Unterhaltsrückstände schnell zu einer erdrückenden Schuldenlast anwachsen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der sich der Senat angeschlossen hat, beträgt der Mindestzeitraum des Untätig seins bei Unterhalt jedoch dennoch ein Jahr (vgl. grundlegend: BGH FamRZ 1988, 370). Diese Mindestfrist ist hier nicht überschritten.

Der Antragsteller hat die Forderung entgegen der Ansicht der Beschwerde nicht über einen Zeitraum von 35 Monaten nicht ernsthaft weiterverfolgt. Nach dem Überleitungsbescheiden vom 5.4.2013 erfolgten am 22.8.2013 entsprechende Zahlungsaufforderungen. Sodann wurde das Oberlandesgericht Koblenz zwecks Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit ersucht. Nach Zustellung dieser Entscheidung im Februar 2014 wurde die Forderung nochmals binnen Jahresfrist mit Schreiben vom 6.1.2015 und erneut am 29.6.2015 geltend gemacht. Ende 2015 erfolgte schließlich die gerichtliche Geltendmachung.

III. Nach alledem haben die Beschwerden keinen Erfolg. Sie waren mit den sich aus §§ 113 Abs. 1 FamFG, 97 Abs. 1, 100 Abs. 4 ZPO, 35, 40 FamGKG folgenden Nebenentscheidungen zurückzuweisen. ■

## **6. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Eintragung der GbR und ihrer Gesellschafter im Handelsregister einer GmbH bei deren Formwechsel in eine GbR**

(BGH, Versäumnisurteil vom 18.10.2016 – II ZR 314/15)

HGB §§ 15 Abs. 3, 128 ff. (analog)  
UmwG §§ 198 Abs. 1, 202, 235 Abs. 1  
GmbHG § 16 Abs. 1

1. Beim Formwechsel einer GmbH in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts müssen weder die Gesellschaft bürgerlichen Rechts noch ihre Gesellschafter im Handelsregister eingetragen werden.
2. Wer unrichtig als Gesellschafter einer durch Umwandlung entstandenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Handelsregister eingetragen ist, kann nach allgemeinen Rechtsscheingrundsätzen für die Kosten eines Rechtsstreits haften, den ein Gläubiger der formwechselnden GmbH im Vertrauen auf seine Haftung als Gesellschafter gegen ihn führt.

### **Zur Einordnung**

Der BGH befasst sich in diesem Versäumnisurteil mit der Eintragung eines Formwechsels einer GmbH in eine GbR im Handelsregister der GmbH und den Folgen der Eintragung einer Person als Gesellschafter der GbR, die