



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

IV ZB 36/20

vom

29. Juni 2021

in der Nachlasssache

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch die Vorsitzende Richterin Mayen, den Richter Felsch, die Richterinnen Harsdorf-Gebhardt, Dr. Bußmann und den Richter Dr. Bommel

am 29. Juni 2021

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des Beteiligten zu 2 werden der Beschluss des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 28. Oktober 2020 und das Verfahren aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Behandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an das Beschwerdegericht zurückverwiesen.

Der Geschäftswert für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird auf 83 € festgesetzt.

Gründe:

- 1 I. Nach dem Tod der Erblasserin wurde die Nachlasspflegschaft für die unbekanntenen Erben angeordnet und der Beteiligte zu 2 als berufsmäßigen Nachlasspfleger eingesetzt.
  
- 2 Mit Antrag vom 24. Oktober 2018 verlangte der Beteiligte zu 2 die Festsetzung einer Vergütung in Höhe von 142,80 € brutto gegen den Nachlass; dabei rechnete er 1,5 Stunden zu einem Stundensatz von 80 € ab. Für weitere 11,5 Stunden legte er einen Stundensatz von 33,50 € mit

der Begründung zugrunde, dass der Nachlass aufgebraucht und folglich mittellos sei; insoweit beantragte er die Festsetzung von 458,45 € brutto gegen die Landeskasse.

3           Das Nachlassgericht hat die Vergütung antragsgemäß festgesetzt. Auf die Beschwerde der Landeskasse hat das Oberlandesgericht diesen Beschluss dahingehend abgeändert, dass die Vergütung in Höhe von 518,25 € gegen die Landeskasse festgesetzt und der weitergehende Festsetzungsantrag zurückgewiesen worden ist.

4           Hiergegen richtet sich die vom Oberlandesgericht zugelassene Rechtsbeschwerde des Beteiligten zu 2, mit der er seinen Vergütungsantrag in voller Höhe weiterverfolgt.

5           II. Die zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und des Verfahrens und zur Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht (§ 74 Abs. 6 Satz 2 Alt. 1 FamFG).

6           1. Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung unter anderem in FGPrax 2020, 279 veröffentlicht ist, hat ausgeführt, die Höhe der dem berufsmäßigen Nachlasspfleger zustehenden Vergütung bestimme sich im gesamten Umfang nach § 3 Vormünder- und Betreuervergütungsgesetz (VBVG) a.F. Bei einem mittellosem Nachlass seien gemäß § 1915 Abs. 1 Satz 2, § 1836 Abs. 1 Satz 3 BGB die Stundensätze des § 3 Abs. 1 VBVG maßgeblich. Nach § 1836d Nr. 1 BGB wäre ein Nachlass bereits dann mittellos, wenn er die Vergütung "nicht oder nur zum Teil decken kann". Die gegen eine entsprechende Anwendbarkeit des § 1836d BGB vorgebrachten Argumente griffen nicht durch, so dass es bei der in § 1915

Abs. 1 Satz 1 BGB grundsätzlich angeordneten entsprechenden Anwendung verbleibe.

- 7            2. Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Mit der gegebenen Begründung durfte das Beschwerdegericht den Vergütungsantrag nicht teilweise ablehnen. Eine Mittellosigkeit des Nachlasses im Sinne von § 1915 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB, die eine Vergütung des Nachlasspflegers nach den in § 1915 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 BGB geregelten Grundsätzen für seine gesamte Tätigkeit ausschliesse, kann auf dieser Grundlage nicht angenommen werden.
- 8            a) Die Frage, wie sich der Vergütungsanspruch des berufsmäßigen Nachlasspflegers berechnet, wenn der Nachlass nicht zur Begleichung der gesamten Vergütung ausreicht (sogenannter teilmittelloser Nachlass), wird in Rechtsprechung und Schrifttum unterschiedlich beurteilt.
- 9            aa) Neben dem Beschwerdegericht vertreten die Oberlandesgerichte Celle (FamRZ 2020, 1030 unter II 1 a aa [juris Rn. 13 f.]) und Oldenburg (Beschluss vom 26. Februar 2021 - 3 W 120/20, juris Rn. 14) sowie einzelne Stimmen in der Literatur (Erman/Posselt, BGB 16. Aufl. § 3 VBVG Rn. 14; Wozniak, jurisPR-InsR 1/2021 Anm. 3) die Auffassung, der Nachlass sei gemäß § 1915 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 1836d Nr. 1 BGB bereits dann mittellos, wenn die Vergütung nur zum Teil daraus nicht beglichen werden könne; der gesamte Vergütungsanspruch berechne sich daher nach § 3 VBVG.
- 10           bb) Dagegen geht die überwiegende Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum davon aus, dass der Nachlass, soweit er zur Deckung des Vergütungsanspruchs ausreicht, als bemittelt anzusehen und die Vergütung bis zur Nachlasserschöpfung nach den Grundsätzen des § 1915 Abs. 1

Satz 2 BGB zu gewähren sei; nur die darüber hinaus noch erfolgte Tätigkeit des Nachlasspflegers sei nach § 3 VBVG zu vergüten (vgl. OLG Hamburg NJW-RR 2020, 520 Rn. 15; OLG Düsseldorf FamRZ 2020, 873, 874 [juris Rn. 20]; OLG Frankfurt FamRZ 2019, 393 unter II c bb [juris Rn. 20 ff.]; OLG Stuttgart FamRZ 2018, 536 [juris Rn. 10]; ZEV 2017, 710 Rn. 10; OLG Naumburg NLPrax 2019, 99 unter II 2 [juris Rn. 14 ff.]; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 31. Oktober 2014 - 14 Wx 56/13, juris Rn. 28; Palandt/Weidlich, BGB 80. Aufl. § 1960 Rn. 24; Palandt/Götz, BGB 80. Aufl. § 1915 Rn. 7; BeckOGK/Heinemann, BGB § 1960 Rn. 205 [Stand: 15. April 2021]; BeckOGK/Bohnert, BGB § 1836d Rn. 23 [Stand: 1. April 2021]; Staudinger/Bienwald, BGB (2020) § 1836d Rn. 19 (unter Verweis auf OLG Frankfurt aaO); Sonnenberg in Siebert, Nachlasspflegschaft 6. Aufl. Kap. 9 Rn. 1019; Gleumes in Schulz, Handbuch Nachlasspflegschaft 2. Aufl. § 7 Rn. 85; Schulz in Groll, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung 5. Aufl. § 23 Rn. 23.97; Homann, Die Vergütung von Nachlasspfleger, Testamentsvollstrecker, Nachlassverwalter und Nachlassinsolvenzverwalter 2007 S. 35, 48; Reinert, ErbR 2021, 97, 102; Zimmermann, ZEV 2020, 356, 357; Siebert, NJW 2020, 2934 Rn. 67).

11            b) Die letztgenannte Ansicht trifft zu. Die Vergütung des Nachlasspflegers richtet sich nach § 1915 Abs. 1 Satz 2 BGB, soweit der Nachlass zur Deckung der Vergütung ausreicht. Allein der vom Nachlass nicht gedeckte Teil der Vergütung ist nach den Sätzen für unbemittelte Nachlässe zu bemessen.

12            aa) Mittellos ist ein Nachlass erst dann, wenn keine Mittel für die Vergütung mehr vorhanden sind. Er gilt nicht gemäß § 1836d Nr. 1 BGB bereits insgesamt als mittellos, wenn die Vergütung oder der Aufwendungsersatz nur zum Teil daraus aufgebracht werden können. Entgegen

der Ansicht des Beschwerdegerichts ist der für die Vormundschaft geltende § 1836d Nr. 1 BGB auf die Frage, ob der Nachlass im Sinne von § 1915 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB mittellos ist, nicht anzuwenden.

13           bb) Gemäß § 1915 Abs. 1 Satz 1 BGB finden die für die Vormundschaft geltenden Vorschriften auf die Pflegschaft entsprechende Anwendung, soweit sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Die Unanwendbarkeit auf die Pflegschaft kann sich nicht nur unmittelbar aus dem Wortlaut einer Regelung, sondern auch aus dem Charakter der in Frage stehenden Art der Pflegschaft (vgl. Staudinger/Bienwald, BGB (2017) § 1915 Rn. 5; siehe auch OLG Frankfurt FamRZ 2017, 1881 [juris Rn. 19]; OLG Saarbrücken NJW-RR 2015, 844 Rn. 9) sowie aus Sinn und Zweck der einzelnen Vorschriften ergeben (vgl. Erman/Roth, BGB 16. Aufl. § 1915 Rn. 2a). Das ist hier der Fall.

14           (1) § 1836d BGB steht in systematischem Zusammenhang mit § 1836c BGB, der den Umfang regelt, in dem der Mündel eigene Mittel zur Deckung der Vergütung des Vormunds einzusetzen hat. Die §§ 1836c bis 1836e BGB sind im Zusammenhang zu sehen; diese Vorschriften sollten erstmals das Maß bestimmen, in dem der Mündel für die Kosten der Vormundschaft in Anspruch genommen werden kann und definierten in diesem Zusammenhang den Begriff der Mittellosigkeit (vgl. BT-Drucks. 13/7158 S. 29). "Mittellosigkeit" im Sinne von § 1836d BGB ist daher dahin zu verstehen, dass es dem Mündel oder dem Betreuten (§ 1908i Abs. 1 Satz 1 BGB) sozialrechtlich nicht zugemutet werden soll, für die Kosten der Vormundschaft oder Betreuung aufzukommen, wenn dadurch seine eigene angemessene Lebensgestaltung in Frage gestellt würde; deshalb hat der Staat im Falle der Mittellosigkeit in die Haftung einzutreten, § 1835 Abs. 4 Satz 1, § 1836a BGB a.F. und § 1 Abs. 2 Satz 2 VBVG (vgl. BGH,

Beschluss vom 25. Januar 2012 - XII ZB 461/11, FamRZ 2012, 627 Rn. 17, zur Betreuung).

15            Diese Erwägungen zur Schonung des Vermögens und der finanziellen Leistungsfähigkeit einer Person können nicht auf einen Nachlass übertragen werden (vgl. Sonnenberg in Siebert, Nachlasspflegschaft 6. Aufl. Kap. 9 Rn. 1017). Beim Nachlass gibt es, anders als beim Mündel, kein Schonvermögen, sondern er ist vollständig für die Vergütung des Nachlasspflegers einzusetzen und kann dadurch restlos aufgezehrt werden (vgl. OLG Düsseldorf FamRZ 2020, 873, 874 [juris Rn. 19]; OLG München Rpfleger 2006, 405 unter 2 d [juris Rn. 19]; MünchKomm-BGB/Leipold, 8. Aufl. § 1960 Rn. 85; Sonnenberg in Siebert, Nachlasspflegschaft 6. Aufl. Kap. 9 Rn. 1018).

16            (2) Auch der Zweck des § 1836d BGB spricht gegen dessen Anwendung auf den Begriff der Mittellosigkeit in § 1915 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB. § 1836d BGB regelt eine "fiktive Mittellosigkeit" (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Januar 2013 - XII ZB 478/11, FamRZ 2013, 440 Rn. 10, zur Betreuung), bei der ein Betroffener immer dann als mittellos gilt, wenn er die dem Vormund oder Betreuer zu zahlende Vergütung nicht in einem Betrag begleichen kann (BT-Drucks. 13/7158 S. 17). Mit § 1836d BGB soll der Begriff der Mittellosigkeit definiert werden, der in den Vorschriften, die den Vergütungs- oder Aufwendungsersatzanspruch gegen die Staatskasse - jetzt § 1 Abs. 2 Satz 2 VBVG - regeln, in Bezug genommen wird (vgl. BT-Drucks 13/7158 S. 31). Die Regelung hat den Zweck, dass der Vormund oder Betreuer bei teilweiser Leistungsfähigkeit nicht darauf verwiesen wird, seinen Vergütungsanspruch - mit im Einzelnen ungewissen Erfolgsaussichten - teilweise gegen den Betroffenen und teilweise gegen die Staatskasse geltend zu machen; er kann vielmehr für den gesamten

Vergütungsanspruch die Staatskasse in Anspruch nehmen, wenn das einzusetzende Einkommen oder Vermögen des Mündels oder Betreuten zur Befriedigung des gesamten Anspruchs nicht ausreicht (vgl. BT-Drucks. 13/7158 S. 17).

17 Eine Beschränkung der Höhe einer Vergütung, die nicht gegen die Staatskasse, sondern gegen den noch bemittelten Nachlass geltend gemacht wird, wird von dieser Zwecksetzung nicht erfasst. Die im Interesse des Vormunds geschaffene Regelung des § 1836d BGB wirkte sich andernfalls zweckwidrig zum Nachteil des Nachlasspflegers aus (vgl. auch OLG Hamburg NJW-RR 2020, 520 Rn. 16).

18 (3) Dies entspricht auch der Entstehungsgeschichte von § 1915 Abs. 1 Satz 2 BGB. Die zum 1. Juli 2005 eingeführte Vorschrift übernahm die Regelung zur Vergütung des Pflegers nach den nutzbaren Fachkenntnissen sowie dem Umfang und der Schwierigkeit der Pflegschaft aus § 1836 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. und ergänzte sie durch die Einschränkung, dass diese von § 3 VBVG abweichende Vergütung nicht für den mittellosen Pflegling gilt. Aus der Begründung der Vorschrift, die erst auf Empfehlung des Rechtsausschusses in den Gesetzentwurf kam, geht jedoch nicht hervor, dass diese Mittellosigkeit auch unter denselben Voraussetzungen fingiert werden kann, die - wie oben dargelegt - einen Vergütungsanspruch gegen die Staatskasse begründen. Vielmehr heißt es dort, dass § 3 Abs. 1 VBVG anzuwenden ist, "soweit" ein Nachlass masselos ist (BT-Drucks. 15/4874 S. 27), d.h. in dem Maße, wie es ihm an Mitteln fehlt. Das entspricht der Annahme eines bemittelten Nachlasses bis zu seiner Erschöpfung.

- 19 (4) Die Anwendung von § 1836d BGB auf die Nachlasspflegschaft kann auch nicht mit dem nach Ansicht des Beschwerdegerichts erwünschten Ergebnis begründet werden, der Nachlasspfleger, der eine Reduzierung seiner Vergütungshöhe vermeiden will, werde so zur umgehenden Abrechnung veranlasst, sobald die Erschöpfung des Nachlasses bevorsteht; dadurch könne die dann regelmäßig gebotene Aufhebung der Nachlasspflegschaft (vgl. BeckOGK/Heinemann, BGB § 1960 Rn. 166 [Stand: 15. April 2021]) beschleunigt und so weitere Kosten vermieden werden. Diesem Zweck dient vielmehr die Ausschlussfrist für die Geltendmachung der Vergütungsansprüche in § 2 Satz 1 VBVG. Sie soll den Vormund zur zügigen Geltendmachung seiner Ansprüche anhalten, um zu verhindern, dass Ansprüche in einer Höhe auflaufen, welche die Leistungsfähigkeit des Mündels überfordert, seine Mittellosigkeit begründet und damit eine Eintrittspflicht der Staatskasse auslöst, die bei einer rechtzeitigen Inanspruchnahme nicht begründet gewesen wäre (vgl. BT-Drucks. 13/7158 S. 27 zur Vorgängerregelung in § 1836 Abs. 2 Satz 4 BGB; Senatsbeschluss vom 14. März 2018 - IV ZB 16/17, NJW 2018, 2960 Rn. 14).
- 20 Eine darüberhinausgehende Notwendigkeit zur Abrechnung in einem noch kürzeren Zeitraum, um eine spätere Festsetzung der Gesamtvergütung zu einem niedrigeren Stundensatz zu vermeiden, widerspräche der in § 2 VBVG getroffenen Regelung. Die dort vorgesehene Regelfrist von 15 Monaten soll vielmehr dem Vormund eine rationelle Abrechnungspraxis ermöglichen und damit ggf. auch dem Gericht den mit zu häufigen Abrechnungen verbundenen höheren Arbeitsaufwand ersparen (vgl. BT-Drucks. 13/7158 S. 22).
- 21 (5) Bei einem teilmittellosen Nachlass ist auch nicht deswegen die gesamte Vergütung zu den - regelmäßig niedrigeren - Stundensätzen des § 3 Abs. 1 VBVG gegen die Staatskasse festzusetzen, um dieser eine

möglichst weitgehende Erfüllung ihres Regressanspruchs nach § 1836e BGB aus dem noch vorhandenen Nachlass zu ermöglichen und so ihre Belastung im Ergebnis zu senken (vgl. Erman/Posselt, BGB 16. Aufl. § 3 VBVG Rn. 14). Es gibt im Gesetz keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Regressanspruch der Staatskasse in dieser Weise auf Kosten des Nachlasspflegers geschützt werden sollte. Vielmehr sollte insbesondere für den Nachlasspfleger durch die Regelung in § 1915 Abs. 1 Satz 2 BGB, die dem Pfleger eine von § 3 Abs. 1 VBVG abweichende, in der Regel höhere Vergütung gewährt, eine unangemessen niedrige Vergütung verhindert werden (vgl. BT-Drucks. 15/4874 S. 27).

- 22           (6) Entgegen der Darstellung des Beschwerdegerichts hat der Bundesgerichtshof nicht für die Vergütung des Nachlasspflegers oder in einer vergleichbaren Fallkonstellation entschieden, dass die Aufteilung eines Abrechnungszeitraums in einen Zeitraum der Bemitteltheit und einen Zeitraum der Mittellosigkeit nicht in Betracht komme. Er hat vielmehr für die Betreuervergütung ausgesprochen, dass eine quotale Aufteilung eines Abrechnungsmonats in einen Zeitraum der Bemitteltheit und einen Zeitraum der Mittellosigkeit ausgeschlossen sei (vgl. BGH, Beschluss vom 15. Dezember 2010 - XII ZB 170/08, FamRZ 2011, 368 Rn. 10). Diese Entscheidung zur Vergütung des Betreuers, die gemäß § 5 VBVG in der bis zum 26. Juli 2019 geltenden Fassung nach einem pauschalierten monatlichen Stundenansatz festgesetzt wurde (vgl. BGH aaO Rn. 9), ist jedoch auf die Vergütung des Nachlasspflegers, die mit der Ausführung der jeweiligen Amtstätigkeit entsteht (vgl. OLG Stuttgart FamRZ 2018, 536 [juris Rn. 11]; OLG Düsseldorf FamRZ 2011, 141 unter II 2 [juris Rn. 11]) und für die gesetzlich kein bestimmter Abrechnungszeitraum vorgegeben ist (vgl. MünchKomm-BGB/Fröschle, 8. Aufl. § 3 VBVG Rn. 10 f.), nicht übertragbar.

23

III. Da sich das Beschwerdegericht - aus seiner Sicht konsequent - noch nicht mit der im Ermessen des Tatrichters stehenden Höhe der Vergütung (vgl. OLG Schleswig FamRZ 2012, 1903 [juris Rn. 17]; OLG Brandenburg FamRZ 2011, 926 [juris Rn. 14]), soweit sie sich nach § 1915 Abs. 1 Satz 2 BGB bemisst, befasst hat, ist die Sache zur erneuten Prüfung und Entscheidung an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen (§ 74 Abs. 6 Satz 2 FamFG).

Mayen

Felsch

Harsdorf-Gebhardt

Dr. Bußmann

Dr. Bommel

Vorinstanzen:

AG Göttingen, Entscheidung vom 19.12.2018 - 9 VI 639/18 -

OLG Braunschweig, Entscheidung vom 28.10.2020 - 3 W 24/20 -