



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

XII ZB 67/20

vom

3. Februar 2021

in der Betreuungssache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 1897 Abs. 1, 5, 6

Zur Auswahl eines Berufsbetreuers anstelle eines Angehörigen und von diesem hilfsweise benannter ehrenamtlicher Personen.

BGH, Beschluss vom 3. Februar 2021 - XII ZB 67/20 - LG Düsseldorf  
AG Düsseldorf

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 3. Februar 2021 durch den Vorsitzenden Richter Dose und die Richter Prof. Dr. Klinkhammer, Dr. Nedden-Boeger, Dr. Botur und Guhling

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des weiteren Beteiligten zu 2 wird der Beschluss der 25. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 7. Januar 2020 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Behandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an das Landgericht zurückverwiesen.

Wert: 5.000 €

#### Gründe:

##### I.

- 1 Die 1931 geborene Betroffene leidet an einer schweren Demenz. Zudem hat sich bei ihr ein Anfallsleiden entwickelt. Seit August 2010 ist sie vollstationär in einem Pflegeheim aufgenommen und seit 2015 bettlägerig. Eine Kommunikation mit ihr ist nach den Feststellungen des Landgerichts nicht möglich.
- 2 Der 1926 geborene Ehemann der Betroffenen (im Folgenden: Erblasser) verstarb im Oktober 2017. Die Ehegatten hatten durch gemeinschaftliches Testament aus dem Jahr 1964 sich gegenseitig als befreite Vorerben und die Abkömmlinge als Nacherben eingesetzt. Aus der Ehe sind der 1965 geborene

Sohn (Beteiligter zu 2, Rechtsbeschwerdeführer) und die 1968 geborene Tochter (Beteiligte zu 1) hervorgegangen.

- 3 In der Vergangenheit übertrugen der Erblasser und die Betroffene umfangreich Immobilien auf die Beteiligten zu 1 und 2, wobei sie sich teils Nießbrauchsrechte vorbehielten. Im Februar 2017 erteilte der Erblasser dem Beteiligten zu 2 eine notarielle General- und Vorsorgevollmacht, die auch über den Tod des Erblassers hinaus gelten sollte.
- 4 Die Betroffene ist seit dem Tod des Erblassers Alleingesellschafterin der Dr. S. Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungs-GmbH. Der Beteiligte zu 2 ist deren alleiniger Geschäftsführer.
- 5 Auf Anregung der Beteiligten zu 1 hat das Amtsgericht das vorliegende Betreuungsverfahren eingeleitet und nach Anhörung der Betroffenen und Einholung eines Sachverständigengutachtens die Beteiligte zu 3, eine Rechtsanwältin, zur Betreuerin bezüglich der Vermögensangelegenheiten und insoweit einen Berufsbetreuer (Beteiligter zu 5) zum Ersatzbetreuer bestellt. Mit einem weiteren Beschluss, der nicht Gegenstand des Rechtsbeschwerdeverfahrens ist, hat das Amtsgericht die Beteiligten zu 1 und 2 zu Betreuern in anderen Angelegenheiten bestellt.
- 6 Das Landgericht hat die gegen die Betreuerauswahl für die Vermögensangelegenheiten gerichtete Beschwerde des Beteiligten zu 2 zurückgewiesen. Mit der Rechtsbeschwerde verfolgt dieser das Ziel, ihn auch als Betreuer für die Vermögenssorge zu bestellen, hilfsweise insoweit eine ehrenamtliche Betreuung durch eine von ihm benannte Person anzuordnen.

II.

7 Die Rechtsbeschwerde führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht.

8 1. Nach Auffassung des Landgerichts steht die dem Beteiligten zu 2 erteilte Vollmacht der Erforderlichkeit der Betreuung nicht entgegen, weil die Betroffene weder dem Erblasser noch einem ihrer Kinder eine Vollmacht erteilt habe. Der Beteiligte zu 2 sei zwar für die Betroffene tätig geworden und habe die Heimkosten sowie andere Verbindlichkeiten beglichen sowie ihre Einkünfte vereinnahmt. Die finanzielle Situation der Betroffenen sei aber unreguliert geblieben, weil nach Angaben des Beteiligten zu 2 keine auf ihren Namen laufenden Konten existierten und somit ihr Vermögen nicht erkennbar sei. Es sei zu vermuten, dass der Beteiligte zu 2 auch zwei Jahre nach dem Tod des Erblassers aufgrund der von diesem erteilten Vollmacht handeln können.

9 Im Hinblick auf den weitreichenden Grundbesitz, der im Eigentum der Betroffenen stehe oder an dem sie ein Nießbrauchsrecht habe, sei eine exakte Trennung des Vermögens der Betroffenen von dem der Abkömmlinge erforderlich. Des Weiteren erfordere die Gesellschafterstellung der Betroffenen eine rechtlich wirksame Vertretung. Eine Kontrolle der Geschäftsführertätigkeit des Beteiligten zu 2 sei ihr krankheitsbedingt nicht möglich.

10 Der Beteiligte zu 2 habe sich durch sein Vorgehen seit dem Tod des Erblassers als ungeeignet erwiesen. Er habe nicht die im Interesse und zum Wohl der Betroffenen erforderlichen Angelegenheiten in Angriff genommen, sondern aufgrund der Vollmacht des Erblassers gehandelt. Hätte er die Absicht gehabt, die rechtlichen und finanziellen Angelegenheiten für die Betroffene zu regeln, hätte er selbst zeitnah nach dem Tod des Erblassers eine Betreuung für seine Mutter „beantragen“ müssen.

11            Bezüglich der vom Beteiligten zu 2 hilfsweise vorgeschlagenen weiteren Personen sei nicht zu erkennen, dass die Betroffene gute und tragfähige Bindungen zu diesen aufgebaut habe, sodass nicht angenommen werden könne, sie hätte diese als Betreuer eingesetzt. Es bestehe keine zwingende Notwendigkeit zu einer anderweitigen Übertragung der Vermögenssorge hinsichtlich des Gesellschaftsanteils. Sollte die bestellte Betreuerin insoweit eine separate Betreuung beantragen, sei die Bestellung des Herrn V. zu erwägen, der mit dem Erblasser und der Betroffenen in Freundschaft verbunden gewesen sein solle. Ob später - insbesondere nach Trennung der Vermögen - die Vermögenssorge einem der Kinder oder anderen der Betroffenen nahestehenden Personen übertragen werden könne, stehe gegenwärtig nicht zur Entscheidung an.

12            2. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

13            a) Die Voraussetzungen für die Anordnung einer rechtlichen Betreuung bezüglich der Vermögenssorge gemäß § 1896 BGB sind von den Vorinstanzen verfahrensfehlerfrei festgestellt worden und werden von der Rechtsbeschwerde nicht in Zweifel gezogen.

14            Insbesondere schließt die vom Erblasser erteilte und nach seinem Tod fortbestehende (transmortale) Vollmacht die Notwendigkeit einer Betreuung nicht aus. Zwar ermächtigt die Vollmacht den Beteiligten zu 2, für die Betroffene als Erbin zu handeln. Unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB beschränkt sich diese Befugnis aber auf den Nachlass nach dem Tod des Erblassers (vgl. BGH Urteil vom 17. März 1989 - V ZR 233/87 - NJW-RR 1989, 1099, 1100; RGZ 106, 185, 187; Bayer ZfPW 2020, 385, 389 mwN). Da sie aber nicht zur Vornahme von Rechtsgeschäften über

das weitere Vermögen der Betroffenen ermächtigt, kann sie die rechtliche Betreuung nicht entbehrlich machen.

15           b) Die Nichtbestellung des Beteiligten zu 2 zum Betreuer für die Vermögenssorge ist nicht zu beanstanden.

16           aa) Nach § 1897 Abs. 1 BGB muss die Person des Betreuers geeignet sein, in dem gerichtlich bestimmten Aufgabenkreis die Angelegenheiten des Betreuten rechtlich zu besorgen und ihn in dem hierfür erforderlichen Umfang persönlich zu betreuen.

17           Bei einem - wie hier - fehlenden Betreuerwunsch des Betroffenen ist bei der Auswahl des Betreuers gemäß § 1897 Abs. 5 BGB auf die verwandtschaftlichen und sonstigen persönlichen Bindungen des Volljährigen, insbesondere auf die Bindungen zu Eltern, zu Kindern, zum Ehegatten und zum Lebenspartner, sowie auf die Gefahr von Interessenkonflikten Rücksicht zu nehmen (Senatsbeschlüsse vom 6. Februar 2019 - XII ZB 405/18 - FamRZ 2019, 639 Rn. 16 und vom 8. November 2017 - XII ZB 90/17 - FamRZ 2018, 206 Rn. 21).

18           Die vom Tatrichter vorgenommene Beurteilung der Eignung einer Person als Betreuer kann gemäß § 72 Abs. 1 Satz 1 FamFG im Rechtsbeschwerdeverfahren nur auf Rechtsfehler überprüft werden. Sie ist rechtlich fehlerhaft, wenn der Tatrichter den unbestimmten Rechtsbegriff der Eignung verkennt, relevante Umstände in unvertretbarer Weise bewertet oder bei der Subsumtion wesentliche Umstände unberücksichtigt lässt (Senatsbeschlüsse vom 20. März 2019 - XII ZB 334/18 - FamRZ 2019, 1004 Rn. 11 und vom 8. November 2017 - XII ZB 90/17 - FamRZ 2018, 206 Rn. 13 mwN).

19           bb) Das Landgericht ist aufgrund der von ihm getroffenen Feststellungen zu Recht davon ausgegangen, dass der Beteiligte zu 2 derzeit für die Wahrnehmung der Betreuung nicht hinreichend geeignet ist.

20           (1) Die Beurteilung, ob eine bestimmte Person als Betreuer eines konkreten Betroffenen geeignet ist, erfordert die Prognose, ob der potentielle Betreuer voraussichtlich die sich aus der Betreuungsführung und den damit verbundenen Pflichten im Sinne des § 1901 BGB ergebenden Anforderungen erfüllen kann. Diese Prognose muss sich jeweils auf die aus der konkreten Betreuung erwachsenden Aufgaben beziehen und zu der Einschätzung führen, dass die als Betreuer in Aussicht genommene Person das Amt zum Wohl des Betroffenen (§ 1901 Abs. 2 BGB) führen wird (Senatsbeschlüsse vom 8. November 2017 - XII ZB 90/17 - FamRZ 2018, 206 Rn. 12 und vom 30. September 2015 - XII ZB 53/15 - FamRZ 2015, 2165 Rn. 16). Für diese Prognoseentscheidung muss sich das Gericht naturgemäß auf Erkenntnisse stützen, die in der - näheren oder auch weiter zurückliegenden - Vergangenheit wurzeln. Soweit es um die Eignung der vorgeschlagenen Person geht, müssen diese Erkenntnisse geeignet sein, einen das Wohl des Betroffenen gefährdenden Eignungsmangel auch für die Zukunft und bezogen auf den von der Betreuung umfassten Aufgabenkreis zu begründen (Senatsbeschlüsse vom 20. März 2019 - XII ZB 334/18 - FamRZ 2019, 1004 Rn. 10; vgl. auch Senatsbeschluss vom 30. September 2015 - XII ZB 53/15 - FamRZ 2015, 2165 Rn. 17).

21           (2) Nach diesen Maßstäben ist die in tatrichterlicher Verantwortung getroffene Beurteilung der Vorinstanzen rechtsbeschwerderechtlich nicht zu beanstanden.

22           Nach den beanstandungsfrei getroffenen Feststellungen würde der Beteiligte zu 2 als Betreuer seiner Mutter insbesondere in Interessenkonflikte gera-

ten, die ihn derzeit für das Amt des Betreuers als nicht geeignet erscheinen lassen.

23 Die Vorinstanzen haben zu Recht darauf hingewiesen, dass bei den Immobilien, die im Miteigentum der Beteiligten zu 1 und 2 stehen und mit einem Nießbrauch zugunsten der Betroffenen belastet sind, Entscheidungsbedarf etwa für die Vermietung eines leerstehenden Objekts besteht, vor allem aber die Vereinnahmung der Mieteingänge durch die Betroffene sicherzustellen ist. Letzteres erscheint bei der bisherigen Art und Weise der Handhabung durch den Beteiligten zu 2 nicht hinreichend gewährleistet. Der Nachlass, auf den sich die dem Beteiligten zu 2 erteilte Vollmacht bezieht, ist dabei nicht vom sonstigen Vermögen der Betroffenen getrennt, hinsichtlich dessen der Beteiligte zu 2 keine Vertretungsmacht für die Betroffene innehat.

24 Ins Gewicht fällt darüber hinaus der aus der Stellung des Beteiligten zu 2 als alleiniger Geschäftsführer der Dr. S. Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungs-GmbH gegenüber der Betroffenen als deren alleiniger Gesellschafterin resultierende erhebliche Interessenkonflikt, welcher von der Rechtsbeschwerde für sich genommen nicht in Zweifel gezogen wird. Die Vorinstanzen haben zutreffend darauf hingewiesen, dass der Betroffenen die Kontrolle der Geschäftsführertätigkeit des Beteiligten zu 2 krankheitsbedingt nicht möglich ist und diese demzufolge von einem Betreuer wahrgenommen werden muss. Eine Beeinträchtigung des Vermögens der Betroffenen droht zusätzlich, zumal diese - wie von der Rechtsbeschwerde in anderem Zusammenhang angeführt - keine Berufsangehörige ist und deswegen aus der Gesellschaft ausscheiden muss (vgl. § 34 Abs. 1 Nr. 2 WPO). Hierfür ist die Übertragung des Geschäftsanteils bzw. der Geschäftsanteile (§ 15 GmbHG) und mithin des gesamten Unternehmens auf einen Berufsangehörigen erforderlich (vgl. Henssler/Strohn/Verse Gesellschaftsrecht 4. Aufl. § 15 GmbHG Rn. 10, 21 ff.), was schon hinsichtlich der



Bewertung des Unternehmens mit erheblichen Schwierigkeiten und Risiken für das Vermögen der Betroffenen verbunden ist.

25 Dass das Landgericht den Beteiligten zu 2 vor diesem Hintergrund jedenfalls derzeit als nicht hinreichend geeignet angesehen hat, liegt im Rahmen zulässiger tatrichterlicher Würdigung und lässt Rechtsfehler nicht erkennen. Der Beteiligte zu 2 hatte auch zwei Jahre nach dem Tod des Erblassers die im Interesse der Betroffenen erforderliche Kennzeichnung ihrer Vermögensinhaberschaft sowie eine Trennung der verschiedenen Vermögensmassen noch nicht herbeigeführt. Dass der Erblasser und die Betroffene in der Vergangenheit ebenfalls so verfahren waren, beruhte dagegen offensichtlich auf einem diesbezüglichen Einvernehmen der Ehegatten. Auf eine entsprechende Befugnis kann sich der Beteiligte zu 2 nach dem Tod des Erblassers indes nicht berufen, weil die transmortale Vollmacht nach dem Tod des Vollmachtgebers nur die Befugnis zur Vertretung der Betroffenen als dessen Erbin und beschränkt auf den Nachlass verleiht.

26 Zwar traf den Beteiligten zu 2 abgesehen von dem der Vollmacht zugrunde liegenden Rechtsverhältnis keine vertragliche Rechtspflicht zur Wahrung der Vermögensinteressen der Betroffenen. Da er sich aber neben der von ihm nicht transparent geführten Vermögensverwaltung hinsichtlich der effektiven Wahrnehmung der Gesellschafterrechte als Betreuer in einem erheblichen Interessenkonflikt befinden würde, haben die Vorinstanzen - übereinstimmend mit dem bestellten Verfahrenspfleger - rechtsfehlerfrei eine hinreichende Eignung des Beteiligten zu 2 für das Betreueramt verneint. Dass die Betroffene, wie der Beteiligte zu 2 in der Beschwerdeinstanz vorgebracht hat, hinsichtlich der Unterbringung und Betreuung persönlich gut versorgt ist, genügt zur Wahrung ihrer Vermögensinteressen nicht.

- 27            Aus den vorgenannten Gründen kommt auch eine gegenständliche Beschränkung der Berufsbetreuung auf den nachlassfreien Teil des Vermögens der Betroffenen nach § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB („soweit“) nicht in Betracht. Denn das Wohl der Betroffenen wird wegen des Interessenkonflikts auch bei gesonderter Betrachtung des Nachlasses durch die bestehende Vollmacht nicht hinreichend gewahrt. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde musste das Landgericht auch einer möglichen Betreuerbestellung des Beteiligten zu 2 mit gleichzeitiger Anordnung einer Gegenbetreuung nicht den Vorzug geben, weil eine solche zur Beseitigung des erheblichen Interessenkonflikts ersichtlich nicht ausreicht.
- 28            c) Der Bestellung eines Berufsbetreuers steht allerdings entgegen, dass aufgrund der von den Vorinstanzen getroffenen Feststellungen nicht ausgeschlossen ist, dass ein geeigneter ehrenamtlicher Betreuer zur Verfügung steht, dessen Bestellung der eines Berufsbetreuers vorzuziehen wäre. Nach § 1897 Abs. 6 Satz 1 BGB soll ein Berufsbetreuer nur dann zum Betreuer bestellt werden, wenn keine andere geeignete Person zur Verfügung steht, die zur ehrenamtlichen Führung der Betreuung bereit ist.
- 29            Der Beteiligte zu 2 hat mehrere Personen benannt, die zur ehrenamtlichen Führung der Betreuung bereit sein sollen. Dass diese, worauf das Amtsgericht im Wesentlichen abgestellt hat, nach den Schilderungen des Beteiligten zu 2 eng mit der Familie verbunden seien und die Wahrnehmung der Rechte der Betroffenen auch zu familiär unliebsamen Entscheidungen führen könne, schließt eine Eignung der benannten Personen noch nicht aus. Auch dass nach Auffassung des Landgerichts nicht ersichtlich ist, ob die Betroffene bereits gute und tragfähige Bindungen zu den benannten Personen aufgebaut habe, steht deren Eignung nicht entgegen.

30           3. Der angefochtene Beschluss ist demnach aufzuheben, weil es weiterer Feststellungen zur Eignung der als ehrenamtliche Betreuer vorgeschlagenen Personen bedarf und zu deren Bereitschaft, die Betreuung zu übernehmen. Hierzu dürfte neben deren persönlicher Anhörung auch eine (weitere) Stellungnahme der Beteiligten zu 1 zweckdienlich sein.

31           Der Senat weist schließlich darauf hin, dass sich die Auswahl des Betreuers entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde nicht auf einen Berufsträger im Sinne der Wirtschaftsprüferordnung beschränkt. Die hierfür angeführte Vorschrift des § 20 Abs. 6 Satz 2 WPO betrifft nur die Betreuerauswahl für einen Berufsangehörigen. Für eine analoge Anwendung auf Gesellschafter einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, die nicht Berufsangehörige sind, bietet die Vorschrift schon deshalb keine Grundlage, weil sie nur für das (Verwaltungs-) Verfahren betreffend Widerruf und Rücknahme der Bestellung zum Wirtschaftsprüfer gilt, um die es im vorliegenden Fall nicht geht. Vielmehr ist der

vorliegende Fall einer nicht berufsangehörigen Gesellschafterin - wie ausgeführt  
- an anderer Stelle in § 34 Abs. 1 Nr. 2 WPO ersichtlich abschließend geregelt  
und enthält hinsichtlich der Betreuerauswahl keine berufsrechtlichen Vorgaben.

Dose

Klinkhammer

Nedden-Boeger

Botur

Guhling

Vorinstanzen:

AG Düsseldorf, Entscheidung vom 22.08.2019 - 99 XVII 254/18 Sch -

LG Düsseldorf, Entscheidung vom 07.01.2020 - 25 T 683/19, 25 T 691/19 -