

BGH: Kein genereller Interessengegensatz zwischen dem elterlichen Sorgerecht und einer Testamentsvollstreckung über den Nachlass

BGB §§ [181](#), [1629 II](#), [1638 III](#), [1640](#), [1643](#), [1795](#), [1796](#), [1909 I](#), [2215](#), [2216](#), [2218](#), [2227](#)

1. Ist der Vater eines minderjährigen Erben zum (Verwaltungs-)Testamentsvollstrecker bestellt worden, so kommt die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft zur Wahrnehmung der Rechte des Erben aus den in den Nachlass fallenden Gesellschaftsanteilen auch dann nicht in Betracht, wenn der Vater Mitgesellschafter und die Mutter von der Vertretung des Kindes für das ererbte Vermögen ausgeschlossen ist; denn die mit einer solchen Pflegschaft einhergehende Beschränkung der gesetzlichen Vertretungsmacht des Vaters ändert an dessen Verwaltungsbefugnissen als Testamentsvollstrecker nichts.

2. Ob in einem solchen Fall eine Ergänzungspflegschaft zur Wahrnehmung der Rechte des Minderjährigen gegenüber dem Vater als Testamentsvollstrecker angeordnet werden muss, ist - im Rahmen der tatrichterlichen Verantwortung - im Einzelfall zu entscheiden. Ein "typischer" Interessengegensatz wird zwar im Regelfall die Annahme rechtfertigen, dass es auch im zu entscheidenden Einzelfall zu Konfliktsituationen kommen kann, denen durch die Bestellung eines Pflegers rechtzeitig vorgebeugt werden sollte. Anderes kann sich jedoch dann ergeben, wenn aufgrund der bisherigen Erfahrungen und des engen persönlichen Verhältnisses zwischen Vater und Kind keinerlei Anlass zu der Annahme besteht, der Vater werde unbeschadet seiner eigenen Interessen die Belange des Kindes nicht in gebotenem Maße wahren und fördern. (Leitsätze des Gerichts)

Siehe bereits die Anmerkung zur Entscheidung der Vorinstanz (OLG Zweibrücken - 5 UF 190/06, BeckRS 2007, [819](#); Anmerkung von Litzenburger, FD-ErbR 2007, [213012](#)).

BGH, Beschluss vom 05.03.2008 - XII ZB 2/07 (OLG Zweibrücken); BeckRS 2008, [08468](#)

- Anmerkung von Dr. Wolfgang Litzenburger, Notar in Mainz -

Sachverhalt

Der Großvater hatte seinen minderjährigen Enkeln in einem notariellen Testament zum alleinigen Erben eingesetzt, dessen Mutter von der Verwaltung des ererbten Vermögens ausgeschlossen und Testamentsvollstreckung zum Vollzug zahlreicher Vermächtnisse und Auflagen angeordnet. Zum Testamentsvollstrecker hatte er den Vater seines Enkels bestimmt. Die Eltern des Enkels sind geschieden. Zum Nachlass gehören Gesellschaftsanteile an einer GmbH & Co KG, an der auch der Vater und Testamentsvollstrecker als Gesellschafter-Geschäftsführer beteiligt ist. Auf Antrag der Mutter hat der Rechtspfleger des Familiengerichts Ergänzungspflegschaft mit dem Aufgabenkreis

«Wahrnehmung der Rechte gegenüber dem Testamentsvollstrecker» und «Wahrnehmung der Rechte aus denen Gesellschaftsbeteiligung des Minderjährigen» angeordnet.

Diese Entscheidung wurde vom OLG Zweibrücken (5 UF 190/06, BeckRS 2007, [819](#); Anmerkung von Litzemberger, FD-ErbR 2007, [213012](#)) aufgehoben. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Mutter.

Rechtliche Wertung

Die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft setzt gemäß § [1909 I](#) 1 BGB eine Verhinderung der Eltern an der Ausübung ihres Sorgerechts voraus. Der Ausschluss der Ex-Schwiegertochter von der Nachlassverwaltung für das Kind, hindert sie zwar an der Vertretung, führt aber gemäß § [1638 III](#) BGB zum alleinigen Verwaltungsrecht des Vaters (Sohn des Erblassers). Daran schließt sich die alles entscheidende Frage an, ob der Umstand, dass der Vater zugleich Testamentsvollstrecker über den Nachlass ist, zu einer Interessenkollision führt, die auch ihn an der Ausübung der Vermögenssorge in Bezug auf den Nachlass hindert.

Nach § [1629 II](#) BGB können die Eltern nämlich ihr minderjähriges Kind nicht vertreten, soweit gemäß § [1795](#) BGB ein Vormund von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen wäre. Dies ist bei Interessenkollisionen im Sinne des § [181](#) BGB der Fall.

Darüber hinaus kann das Vormundschaftsgericht Eltern nach § [1796](#) BGB das Vertretungsrecht entziehen, wenn dabei deren Interessen mit denen des Minderjährigen erheblich kollidieren. Die Antwort auf diese Frage ist zwischen den Oberlandesgerichten umstritten. Während die Oberlandesgerichte Nürnberg (Beschluss vom 29.06.2001 - 11 UF 1441/01, ZEV 2002, [158](#) mit ablehnender Anmerkung *Schlüter*) und Hamm (Beschluss vom 13.01.1993 - 15 W 216/92, MittBayNot 1994, [53](#) mit ablehnender Anmerkung *Reimann*) sowie das BayObLG (Beschluss vom 13.07.1977 - BReg 3 Z 40/76, Rpfleger 1977, [440](#)) in derartigen Fallgestaltungen die Bestellung eines Ergänzungspflegers für erforderlich halten, hat das OLG Zweibrücken in der mit der weiteren Beschwerde angegriffenen Entscheidung die Pflegerbestellung abgelehnt.

Das OLG Zweibrücken sah in dem Nebeneinander von elterlichem Sorgerecht und Ausübung einer (Verwaltungs-)Testamentsvollstreckung im konkreten Fall keinen ausreichenden Grund für einen Ausschluss des Vaters vom gesetzlichen Vertretungsrecht gemäß § [1629 II](#) BGB.

Dieser Argumentation hat sich der Senat mit dieser Entscheidung angeschlossen und die weitere Beschwerde der Mutter zurückgewiesen. Die Begründung gliedert sich in 3 Teile:

1. Interessengegensatz zwischen elterlicher Sorge und Testamentsvollstreckung

Die gleichzeitige Ausübung der elterlichen Sorge und des Testamentsvollstreckeramtes begründet nach Ansicht des Senats keine Interessenkollision im Sinne des § [181](#) BGB. Diese Norm setze nämlich voraus, dass ein gesetzlicher Vertreter im Namen des Vertretenen Geschäfte mit sich selbst vornehme, die nicht allein der Erfüllung einer Verbindlichkeit dienen. Solche Geschäfte nehme der Testamentsvollstrecker aber weder notwendig noch regelmäßig für den Nachlass vor. Der Vater habe als Testamentsvollstrecker lediglich den Nachlass abzuwickeln, also insbesondere Nachlass- und Erblasserschulden zu erfüllen, und ihn bis zum 35. Lebensjahr des Erben zu verwalten. Weder die Regulierung der Nachlassverbindlichkeiten noch die Verwaltung des Nachlasses erforderten notwendig und vorhersehbar Rechtsgeschäfte des Testamentsvollstreckers mit dem Erben.

2. Interessengegensatz zwischen elterlicher Sorge und Stellung als Mitgesellschafter bzw. Geschäftsführer

Der Senat sieht zwar die Möglichkeit, dass zwischen dem elterlichen Sorgerecht und der Stellung des Vaters als Mitgesellschafter bzw. Geschäftsführer der Gesellschaften, an denen auch der Sohn kraft der Erfolge nach dem Großvater beteiligt ist, eine Interessenkollision im Sinne des § [181](#) BGB gegeben sein könne. Dies könne jedoch im konkreten Fall unter keinen Umständen zum Ausschluss von der gesetzlichen Vertretung führen, weil dabei allenfalls die Pflichten des Vaters als Testamentsvollstrecker tangiert seien, nicht aber seine Pflichten als gesetzlicher Vertreter. Der Vater handele insoweit nämlich ausschließlich auf Grund des Testamentsvollstreckeramtes. Offen gelassen hat der Senat ausdrücklich, ob es Fallgestaltungen gibt, in denen deswegen eine Abberufung als Testamentsvollstrecker gemäß § [2227](#) BGB in Betracht zu ziehen ist.

3. Interessenwiderstreit zwischen elterlicher Sorge und Testamentsvollstreckung

Schließlich setzt sich der Senat mit der Rechtsprechung derjenigen Oberlandesgerichte (siehe oben) auseinander, die allein in dem Umstand, dass ein sorgeberechtigter Elternteil zugleich als Testamentsvollstrecker über den Nachlass des eigenen Kindes fungiere, ein derart erheblichen Interessengegensatz gemäß § 1629 II 3 i. V. m. § [1796 II](#) BGB erkennen wollen, der eine Entziehung des Sorgerechts rechtfertige und unter Umständen sogar erzwingen. Der Senat lehnt diese «generalisierende Betrachtungsweise» mit folgender Begründung ab:

§ [1796](#) BGB setze im Unterschied zu § [1795](#) BGB einen sich aus dem Einzelfall ergebenden Interessenwiderstreit voraus. Dabei rechtfertige im Regelfall ein «typischer» Interessengegensatz zwar die Annahme, dass es auch im Einzelfall zu Konfliktsituationen kommen könne, denen durch die Bestellung eines Pflegers rechtzeitig vorgebeugt werden müsse. Doch führe diese Risikogeneigntheit eines «typischen» Interessengegensatzes nicht zwangsläufig zur Anordnung einer Pflegschaft. Es sei vielmehr die Aufgabe des Tatrichters abzuwägen, ob im wohlverstandenen Interesse des Vertretenen eine vorbeugende Pflegschaftsanordnung geboten sei oder ein Zuwarten ratsam erscheine. Als Kriterien für diese Entscheidung nennt der Senat das bisherige Verhalten des Elternteils und das persönliche Verhältnis zwischen beiden Beteiligten.

Der Senat sieht keinerlei Anhaltspunkte die gegen die Annahme des OLG, der Vater werde bei der Ausübung seiner Ämter zugleich im Interesse seines Sohnes handeln, sprächen und weist deshalb die Beschwerde der Mutter gegen diese Entscheidung zurück.

Praxishinweis

Diese Entscheidung, ergangen zu einem speziell gelagerten Sachverhalt, hat eine Bedeutung, die weit über diesen Fall hinaus reicht.

Bei der Gestaltung eines «Behindertentestaments» muss bekanntlich nicht nur die Substanz sondern auch der Ertrag vor dem Zugriff des Trägers der Sozialhilfe geschützt werden. Zu diesem Zweck wird regelmäßig eine Verwaltungsvollstreckung über den Erbteil des behinderten Kindes angeordnet. Bei einem Ehegattentestament wird überwiegend empfohlen, das behinderte Kind neben dem überlebenden Elternteil zum Mit-Vorerben einzusetzen und dem überlebenden Teil die Testamentsvollstreckung hierfür zu übertragen. Der überlebende Elternteil ist also in diesem Fall gleichzeitig sorgeberechtigter Elternteil bzw. Vormund einerseits und Testamentsvollstrecker andererseits. Diese erbrechtliche Konstruktion des Behindertentestaments beinhaltet nach der bisher herrschenden Rechtsprechung der Oberlandesgerichte die Gefahr, dass das Vormundschaftsgericht zur Überwachung des Testamentsvollstreckers einen Ergänzungspfleger bestellt. Eine derartige

Kontrolle durch eine außenstehende Person werden die Eltern aber in aller Regel nicht wünschen, weshalb derartige Behindertentestamente den Eltern in der Praxis nur schwer zu vermitteln sind.

Der BGH schafft mit seiner Entscheidung in diesem Punkt Klarheit. Das Vormundschaftsgericht darf einen Ergänzungspfleger nicht schon deshalb bestellen, weil die *abstrakte* Möglichkeit eines Interessenwiderstreits im Sinne des § [1796 II](#) BGB gegeben ist. Vielmehr muss es konkrete Anhaltspunkte dafür haben, dass im zu beurteilenden Sachverhalt die Interessen des Minderjährigen durch eine unbeschränkte Vertretungsmacht gefährdet sind. Der Senat hat dabei selbst Kriterien vorgegeben, die gerade bei Eltern behinderter Kinder in aller Regel die Bestellung eines Ergänzungspflegers von vorneherein ausschließen. Die Errichtung eines «Behindertentestaments» entspringt der besonderen Sorge der Eltern um das Wohlergehen ihres behinderten Kindes, weshalb ein gestörtes oder belastetes persönliches Verhältnis in diesen Fällen ausscheidet. Allenfalls in dem höchst seltenen Fall, dass sich die Eltern eines behinderten Kindes in der Vergangenheit nachweislich am Vermögen ihres Kindes vergriffen haben, kommt nach dieser Entscheidung des BGH eine Pflegerbestellung in Betracht.

Damit hat der Gestalter eines «Behindertentestaments» in einem weiteren Punkt ein höheres Maß an Rechtssicherheit gewonnen. Dies ist nachdrücklich zu begrüßen.

Darüber hinaus führt die restriktive Auslegung des § [1796 II](#) BGB durch den BGH auch in allen anderen Fällen dazu, dass die Vormundschaftsgerichte die Bestellung eines Ergänzungspflegers nicht länger mehr pauschal mit dem Hinweis auf die gleichzeitige Ausübung des Testamentsvollstreckeramts begründen können. Diesem höheren Begründungsaufwand auf Seiten des Gerichts steht eine Stärkung des Schutzes der Eltern vor pauschalen Verdächtigungen gegenüber.

Schließlich bleibt zu hoffen, dass diese Entscheidung auch Auswirkungen auf die Praxis mancher Vormundschaftsgerichte hat, mehr oder weniger pauschal nach dem Tod eines Elternteils im Hinblick auf den Pflichtteil Ergänzungspflegschaft anzuordnen: eine Einzelfallprüfung fördert auch in diesen Fällen die Gerechtigkeit!

(Beck-Online Fachdienst Erbrecht vom 13.06.2008)