

**„§ 1811 BGB: Genehmigungsfähigkeit und
Anwendungsfälle in der Praxis“**

Diplomarbeit

**an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Rechtspflege (FH),
Fortbildungszentrum des Freistaates Sachsen
Fachbereich Rechtspflege**

vorgelegt von Tina Feldmann
aus Plauen

Plauen, 23. Mai 2018

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung.....	1
1.1	Gegenstand und Ziel der Untersuchung.....	1
1.2	Leitfragen.....	3
1.3	Gang der Untersuchung.....	4
2	Überblick §§ 1807, 1811 BGB.....	5
3	Der Tatbestand der genehmigungsfähigen anderen Anlegung nach § 1811 BGB.....	9
3.1	Die „andere Anlegung“	9
3.2	Die „Grundsätze einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung“	11
3.2.1	Die Sicherheit der geplanten Geldanlage	12
3.2.2	Die Wirtschaftlichkeit der geplanten Geldanlage	13
3.3	Das Tatbestandsmerkmal „nach Lage des Falles“	15
4	Die gerichtliche Entscheidung über die Genehmigungsfähigkeit der Geldanlage	17
4.1	Das doppelte Regel-Ausnahme-Verhältnis.....	17
4.2	Die Kasuistik der Rechtsprechung	20
4.2.1	Regel-Ausnahme-Verhältnis	20
4.2.2	Gold in Zeiten der Niedrigzinsphase	22
4.2.3	Immobilienfonds.....	24
4.2.4	Renten- und Aktienfonds.....	27
4.3	Ermessenstypologie und gerichtliche Kontrolldichte.....	30
5	Das Leitbild der Vermögenssorge des Vormunds/Betreuers	33
5.1	Vergleich zur elterlichen Vermögenssorge	33
5.2	Haftungsfragen	34
6	Vergleich zum Leitbild des Beraters im Kapitalanlagerechts	36
6.1	Der Schutz der Anlegerinteressen im neueren Kapitalmarktrecht.....	36
6.1.1	§ 85 I WpHG i.V.m. Artikel 3, 4 Delegierten Verordnung (EU) Nr. 2016/958	37
6.1.2	§ 3 I Wertpapierprospektgesetz (WpPG) und Prospekthaftung	39
6.2	Die Anwendbarkeit kapitalmarktrechtlicher Prinzipien im Rahmen des § 1811 BGB	40
7	Zusammenfassung	41
	Literaturverzeichnis.....	III

1 Einleitung

1.1 Gegenstand und Ziel der Untersuchung

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist die Genehmigungsfähigkeit anderer als der in § 1807 BGB genannten Anlagearten. Diese ist vom Gesetz in der entsprechenden Vorschrift des § 1811 BGB durch den auslegungs- und konkretisierungsbedürftigen Rechtsbegriff der „Grundsätze einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung“ umschrieben. Die „Erlaubnis“, das Geld des Mündels bzw. Betreuten in anderer Weise als in den von § 1807 BGB aufgeführten Formen anzulegen, soll nur verweigert werden, wenn es diesen Grundsätzen „zuwiderlaufen würde“.

Die geltende Fassung des § 1811 BGB besteht, von kleineren Änderungen abgesehen, seit dem Reichsgesetz vom 23. Juni 1923.¹ Wie kaum eine andere Vorschrift des BGB scheint die Norm des § 1811 BGB von den Verwerfungen und Katastrophen der Wirtschaftsgeschichte des 20. Jahrhunderts geprägt zu sein. Diese Verhängnisse scheinen sich in den Normkomplex der §§ 1806f., 1811 BGB eingeschrieben zu haben. Hierbei sind die Auslegung und Anwendung durch die Rechtsprechung, wirtschaftsgeschichtliche Entwicklungen und Erfahrungen zu nennen. Besonders hervorzuheben sind in diesem Zusammenhang die Inflation nach dem ersten Weltkrieg, die Währungsreform nach dem zweiten Weltkrieg, die Finanzkrisen Ende der 1990er und Anfang der 2000er Jahre. Bis zur nunmehr bald 100 Jahre zurückliegenden Novellierung aufgrund des Reichsgesetzes von 1923 galt als gestattungsfähig im Sinne des § 1811 BGB lediglich die Geldanlage, die sich aus besonderen Gründen als Alternative zu den in den § 1807 BGB genannten empfahl. Jedoch waren es gerade die als mündelsicher behandelten Anlagen des § 1807 BGB, welche im Zuge der „Wirtschaftskatastrophen des 20. Jahrhunderts“ als „in besonderem Maß entwertet hervorgingen“.²

Nicht so sehr im Wortlaut, sondern in der strittigen Auslegung der Tatbestandsmerkmale der Norm durch Rechtsprechung und Literatur, spiegelt sich ein allgemeiner Bewusstseinswandel wieder.

¹ Vgl. MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, § 1811 BGB Rn 2.

² MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, § 1811 BGB Rn 5.

Anders als Teile der Literatur tendiert die Rechtsprechung³ dazu, das systematische Zusammenspiel von § 1806f. BGB und § 1811 BGB als ein Regel-Ausnahmeverhältnis zu sehen. Obwohl der Wortlaut der Norm dafür eigentlich keinen Anhalt bietet, soll die „andere Anlegung“ im Sinne des § 1811 BGB ein Ausnahmefall bleiben. Im Einklang mit dem Wortlaut sehen Teile der Literatur⁴ hingegen in der Genehmigung anderer Anlegungen als der in § 1807 BGB genannten keine Ausnahme mehr. Sie wenden die Vorschrift so an, dass die Versagung der Genehmigung, nach § 1811 S. 2 BGB nur rechtens ist, wenn die „beabsichtigte Art der Anlegung nach Lage des Falles den Grundsätzen einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung zuwiderlaufen würde“. Die ältere Rechtsprechung⁵ verfuhr sehr viel konservativer. Sie maß dem Grundsatz der Mündelsicherheit, der Kapitalerhaltung, die in §§ 1806f. BGB zum Ausdruck kommt, mehr Bedeutung bei, als der Kapitalmehrung. Es wird zu prüfen sein, ob und inwiefern sich der Dynamik der Finanzmärkte und Anlageformen zum Trotz eine stabile Rechtsprechungs-Kasuistik zur Anwendung des § 1811 BGB herausgebildet und etabliert hat. Betrachtet man aktuelle Gerichtsentscheidungen, so fällt auf, dass gerade unter den Vormündern und Betreuern zusehends Anlageformen favorisiert werden, die in Zeiten niedriger Zinsen einträglicher erscheinen, als die klassischen Geldanlageformen, die in § 1807 BGB genannt sind.

Ziel dieser Studie ist es, die Bedeutungskonturen der für den Tatbestand der Genehmigungsfähigkeit zentralen Begriffe („beabsichtigte Art der Anlegung“; „Grundsätze wirtschaftlicher Vermögensverwaltung“; „Lage des Falles“) anhand der Kasuistik der Rechtsprechung insbesondere der letzten 10 Jahre abzubilden und anschaulich zu machen. Dadurch, dass die Norm mit offenen, auslegungsbedürftigen Tatbestandsmerkmalen bzw. Rechtsbegriffen arbeitet, lädt sie geradezu dazu ein, in der Anwendung durch die Rechtsprechung konkretisiert zu werden. Es fragt sich, an welchen Punkten sich die judikative Praxis als tragfähig erweist, und an welchen Punkten sie als kritikwürdig erscheint.

³ Vgl. OLG Köln, NJW-RR 2001, 577f.

⁴ Vgl. *Sorg*, BWNtZ 2010, 107/124; Vgl. MüKoBGB/*Kroll-Ludwigs*, § 1811 BGB Rn 5.

⁵ Vgl. LG Berlin, JR, 1961, 183f.

1.2 Leitfragen

Die Leitfragen der vorliegenden Untersuchung gelten den Besonderheiten des Anwendungsbereichs der Norm und seinen Implikationen. So bildet es eine Besonderheit des Genehmigungserfordernisses des § 1811 BGB, dass eine fehlende Erlaubnis nicht zur Unwirksamkeit des genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäftes führt. Die Erlaubnis stellt vielmehr eine bloße Innengenehmigung dar, die § 1811 BGB als eine reine Ordnungsvorschrift ausweist.⁶ Eine weitere Leitfrage gilt der Justiziabilität und Kontrolldichte der familiengerichtlichen Entscheidung über die Erlaubnispflichtigkeit und Erlaubnis selbst. *Kroll-Ludwigs*⁷ zufolge sind drei unterschiedliche Konstellationen der Entscheidungsfindung im Rahmen des § 1811 BGB zu unterscheiden: Das Gericht kann die alternative Anlage gestatten, muss es aber nicht (dies ist der Fall, wenn die anderweitige Anlage zwar aus wirtschaftlicher Sicht annehmbar ist, jedoch keinerlei nennenswerte Vorteile gegenüber den Anlagen des § 1807 BGB bietet); das Gericht muss die andersartige Anlage gestatten (wenn die zu prüfende Anlageform deutliche Vorteile gegenüber der mündelsicheren Anlageformen des § 1807 BGB besitzt); das Gericht darf sie nicht gestatten, sondern muss sie versagen (wenn die Anlageform zu risikoreich ist und somit das Mündelvermögen in Gefahr bringen könnte). Ein besonderes Augenmerk gilt den Unterschieden zwischen dem gesetzlichen Leitbild der Vermögenssorge von Vormund und Betreuer, wie es in den §§ 1806f., 1811 BGB zum Ausdruck kommt und der Sorge der Eltern in vermögensrechtlichen Angelegenheiten ihrer Kinder einerseits sowie den professionellen Kapitalanlagebetreuern andererseits. Es zeigen sich in diesem Punkt markante Unterschiede, durch welche das Wesen der vermögensrechtlichen Betreuung von Mündelgeld vergleichend beleuchtet werden kann.

⁶ Vgl. *Sorg*, BWNtZ 2010, 107/118.

⁷ Vgl. *MüKoBGB/Kroll-Ludwigs*, § 1811 BGB Rn 6ff.

1.3 Gang der Untersuchung

Die vorliegende Untersuchung geht in folgenden sechs Schritten vor: Zunächst wird ein Überblick sowie eine Gegenüberstellung der Normen § 1807 BGB und § 1811 BGB erfolgen (Kapitel 2). Danach wird der Tatbestand der genehmigungspflichtigen und –fähigen anderen Anlegung analysiert (Kapitel 3). Sodann wird die Kasuistik der Rechtsprechung beleuchtet, wobei der Schwerpunkt auf die aktuellen Fallkonstellationen gelegt werden soll (Kapitel 4). In einem weiteren Schritt wird die Qualität der familiengerichtlichen Entscheidung nach § 1811 BGB sowie die judikative Kontrolle dieses gerichtlichen Ermessens erörtert (Kapitel 4).

Im darauffolgenden Kapitel wird das Leitbild der Vermögenssorge des Vormunds bzw. Betreuers vor dem Hintergrund des Leitbilds der elterlichen Vermögenssorge thematisiert. Im letzten Kapitel der Untersuchung vor der Zusammenfassung wird die Frage aufgeworfen, inwiefern sich die Neuerungen und neuen Gesetzgebungen im Kapitalmarktrecht sich als ergiebige Rechtserkenntnisquelle für die Anwendung des § 1811 BGB erweisen können.

2 Überblick §§ 1807, 1811 BGB

Gemäß § 1806 BGB hat die Anlegung des Mündelgeldes verzinslich zu erfolgen. § 1807 BGB konkretisiert hierbei, welche Anlageformen dafür geeignet und auch zu verwenden sind. Der Paragraph ist "die Grundnorm der sogenannten mündelsicheren Anlage".⁸ Es ist hierbei eine abschließende Aufzählung von fünf verschiedenen Anlageformen. Dieser sehr starre Charakter der Norm wird durch die Vorschrift des § 1811 BGB aufgeweicht. Für eine andere Art der Anlegung, welche nicht den Formen des § 1807 BGB entspricht bedarf es der Erlaubnis des Familiengerichts.⁹ So sollen die Anlageformen des § 1807 BGB erweitert werden, um dem Vormund einen Spielraum bei der Anlegung des Vermögens des Mündels zu ermöglichen. Es werden weitere Anlagemöglichkeiten eröffnet, das Vermögen des Mündels einerseits zu schützen, aber gleichzeitig auch zu mehren.¹⁰ Auf Grund des Ausnahmecharakters des § 1811 BGB ist jedoch immer auf eine Einzelfallprüfung abzustellen. Hierbei sind insbesondere die Sicherheit und die Wirtschaftlichkeit der favorisierten Anlage von entscheidender Bedeutung.¹¹ Im Folgenden werden die unterschiedlichen Anlageformen des § 1807 BGB näher beleuchtet, um somit eine bessere Abgrenzung zu § 1811 BGB zu ermöglichen.

§ 1807 I Nr. 1 BGB

Eine mündelsichere Anlegung kann durch Sicherung einer Forderung in Grundpfandrechten erfolgen. Voraussetzungen hierfür sind Grundstücke oder grundstücksgleiche Rechte. Möglich ist die Sicherung lediglich in Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden an inländischen Grundstücken. Sollte es sich um ein ausländisches Grundstück handeln, so ist § 1811 BGB einschlägig.¹² Dem Grundstück gleich stehen beispielsweise Erbraurechte oder Wohnungseigentum. Ein weiterer wichtiger Aspekt ist die Sicherheit des Grundpfandrechtes. Die Sicherung als erste Rangstelle ist nicht erforderlich, es ist ausreichend, wenn der Wert des Grundpfandrechtes zwischen $\frac{3}{5}$ und $\frac{1}{2}$ des Verkehrswertes des Grundstückes liegt.¹³

⁸ MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, § 1807 BGB Rn 1.

⁹ Vgl. Palandt/Götz, § 1811 BGB Rn 1.

¹⁰ Vgl. Staudinger/Veit, § 1811 BGB Rn 1.

¹¹ Vgl. MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, § 1811 BGB Rn 12.

¹² Vgl. Palandt/Götz, § 1807 BGB Rn 3; Vgl. MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, § 1811 BGB Rn 10.

¹³ Palandt/Götz, § 1807 BGB Rn 4.

Nicht anwendbar ist die Norm, wenn eine „bereits bestehende Forderung des Mündels, etwa aus dem Verkauf eines Grundstücks oder aus einer Erbauseinandersetzung, durch Grundpfandrechte abgesichert werden soll“.¹⁴ Es muss sich somit stets um eine eigenständige Vermögensanlage handeln und darf keinesfalls eine bloße Forderungsabsicherung sein.

§ 1807 I Nr. 2 BGB

Eine weitere Anlageformen sind verbrieft Forderungen gegen den Bund oder das Bundesland, wie beispielsweise Schuldverschreibungen, Anleihen oder Wechsel, sowie in das Staatsschuldbuch eingetragenen Forderungen gegen den Bund oder ein Bundesland.¹⁵ Hierunter sind vor allem Bundesschatzbriefe und Bundesobligationen zu nennen.¹⁶ Verbrieft Forderungen sind solche, welche in Urkunden festgelegt sind. Hierfür genügt „ein einfacher Schuldschein oder eine schriftliche Vereinbarung, in der das Bestehen der Forderung festgestellt ist“.¹⁷

§ 1807 I Nr. 3 BGB

Die Anlegung kann ferner erfolgen durch „verbrieft Forderungen, deren Verzinsung vom Bund oder einem Land gewährleistet“ wird. Konkret sind dies Forderungen, deren Verzinsung staatlich gewährleistet ist durch beispielsweise Bürgschaften oder Schuldbeitritten. Das ist der Fall, weil die „betreffenden Unternehmen (wie Kraftwerke) öffentliche Aufgaben wahrnehmen oder dem Bund beziehungsweise dem betreffenden Land gehören.“¹⁸ Bezüglich der verbrieften Forderungen gelten die entsprechenden Ausführungen wie in § 1807 I Nr. 2 BGB.

§ 1807 I Nr. 4 BGB

Eine mündelsichere Anlageform sind auch die von der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates für geeignet erklärten Wertpapiere und Forderungen. Für geeignet erklärt werden können Wertpapiere jeglicher Art, so auch Aktien, ausländische Wertpapiere oder Anteile an Investmentfonds.¹⁹

¹⁴ MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, § 1807 BGB Rn 12.

¹⁵ Vgl. Palandt/Götz, § 1807 BGB Rn 5.

¹⁶ Vgl. MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, § 1807 BGB Rn 13.

¹⁷ Staudinger/Veit, § 1807 BGB Rn 31.

¹⁸ Palandt/Götz, § 1807 BGB Rn 6f.

¹⁹ Vgl. MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, § 1807 BGB Rn 15.

Die Bundesregierung kann die Erklärung jederzeit widerrufen. Bisher wurde von der Möglichkeit der Geeigneterklärung nur spärlich Gebrauch gemacht.²⁰

§ 1807 I Nr. 5 BGB

Das Mündelgeld kann auch bei „einer inländischen öffentlichen Sparkasse, wenn sie von der zuständigen Behörde des Landes [...] für geeignet erklärt“ werden, angelegt werden. Durch das Betreuungsgesetz vom 12.09.1990, in Kraft getreten am 01.01.1992²¹, wurden die in § 1807 I Nr. 5 BGB genannten Anlagen erheblich erweitert.²² Durch die Neufassung von Abs. 1 Nr. 5 sind nun „Anlagen bei Kreditinstituten, die einer ausreichenden Eigensicherung angehören, den Anlagen bei öffentlichen Sparkassen gleichgestellt“.²³ Bezüglich der Geldanlage bei einer Sparkasse sind jedoch nicht nur herkömmlichen Sparkonten, sondern auch Sparkassenbriefe, Termingeld oder beispielsweise Namensschuldverschreibungen gemeint.²⁴ Eine Besonderheit von Abs. 1 Nr. 5 ist, dass in § 1807 I Nr. 1 - 4 BGB die Sicherheit der Forderung die betreffende Anlage mündelsicher macht. Bei § 1807 I Nr. 5 BGB ist jedoch allein die Person des Schuldners von entscheidender Bedeutung.²⁵ Im Gegensatz zu den Eltern muss der Vormund bzw. Betreuer gemäß § 1809 BGB einen Sperrvermerk eintragen lassen.

Bei der Aufzählung der Anlageformen des § 1807 BGB wird ersichtlich, dass es sich hierbei um Anlagemöglichkeiten handelt, welche als besonders sicher gehandelt werden.²⁶ Eine andere Art der Anlegung nach § 1811 BGB wird daher üblicherweise in Erwägung gezogen, wenn eine höhere Rendite zu erwarten ist. Bei der zu treffenden Einzelfallentscheidung ist jedoch stets ein Augenmerk darauf zu richten, dass Sicherheit und Wirtschaftlichkeit in einem angemessenen Verhältnis stehen.²⁷ Anhand der Normen des §§ 1807, 1811 BGB wird ersichtlich, dass die Kontrolle des Mündelvermögens von Seiten des Gerichts hoch ist, sowie der Gesetzgeber konkrete Vorgaben gemacht hat, wie das Mündelvermögen anzulegen ist, dies immer unter dem Aspekt der wirtschaftlichen Vermögensverwaltung.

²⁰ Vgl. Staudinger/*Veit*, § 1807 BGB Rn 38.

²¹ Vgl. MüKoBGB/*Kroll-Ludwigs*, § 1807 Rn 2.

²² Vgl. MüKoBGB/*Kroll-Ludwigs*, a.a.O.

²³ MüKoBGB/*Kroll-Ludwigs*, a.a.O.

²⁴ Vgl. MüKoBGB/*Kroll-Ludwigs*, § 1807 BGB Rn 19.

²⁵ Vgl. MüKoBGB/*Kroll-Ludwigs*, § 1807 BGB Rn 1.

²⁶ Vgl. Staudinger/*Veit*, § 1807 BGB Rn 1.

²⁷ Vgl. MüKoBGB/*Kroll-Ludwigs*, § 1811 BGB Rn 12.

Dies steht im starken Kontrast zur elterlichen Vermögenssorge, bei welcher den Eltern ein hohes Maß an Entscheidungsfreiheit gewährt wird. Diese Thematik, insbesondere der Unterschied zu den Haftungsfragen wird in Kapitel 5 aufgegriffen. Zwar stellt die Erlaubnis nach § 1811 BGB lediglich eine Innengenehmigung dar²⁸ und die Anlage ist auch ohne der entsprechenden Genehmigung wirksam, jedoch unterliegt der Vormund der Haftung des § 1833 BGB. Der Vormund ist haftbar für „den aus einer Pflichtverletzung entstehenden Schaden“. Der Sorgfaltsmaßstab richtet sich hierbei nach „dem Lebenskreis, den Lebensumständen und der Rechts- und Geschäftserfahrung des Vormunds“.²⁹ Die Haftung kann jedoch im Vergleich zu § 1807 BGB nicht nur durch eine fehlende Erlaubnis bezüglich des § 1811 BGB ausgelöst werden, sondern auch, wenn sich der Vormund entgegen offensichtlicher „wirtschaftlicher Vernunft in der konkreten Situation mit den Anlagen nach § 1807 begnügt“.³⁰ Im Kapitel 6 wird die Frage thematisiert, inwiefern sich die Haftung und der Verschuldensmaßstab durch die Schutznormen des Kapitalmarktrechtes konkretisieren lassen. Denn gerade bei anspruchsvolleren Anlageformen, welche einer Genehmigung des § 1811 BGB benötigen, bedarf es einer umfassenden Aufklärung der Risiken. Inwiefern hierbei auch die Finanzberater in der Pflicht sind, ist in Kapitel 6 zu klären.

²⁸ Vgl. Staudinger/*Veit*, § 1811 BGB Rn 26.

²⁹ MüKoBGB/*Kroll-Ludwigs*, § 1833 BGB Rn 4.

³⁰ MüKoBGB/*Kroll-Ludwigs*, § 1811 BGB Rn 19.

3 Der Tatbestand der genehmigungsfähigen anderen Anlegung nach § 1811 BGB

Die Entscheidung über die Erlaubnisfähigkeit einer anderen Anlegung ist, anders als die Entscheidung darüber, ob der Vormund sich überhaupt um eine besondere familiengerichtliche Erlaubnis seiner favorisierten Geldanlage bemühen muss, normativ nicht vollständig festgelegt. Vielmehr ist sie in das gerichtlich nur bedingt kontrollierbare Ermessen des Familiengerichts gestellt.³¹ Im Folgenden geht es darum, den Inhalt der Tatbestandsmerkmale des § 1811 BGB präzise zu erfassen.

3.1 Die „andere Anlegung“

Unter einer „anderen Anlegung“ im Sinne des § 1811 S. 1 BGB sind, wie oben angedeutet, nicht nur die verzinslichen Geldanlageformen zu fassen, die sich dem Vormund bzw. Betreuer als Alternative zu den in § 1807 BGB genannten Formen aufdrängen. Nach der heute allgemein anerkannten Begriffsauslegung sind hierunter sämtliche Formen der Geldanlage zu verstehen. So auch diejenigen, deren Erträge nicht in Zinsen bestehen, sondern etwa in Dividendenanrechten, wie beispielsweise in Aktien oder in Fonds.³² Die Weite des Tatbestandsmerkmals „andere Anlegung“ macht es an dieser Stelle erforderlich, den Begriff der Geldanlage zu bestimmen und zu konkretisieren.

Mit Kapital- bzw. Geldanlagen lassen sich unterschiedliche Ziele verfolgen. So kann das Kapital so angelegt werden, dass eine möglichst hohe Sicherheit vor Werteinbußen erzielt wird. Es kann aber auch so investiert werden, dass sich eine möglichst hohe Rendite in einem bestimmten Zeitraum einstellt. Eine weitere Zwecksetzung kann darin liegen, dass die Kapitalanlage möglichst schnell wieder zu verfügbarem Geld gemacht werden kann, also dem Anleger Liquidität gesichert wird. Den genannten drei Hauptzwecken der Kapitalanlage entspricht eine Vielzahl von Formen der Kapitalanlagen, wobei eine Form nicht stets einem einzigen bestimmten Ziel zugeordnet werden kann, sondern oft eine mehrfache Zwecksetzung mit ihr verfolgt wird.

³¹ Vgl. OLG Köln, NJW-RR 2001, 577f.

³² Vgl. MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, § 1811 BGB Rn 3.

Es lassen sich folgende Geldanlagen bzw. Gruppen von Geldanlagen unterscheiden³³: Bankeinlagen wie Festgeld, Girokonto und Tagesgeldkonten; Beteiligung an Unternehmen in Form von Aktien und Aktienfonds; Anleihen (Staatsanleihen, Unternehmensanleihen, Pfandbriefe); Rohstoffe wie Edelmetalle und Edelsteine; Sachwerte wie Immobilien und Immobilienfonds; Raritäten wie Kunstwerke und Briefmarken sowie Fonds wie offene und geschlossene Investmentfonds oder Versicherung mit Anlagecharakter wie zum Beispiel Lebensversicherungen.

Zu unterscheiden ist ferner zwischen Risikogeschäften und Nicht-Risikogeschäften. Risikogeschäfte sind solche Geschäfte, denen eine Verlustgefahr bzw. die Gefahr eines Totalverlustes innewohnt. Bestimmten Geldanlageformen ist dieses Risiko eines Totalverlustes nicht zu eigen. Die sogenannten Riester- und Rürup-Verträge, bei denen der Anleger in den Aufbau einer (zusätzlichen) privaten Altersvorsorge investiert,³⁴ sind vom Gesetzgeber etwa so konzipiert, dass die monatlich eingezahlten Prämien vom Versicherungsunternehmen zwar in Fonds investiert werden können, dem Anleger jedoch mit Eintritt in das Rentenalter zusammen mit einer geringen Grundverzinsung als Kapital erhalten bleiben. Auch unterliegen Anlagen in Festgeld oder Gold den natürlichen Schwankungen der wirtschaftlichen Entwicklung. Sie sind deshalb jedoch keine Risikogeschäfte, d. h. solche Geschäfte, bei denen der Anleger gerade darauf spekuliert, dass ein bestimmtes zukünftiges Ereignis bzw. eine zukünftige Entwicklung eintritt oder gerade nicht eintritt und in denen sich nicht lediglich die allgemeinen Unwägbarkeiten der volkswirtschaftlichen Entwicklung niederschlagen. Risikogeschäfte im engeren Sinne dürften im Rahmen des § 1811 BGB grundsätzlich als nicht genehmigungsfähig anzusehen sein, weil sie sich mit dem Prinzip des mündelsicheren Anlageverhaltens³⁵ kaum vereinbaren lassen. Droht ein Totalverlust des eingesetzten Kapitals, so widerspräche eine entsprechende Erlaubnis den Grundsätzen der wirtschaftlichen Vermögensverwaltung insofern, als sie dem Sicherheitsgebot zuwiderliefe. Wie zu zeigen sein wird, bilden jedoch Aktienkäufe einen Grenzfall. Sie sind nach heutiger herrschender Auffassung grundsätzlich genehmigungsfähig auch wenn dem hohen Aufwand der Analyse der Wirtschaftlichkeit und Sicherheit einem großen Risiko gegenübersteht.³⁶

³³ Vgl. <https://de.wikipedia.org/wiki/Finanzprodukt>.

³⁴ Vgl. *Stöber*, NJW 2007, 1242/1247.

³⁵ Vgl. *MüKoBGB/Kroll-Ludwigs*, § 1811 BGB Rn 1.

³⁶ Vgl. *MüKoBGB/Kroll-Ludwigs*, § 1811 BGB Rn 16.

3.2 Die „Grundsätze einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung“

Der zentrale auslegungs- und konkretisierungsbedürftige Rechtsbegriff der Vorschrift des § 1811 BGB ist der der „Grundsätze einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung“. An diesen hat sich die familiengerichtliche Entscheidung zu orientieren. Ihnen werden gemeinhin zwei unterschiedliche, tendenziell auseinanderstrebende Kriterien entnommen: das Sicherheits- und das Wirtschaftlichkeitsgebot.³⁷ Anlagensicherheit und Rendite sind zwei gleich stark zu gewichtende Ziele.³⁸ Sie müssen in einem angemessenen Verhältnis zueinanderstehen.³⁹ Die Entscheidungsparameter sind strikt ökonomisch: Nur wirtschaftliche Erwägungen sind ausschlaggebend. So gilt es etwa als nicht gestattungsfähig, wenn der Vormund der Mutter des Mündels ein Darlehen aus dem Mündelvermögen gewähren will, um diese vor dem finanziellen Scheitern zu bewahren.⁴⁰ Nach *Kroll-Ludwigs* ist es für das Genehmigungserfordernis nicht von Belang, ob die Anlage besonders ertragreich zu sein verspricht oder nicht, wohl aber für die Erteilung der Genehmigung durch das Familiengericht.⁴¹ *Sorg* hat darauf hingewiesen, dass das Familiengericht sich nicht die Rolle eines Anlageberaters anmaßen und keine eigenen vergleichenden Wirtschaftlichkeitserwägungen anstellen darf.⁴² Es darf eine Geldanlage nicht mit Verweis darauf ablehnen, dass es das Geld des Mündels besser, weil renditeträchtiger angelegt wüsste.

³⁷ Vgl. Staudinger/*Veit*, § 1811 BGB Rn 19ff; Vgl. MüKoBGB/*Kroll-Ludwigs*, § 1811 BGB Rn 12; Vgl. *Sorg*, BWNotZ 2010, 107/124.

³⁸ Vgl. MüKoBGB/*Kroll-Ludwigs*, § 1811 BGB Rn 12.

³⁹ Vgl. *Sorg*, BWNotZ 2010, 107/124.

⁴⁰ Vgl. MüKoBGB/*Kroll-Ludwigs*, § 1811 BGB Rn 17.

⁴¹ Vgl. MüKoBGB/*Kroll-Ludwigs*, § 1811 BGB Rn 4.

⁴² Vgl. *Sorg*, BWNotZ 2010, 107/120.

3.2.1 Die Sicherheit der geplanten Geldanlage

Die Gesetzesformulierung „Grundsätze einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung“ benennt das Sicherheitsgebot nicht ausdrücklich. Gleichwohl ist allgemein anerkannt,⁴³ dass die Sicherheit der Geldanlage ein ebenso wichtiges Kriterium ist wie die Aussicht, das Geld gewinnbringend anzulegen. Sicherheit meint in diesem Kontext: Das Vermögen des Mündels darf nicht gefährdet, sondern es muss erhalten werden. Das Sicherheits-Kriterium ist jedoch nicht statisch zu verstehen. Es ist nicht so, dass Geldanlagen entweder als absolut sicher oder als absolut unsicher gelten können. Die Sicherheit ist relativ zu verstehen.⁴⁴ Relevant ist in diesem Zusammenhang die Neufassung des § 1807 I Nr. 5 BGB durch das Betreuungsgesetz vom 12.09.1990. Hierbei wurden die Anlagen bei anderen Kreditinstituten, die einer ausreichenden Eigensicherung angeschlossen sind, den „Anlagen bei öffentlichen Sparkassen in § 1807 I Nr. 5 gleichgestellt“.⁴⁵ Durch die Neufassung des § 1807 I Nr. 5 BGB wurde der Kreis, der vom Gesetz als mündelsicher bewerteten Geldanlagen auf die Anlagen-Angebote der Kreditinstitute, die über eine ausreichende Eigensicherung verfügen, erweitert. Die erforderliche Anlagensicherheit kann auch bei Aktien und Investmentpapieren vermutet sein. Diese Einschätzung macht jedoch eine beständige Marktanalyse erforderlich.⁴⁶ Die Gerichte sind bei der Gestattung derartiger Anlagen wesentlich zurückhaltender. Gilt die Beurteilung der Anlage dem ersten Anschein nach als relativ unsicher und risikobehaftet, schließt es nicht von vornherein aus, die Anlage zu genehmigen. Die Genehmigungsfähigkeit hängt bei von Haus aus eher unsicheren Anlageformen wie Aktien, Wertpapierfonds oder geschlossenen Immobilienfonds einerseits davon ab, welcher Anteil des Vermögens des Mündels für die Anlegung eingesetzt wird, andererseits spielt die Streuung des für die Anlegung zur Verfügung stehenden Mündelvermögens auf unterschiedliche Anlageformen eine Rolle.⁴⁷ So ist eine Investition in einen geschlossenen Immobilienfonds grundsätzlich „nur bei umfangreichem Mündelvermögen in Betracht zu ziehen“.⁴⁸

⁴³ Vgl. LG Kempten, FamRZ 2009, 724; Vgl. Staudinger/*Veit*, § 1811 BGB Rn 21; Vgl. MüKoBGB/*Kroll-Ludwigs*, § 1811 BGB Rn 15.

⁴⁴ Vgl. Staudinger/*Veit*, § 1811 BGB Rn 21.

⁴⁵ MüKoBGB/*Kroll-Ludwigs*, § 1811 BGB Rn 15; Vgl. MüKoBGB/*Kroll-Ludwigs*, § 1807 Rn 20ff.

⁴⁶ Vgl. MüKoBGB/*Kroll-Ludwigs*, § 1811 BGB Rn 16.

⁴⁷ Vgl. Staudinger/*Veit*, § 1811 BGB Rn 23.

⁴⁸ MüKoBGB/*Kroll-Ludwigs*, § 1811 BGB Rn 16a.

Das Mehr an Sicherheit, das etwa bei den konservativen Anlagenformen, die § 1807 BGB nennt, auf der Hand liegt, ist kein automatisches Ausschlusskriterium für eine andere Anlegung im Sinne des § 1811 BGB. In der Praxis kann es vorkommen, dass das Familiengericht zwischen der Anlage in Form einer verbrieften Forderung nach § 1807 I Nr. 3 BGB und dem vom Vormund favorisierten Erwerb von Aktien abzuwägen hat. Dabei sind Aktien verbrieft. Geschäftsanteile an einer Aktiengesellschaft. Auf der Aktie ist die Höhe des Geschäftsanteils verzeichnet. Sie ist ausschlaggebend für die Höhe der Dividende. Gemessen an dem Geschäftsanteil wird der Jahresüberschuss einer Aktiengesellschaft berechnet und als Dividende an die Anteilseigner ausgezahlt. Aktiengeschäfte sind grundsätzlich insofern spekulativ und risikobehaftet, als sich der eigentliche Wert der Aktie nach dem Börsenkurs bemisst, der einer starken Schwankung ausgesetzt sein kann.⁴⁹ Das Gericht kann jedoch die Anlage in Aktien nicht mit Blick darauf ablehnen, dass es sich bei dieser Anlageform um eine strukturell unsichere Anlegung handelt und dass es andere Anlageformen für weitaus sicherer hält.⁵⁰

Ebenso wenig kann es die Sicherheit einer der in § 1807 BGB genannten Anlageformen gegen die Anlegung in Form eines Investmentfonds ausspielen, der Zertifikate über die Teilhaberschaft an dem Fonds bescheinigt. Bei einem Investmentfonds handelt es sich um Papiere mehrerer Firmen, die zusammen eine größere Streuung des Risikos bedeutet und insoweit mit einer „erheblichen Verringerung eines Kursrisikos“⁵¹ einhergehen.

3.2.2 Die Wirtschaftlichkeit der geplanten Geldanlage

Neben der Sicherheit einer Anlage ist zentrales Kriterium der familiengerichtlichen Entscheidung über die Genehmigungsfähigkeit der vom Vormund oder Betreuer vorgeschlagenen Geldanlage deren Wirtschaftlichkeit. Die Wirtschaftlichkeit ist im Grunde eine Verkörperung für die Gesamtheit von Faktoren, die für die wirtschaftlichen Vorteile und Nachteile einer Anlegung ausschlaggebend sind.⁵² Diese müssen dem Familiengericht plausibel gemacht werden.

⁴⁹ Vgl. *Sorg*, BWNotZ 2010, 107/124.

⁵⁰ Vgl. *Sorg*, BWNotZ 2010, a.a.O.

⁵¹ *Sorg*, BWNotZ 2010, 107/123.

⁵² Vgl. *MüKoBGB/Kroll-Ludwig*, § 1811 BGB Rn 14.

Dem Prinzip der mündelsicheren Geldanlage ist gewissermaßen zu eigen, dass der Kapitalerhaltung mehr Bedeutung beigemessen wird als der Kapitalmehrung. Daraus folgt, dass das Gericht eine anderweitige Anlegung gestatten muss, wenn diese augenscheinlich nicht nur ertragreicher zu sein verspricht als die in festverzinslichen Geldanlagen, die in § 1807 I Nr. 1 – Nr. 5 BGB erwähnt sind, sondern darüber hinaus auch das gleiche Maß an Sicherheit bietet. Die Schwierigkeit der Beurteilung liegt jedoch darin, dass die positive Wertentwicklung einer alternativen Geldanlage sich ebenso wenig sicher prognostizieren lässt wie das Risiko eines Wertverlustes. Es ist gleichwohl offensichtlich, dass es „die „absolut sichere“ Vermögensanlage nicht gibt, dass ferner zwischen dem Ziel der Sicherheit und der Ertragserzielung häufig Kompromisse zu schließen sind“⁵³ und das gerade bei größerem Vermögen das Mündelgeld bestenfalls gestreut werden sollte.

Der Wortlaut des § 1811 BGB verlangt ausdrücklich nicht, dass die zu vergleichende Geldanlage, unter Zugrundelegung der wirtschaftlichen Prinzipien, auf die § 1811 BGB abstellt, besser abschneidet oder eine höhere Rendite erwarten lässt als die Regelanlagen des § 1807 BGB. Das Gesetz knüpft die Genehmigungsfähigkeit der anderweitigen Anlage nur an die Voraussetzung, dass die Grundsätze einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung nicht missachtet, nicht verletzt werden dürfen. So konnte Ende der 1990er Jahre eine kapitalbildende Lebensversicherung mit einer laufenden Beitragszahlung und einer Renditeerwartung von 6% durchaus als genehmigungsfähig angesehen werden.⁵⁴ Dem mit ihr verbundenen wirtschaftlichen Nachteil, dass der Rückkaufswert in den ersten Jahren sehr niedrig ist und somit das Risiko eines Totalverlustes der eingezahlten Beiträge besteht, stehen steuerliche Vorteile gegenüber. Dieses Beispiel zeigt, dass die von der Vorschrift des § 1811 BGB nahegelegte wirtschaftliche Betrachtungsweise auf ein Abwägen der Vorteile und Nachteile einer bestimmten Geldanlage hinausläuft. Im Wortlaut der Vorschrift kommt deutlich in ihrem dritten Tatbestandsmerkmal zum Ausdruck. Danach ist keine abstrakte Beurteilung erforderlich, sondern eine Beurteilung „nach Lage des Falles“.

⁵³ MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, § 1811 BGB, Rn 13.

⁵⁴ Vgl. Wagner, VersR 1999, 1079/1081.

3.3 Das Tatbestandsmerkmal „nach Lage des Falles“

Die Notwendigkeit einer Einzelfallbetrachtung lässt sich am Tatbestandsmerkmal „nach Lage des Falles“ festmachen. Die Ermessensentscheidung kann nur getroffen werden, wenn die gesamten Umstände des jeweiligen Einzelfalles berücksichtigt werden.⁵⁵ Dies bedeutet, dass ein- und dieselbe Geldanlageform in dem einen Falle als genehmigungsfähig angesehen werden kann, in dem anderen Falle jedoch nicht als genehmigungsfähig gelten muss. Diese mögliche unterschiedliche Wertung ist darauf zurückzuführen, dass es einen entscheidenden Unterschied machen kann, ob das Mündelvermögen eine bestimmte Größe aufweist oder nicht, oder der Mündel bzw. Betreute schon das Rentenalter erreicht hat oder nicht. Je nach Lage des Einzelfalles kann der Erhaltung der Substanz des Mündelvermögens eine größere Bedeutung, ein Vorrang gegenüber der Rentabilität der Geldanlage zukommen. Je mehr Vermögen für die künftige Deckung der Lebenshaltungskosten des Mündels gebunden ist, desto stärker müssten Gesichtspunkte der Rentabilität zurücktreten.⁵⁶

Das Tatbestandsmerkmal „nach Lage des Falles“ ist auf die „besonderen Umstände des Einzelfalles“⁵⁷ zu beziehen. Jedoch wird dieses offene Tatbestandsmerkmal auch als eine Art Einfallstor für Erwägungen aufgefasst, die auf die allgemeine ökonomische Entwicklung abzielen, wie etwa eine aktuelle Zinssituation im nationalen und internationalen Maßstab.⁵⁸ An sich ließe es der Wortlaut der Norm zu, in die Entscheidung über die Anlagen-Gestattung Kriterien einfließen zu lassen, die weder zum Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit noch dem der Sicherheit der geplanten Anlage zuzuordnen sind. Die vom Gesetzgeber gewollte Einzelfallbetrachtung darf jedoch nicht als Freibrief für sachfremde Kriterien verstanden werden. So wäre es verfehlt, nicht-ökonomische Erwägungen, etwa ein vermeintliches Interesse des Mündels, für Familienangehörige einzustehen, diesen beispielsweise ein günstiges Darlehen zu gewähren, in die Entscheidung über die Zulassung der anderen Anlage einzubeziehen. Die Rechtsprechung hat in Jahrzehnte währender Auslegungspraxis den Tatbestandsmerkmalen des § 1811 BGB Bedeutungskonturen verliehen.

⁵⁵ Vgl. OLG München, FamRZ 2009, 1860f; Vgl. Staudinger/*Veit*, § 1811 BGB Rn 18.

⁵⁶ Vgl. Staudinger/*Veit*, § 1811 BGB Rn 18.

⁵⁷ Vgl. OLG Frankfurt, FamRZ 2003, 59f; MüKoBGB/*Kroll-Ludwigs*, § 1811 BGB Rn 17.

⁵⁸ Vgl. MüKoBGB/*Kroll-Ludwigs*, § 1811 BGB Rn 17.

In dieser Auslegungspraxis dokumentiert sich, wie angedeutet, jeweils ein bestimmtes Verständnis wirtschaftlicher Zusammenhänge. Es wird im folgenden Kapitel zu erörtern sein, wie kasuistisch die Entscheidungen der Rechtsprechung geartet sind. Ob und gegebenenfalls inwiefern sich durch die Einzelfallentscheidungen hindurch klare Leitlinien abzeichnen, die künftige Entscheidungen mehr oder weniger prognostizierbar machen und Rechtssicherheit gewährleisten.

4 Die gerichtliche Entscheidung über die Genehmigungsfähigkeit der Geldanlage

Gegenstand dieses Kapitels ist die Anwendung der Vorschrift des § 1811 BGB durch die Rechtsprechung, wobei die richterliche Praxis seit den 1960er Jahren ins Auge gefasst wird. Allgemein lässt sich feststellen, dass der systematische Stellenwert der Norm in ihrem Verhältnis zur Grundregel der §§ 1806f. BGB über die Jahrzehnte zugenommen hat. Es wurde bereits oben darauf hingewiesen, dass das Prinzip der mündelsicheren Geldanlage nach wie vor uneingeschränkt Geltung genießt, jedoch die vom Gesetz in § 1807 I Nr. 1 – Nr. 5 vorgesehenen Formen der mündelsicheren Anlage weithin als obsolet und dringend reformbedürftig angesehen werden.⁵⁹ So schreibt *Veit* in ihrer Kommentierung des § 1807 BGB, dass die Vorschrift „zum einen dem Normzweck, den Mündel durch mündelsichere Anlagen vor Vermögensverlusten zu schützen“ „nicht (in vollem Umfang) gerecht“ werde, „weil sie auf einem überkommenen Vertrauen in die besondere Sicherheit von Staatskrediten und Grundpfandrechten im 19. Jahrhundert beruht. Dieses Vertrauen ist durch mehrere Inflationen im vorherigen Jahrhundert erschüttert worden, während zugleich die Sicherheit anderer Anlageformen erhöht wurde [...] Heute spielen etwa die Anlageformen nach Abs 1 Nr 1 nur noch eine geringe praktische Rolle, weil sie zu aufwändig sind [...] Auch die Anlageformen nach Abs 1 Nr. 4 sind kaum relevant, weil die Bundesregierung selten eine Eignungserklärung iS dieser Norm abgegeben hat“.⁶⁰ Trotz das bekannt ist, dass die in § 1807 I Nr. 1 – N. 5 BGB aufgelisteten Anlageformen nicht mehr gebräuchlich sind, hat sich der Gesetzgeber bislang nicht dazu durchgerungen, den Normtext zu überarbeiten. Die im Folgenden zu skizzierende Rechtsprechung bietet Zeugnisse eines Bewusstseinswandels zum Verhältnis der §§1807, 1811 BGB.

4.1 Das doppelte Regel-Ausnahme-Verhältnis

Wie oben angedeutet, lässt sich hinsichtlich der Auslegung und der Anwendung des § 1811 BGB der Trend ausmachen, die alternative Anwendung des § 1811 S. 1 BGB nicht mehr als ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zu begreifen.

⁵⁹ Vgl. Staudinger/*Veit*, § 1807 BGB Rn 5.

⁶⁰ Staudinger/*Veit*, § 1807 BGB Rn 54.

Unter dem Begriff „anderen Anlegung“ sind vielmehr Geldanlageformen zu verstehen, die nicht subsidiär hinter die in § 1807 I Nr. 1 - Nr. 5 BGB genannten Formen zurücktreten müssen, sondern je nach Lage des Einzelfalles gleichrangig, wenn nicht sogar vorrangig zu erwägen sind. Die historische Erfahrung zeigte, dass die Verpflichtung, Mündelgeld festverzinslich in Staatspapieren, Pfandbriefen und Hypothekenforderungen anzulegen, zu einer ruinösen Vermögenssituation des Mündels führen kann. Mit diesem Wissen, gewissermaßen noch im Gedächtnis, hat die Rechtsprechung gleichwohl bis in 50er Jahre des vergangenen Jahrhunderts hinein an der restriktiven Auslegung des § 1811 BGB festgehalten.⁶¹ Danach sollte die familiengerichtliche Erlaubnis nach § 1811 BGB eingeschränkt gehandhabt und nur in Ausnahmefällen erteilt werden. Nur wenn die alternative Anlage nicht nur als mündelsicher gelten konnte, sondern darüber hinaus erhebliche wirtschaftliche Vorteile zu versprechen schien, sollte sie als gestattungsfähig anzusehen sein.⁶² Von der Systematik bieten die §§ 1806f. BGB durchaus Anhaltspunkte für eine derart restriktive Auffassung. § 1806 BGB bestimmt eben nicht das Prinzip der mündelsicheren Anlage, von dem auch § 1811 BGB keine Ausnahme macht. Vielmehr ordnet die Vorschrift an, dass der Vormund „das zum Vermögen des Mündels gehörende Geld verzinslich anzulegen“ habe, „soweit es nicht zur Bestreitung von Ausgaben bereitzuhalten ist“. Legt man § 1811 BGB dahingehend aus, dass die Vorschrift nicht nur anderweitige verzinsliche Geldforderungen erfasst, sondern auch die nicht-verzinslichen Anlageformen wie etwa Aktien, so folgt aus Wortlaut und Systematik des § 1806 BGB eigentlich, dass die verzinsliche Geldanlageformen die Regel sind und alle anderen die Ausnahme bleiben sollen. Ähnliches lässt sich mit Blick auf die verzinslichen Geldanlagenformen feststellen, die in § 1807 I Nr. 1 – Nr. 5 BGB nicht genannt sind. Es heißt in § 1811 BGB nicht, dass das Familiengericht ausnahmsweise auch andere als die § 1807 BGB genannten Formen gestatten kann, jedoch wird der Ausnahmecharakter der familiengerichtlichen Erlaubnis nach § 1811 BGB nahegelegt durch den systematischen Zusammenhang von § 1807 und § 1811 BGB. Er erscheint allerdings, wegen des Fehlens der Formulierung „ausnahmsweise“, nicht als zwingend. Von der Regelungstechnik her lässt sich die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung des § 1811 BGB auch so verstehen, dass sie mangels abschließender Aufzählbarkeit gewissermaßen nur generalklauselartig umschrieben werden konnten.

⁶¹ Vgl. Staudinger/*Veit*, § 1811 BGB 12f.

⁶² Vgl. LG Altona, RGZ 128, 309/315; Vgl. Staudinger/*Veit*, § 1811 BGB Rn 12f.

Dies erfolgte ohne dass die Formulierung eine Wertung hinsichtlich der Frage, was Regel und was Ausnahme sein sollte beinhaltet. Die Vorschrift des § 1811 BGB nicht als eine Ausnahmegvorschrift zu § 1807 BGB zu lesen, verstieße weder gegen den Wortlaut noch gegen die Systematik der Vorschriften. Jedoch ist es der älteren Rechtsprechung nicht zu verdenken, dass die Lesart eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses nicht als abwegig erscheint. Dass diese Deutung der Vorschrift von der neueren Rechtsprechung aufgegeben worden ist, dürfte auch entscheidend mit der historischen Erfahrung zusammenhängen. Eine effiziente und gewinnbringende Vermögensverwaltung würde erschwert werden, wenn die Anlagen nach § 1807 BGB den Regelfall bildeten. Die aktuelle Erfahrung von Niedrig- oder gar Negativzinsen etwa im Falle von Bundesanleihen⁶³ strafft die gesetzgeberische Prämisse, die verzinslichen Geldanlagen des § 1807 BGB seien das Musterbeispiel mündelsicherer Investitionen, geradezu Lügen.

Stärker vom Wortlaut der Vorschrift des § 1811 BGB her festgelegt, scheint das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen der Erteilung der familiengerichtlichen Erlaubnis und ihrer Versagung. Wenn es heißt, dass die Erlaubnis nur dann verweigert werden soll, wenn die beabsichtigte Art der Anlegung nach Lage des Falles den Grundsätzen einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung zuwiderlaufen würde, so enthält der Wortlaut starke Indizien dafür, dass die Gestattung die Regel sein, die Verweigerung der Erlaubnis nur unter den in der Norm genannten Negativvoraussetzungen erfolgen soll. Ergeben sich keine Wirtschaftlichkeits-Bedenken gegen die vom Vormund vorgeschlagene Art der Anlegung, so kann das Familiengericht die Erlaubnis erteilen. Gerade auch in der Hinsicht, dass eine wirtschaftlich vorteilhaftere Anlage als gemäß § 1807 BGB bei gleichbleibender Sicherheit heutzutage nur schwer zu realisieren ist.⁶⁴ Jedoch sind die in § 1811 S. 2 BGB zur Umschreibung der Negativvoraussetzungen vom Gesetzgeber verwendeten Formulierungen, wie oben ausgeführt, auslegungs- und konkretisierungsbedürftig. Mit der Kennzeichnung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses scheint somit nicht allzu viel für die Erkenntnis der Bedeutung der Norm gewonnen zu sein.

⁶³ Vgl. *Weber*, NZFam 2017, 40.

⁶⁴ Vgl. *Jürgens*, *Betreuungsrecht*, §1811 BGB, Rn 3.

4.2 Die Kasuistik der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung zur anderen Anlegung nach § 1811 BGB unterlag, wie angedeutet, in den Jahrzehnten seit 1923 einem markanten Wandel. In diesem kam deutlich die historische Varianz mündelsicherer Geldanlagen zum Ausdruck. Im Folgenden wird der Schwerpunkt der Darstellung auf die aktuelle Rechtsprechung gelegt. Dort, wo sie gegenüber der älteren Rechtsprechung Neuland betritt, wird auf die Unterschiede der judikativen Auslegung der Norm besonders hingewiesen.

4.2.1 Regel-Ausnahme-Verhältnis

Aus dem Jahre 1978 stammt eine Entscheidung des Landgerichts Darmstadt,⁶⁵ in der das vermeintliche Regel-Ausnahme-Verhältnis von § 1807 und § 1811 BGB unterstrichen wird. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Eine Frau schenkte ihrem minderjährigen Enkel einen Betrag von 500.000,00 DM. Dessen Eltern wollten den Geldbetrag bei zwei Unternehmen, welche sich im nordamerikanischen Grundstücksmarkt bewegen, in zwei Kommanditanteilen anlegen. Die erste Instanz lehnte den Antrag auf Genehmigung der Anlage ab. Auch die Beschwerde des Antragstellers blieb erfolglos. Gesetzessystematisch ist die Besonderheit hervorzuheben, dass der Antragsteller kein Vormund war, sondern die Eltern in Vertretung ihres minderjährigen Kindes. Die einschlägige Norm, die Vorschrift des § 1642 BGB, verwendet die gleiche Formulierung wie in § 1806 BGB und § 1811 BGB, indem es heißt: „Die Eltern haben das ihrer Verwaltung unterliegende Geld des Kindes nach den Grundsätzen einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung anzulegen, soweit es nicht zur Bestreitung von Ausgaben bereitzuhalten ist“. Das Gericht verneint die Genehmigungsfähigkeit der von den Eltern beabsichtigten Geldanlagen im Grunde mit einem doppelten Argument: dem vermeintlichen Regel-Ausnahme-Verhältnis, in welchem § 1811 BGB zu interpretieren sei, und die besonderen Anforderungen und Voraussetzungen, die die anderweitige Anlage zum Schutz des Mündels erfüllen müsste.

⁶⁵ Vgl. LG Darmstadt, NJW 1979, 274.

Danach werde „die Anlage von Mündelgeld, die nicht nach §§ 1807, 1808 BGB erfolgt, noch immer als Ausnahme behandelt, die nicht zum Regelfall werden“⁶⁶ dürfe. Aus diesem Grunde sei „die Genehmigung an besondere Voraussetzungen gebunden, die dem Wohl des Mündels dienen und zu seinem Schutz beachtet werden“⁶⁷ müssten. „Für die Entscheidung“ spiele „es keine Rolle, ob man sich der vom RG [...] und einigen Obergerichten [...] vertretenen Auffassung“ anschließe „und Abweichungen von der Regelanlage nur bei besonderen Gründen“ zulasse, oder ob man „die Gleichwertigkeit der beabsichtigten mit der gesetzlich vorgesehenen Geldanlage für ausreichend“⁶⁸ ansehe. Dem LG Darmstadt zufolge ist es für die familiengerichtliche Erlaubnis nämlich gemäß beider Auffassungen unverzichtbar, dass die Erhaltung des Vermögens des Mündels als sichergestellt erscheint.⁶⁹ Bereits bei einer abstrakten, lediglich auf die Art der Geldanlage abstellenden Betrachtungsweise sei offenkundig, dass die Anlage des Mündelgeldes in Form einer KG mit einer beschränkt einstandspflichtigen GmbH als Komplementärin, die ihre Gewinnerzielungsabsicht im Ausland verfolge, mit nicht unerheblichen Risiken verbunden sei.⁷⁰

Das Landgericht Hannover⁷¹ hatte bereits in einer Entscheidung aus dem Jahre 1965 die These vom Regel-Ausnahme-Verhältnis dahingehend präzisiert, dass die andere Anlegung im Sinne des § 1811 BGB eine Abweichung von der gesetzlichen Typik des § 1807 I Nr. 1 – Nr. 5 BGB begründe und die gestattungsfähigen alternativen Anlageformen nicht ohne weiteres analogie- und verallgemeinerungsfähig seien. Die Genehmigung sei „dann zu erteilen, wenn ohne weiteres festzustellen ist, daß die gewünschte Anlage der gesetzlich vorgesehenen Geldanlage gleichwertig ist, d.h. die gleiche Sicherheit gegeben ist und auch die wirtschaftlichen Vorteile gleich“⁷² seien. Es sei „festzuhalten, daß § 1811 BGB eine Ausnahmebestimmung ist und daß der Ausnahmecharakter dieser Bestimmung gewahrt bleiben muß. Das wäre jedoch dann nicht mehr der Fall, wenn über den Kreis der Großbanken hinaus auch alle Regionalbanken und privaten Geschäftsbanken einbezogen würden“.⁷³

⁶⁶ LG Darmstadt, NJW 1979, 274.

⁶⁷ LG Darmstadt, NJW 1979, a.a.O.

⁶⁸ LG Darmstadt, NJW 1979, a.a.O.

⁶⁹ Vgl. LG Darmstadt, NJW 1979, a.a.O.

⁷⁰ Vgl. LG Darmstadt, NJW 1979, a.a.O.

⁷¹ Vgl. LG Hannover, NJW 1966, 661f.

⁷² LG Hannover, NJW 1966, a.a.O.

⁷³ LG Hannover, NJW 1966, 661f.

Damit hat das Landgericht Hannover eine Sichtweise an den Tag gelegt, mit der es entschieden der Auffassung widerspricht, dass eine anderweitige Anlegung im Sinne des § 1811 BGB nur unter sehr engen Voraussetzungen genehmigungsfähig sei. Ausreichend sei für die Erteilung der Erlaubnis bereits die Feststellung von zweierlei Gleichwertigkeit: einerseits in punkto Sicherheit der Anlage, andererseits in punkto wirtschaftlicher Vorteile.⁷⁴ Es sei nicht erforderlich, dass die alternative Anlage mit größeren wirtschaftlichen Vorteile als die Anlagen der gesetzlichen Typik verbunden sei.⁷⁵

4.2.2 Gold in Zeiten der Niedrigzinsphase

Die Genehmigungsfähigkeit der anderen Anlegung im Sinne des § 1811 BGB hängt nach der (aktuellen) Rechtsprechung auch und gerade von bestimmten Schwankungen des Geldmarkts ab. Diese können im Extrem dazu führen, dass die vom historischen Gesetzgeber als sicher bewertete verzinslichen Geldanlagen im Sinne des § 1807 BGB faktisch alles anderes als sicher sind. In Zeiten der Niedrigzinsphase kann sich die Anlage des überschüssigen Mündelgeldes in Gold als sicherer und gewinnbringender als jede verzinsliche Anlage empfehlen. Ein Beispiel für diesen Trend bietet eine Entscheidung des Landgerichts Rottweil⁷⁶ aus dem Jahre 2016, der folgender Sachverhalt zugrunde lag: Der Betroffene wurde seit 2014 rechtlich betreut. Bereits zum Zeitpunkt der Bestellung des Betreuers war Edelmetall im Wert von etwa 10.000 € in seinem Vermögen vorhanden. Der Betreute bezog monatlich eine staatliche Rente, ferner eine Betriebsrente sowie Rentenbeihilfe. Nach Abzug von Pflegeheimkosten sowie sonstiger Aufwendungen ergab sich ein monatlicher Überschuss, den der Betreuer in Gold investierte, wobei sich das Investitionsvolumen auf etwa 20.000 € belief. Das Gericht weist in seiner Entscheidung darauf hin, dass § 1811 BGB keine Ausnahme zu § 1807 BGB bilde, welche zu begründen ist.⁷⁷ Beide Normen stünden gleichberechtigt nebeneinander in ihrer Anwendung.⁷⁸

⁷⁴ Vgl. LG Hannover, NJW 1966, 661f.

⁷⁵ Vgl. LG Hannover, NJW 1966, 661f.

⁷⁶ Vgl. LG Rottweil, B. v. 19.08.2016, 1 T 111/16, (juris).

⁷⁷ Vgl. LG Rottweil, B. v. 19.08.2016, 1 T 111/16, (juris).

⁷⁸ Vgl. LG Rottweil, B. v. 19.08.2016, 1 T 111/16, (juris).

Bei der anzustellenden Gesamtabwägung aller Umstände des Einzelfalls könne sich durchaus ergeben, dass die Anlage in Gold in punkto Sicherheit und Gewinnträchtigkeit den traditionellen Anlageformen des § 1807 BGB gleichzustellen seien, ja, diesen sogar überlegen sein könne.⁷⁹

Ähnlich hat das Landgericht Kempten⁸⁰ in einem Beschluss aus dem Jahre 2008 argumentiert. Der Entscheidung lag der Fall eines Betreuten zugrunde, der durch die Besonderheit ausgezeichnet war, dass der Betreute über ein Vermögen von etwa 400.000,00 € verfügte, das teils auf einem Geldmarktkonto, teils in Aktien, teils in einem gemischten Fonds angelegt war. Der Betreute war zudem bereits im Besitz von 1kg Gold. Sein Betreuer beabsichtigte weitere Kilos an Gold für den Betreuten zu erwerben. Die familiengerichtliche Erlaubnis dieser Anlegung wurde zum einen auf die allgemeine wirtschaftliche Entwicklung und zum anderen auf die besonderen Umstände des Einzelfalles gestützt. „Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass das bisherige Vermögen des Betroffenen bereits weit gestreut ist“, so das Gericht, „erscheint der Kauf eines weiteren Kilos von Gold gerade unter Berücksichtigung der gegenwärtigen Lage am Finanzmarkt einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung nicht zuwiderlaufend. Dies gilt vorliegend jedenfalls deshalb, weil der Betroffene über ein erhebliches Gesamtvermögen verfügt, und der beabsichtigte Anlagebetrag nur einen unbedeutenden Teil des Vermögens betrifft“.⁸¹ Nach *Zimmermann* ist die Risikostreuung die einzige „allgemein anerkannte Regel für die Vermögensanlage“⁸² nach § 1811 BGB. Allerdings dürfte es in der genannten Fallkonstellation der Umstand, dass das Vermögen des Mündels bzw. Betreuten auf unterschiedliche Anlageformen verteilt wird, nicht unbedingt als zwingende Voraussetzung anzusehen sein. Wahrscheinlich wäre vor dem Hintergrund der allgemeinen Zinssituation die Anlage des Gelds in Goldbeständen auch dann genehmigt worden, wenn das Vermögen des Betreuten nicht so weit gestreut wäre.

⁷⁹ Vgl. LG Rottweil, B. v. 19.08.2016, 1 T 111/16, (juris).

⁸⁰ Vgl. LG Kempten, B. v. 21.11.2008, 42 T 2071/08, (juris).

⁸¹ LG Kempten, B. v. 21.11.2008, 42 T 2071/08 (juris).

⁸² *Zimmermann*, ZEV 2014, 76/78.

4.2.3 Immobilienfonds

Ein weiteres Beispiel für andere Anlegungen im Sinne des § 1811 BGB, welche die Instanzengerichte in jüngerer Zeit auf den Plan gerufen haben, bilden die Immobilienfonds. Diese existieren in offener und geschlossener Form. Bei einem offenen Immobilienfonds beteiligt sich der Anleger an unbeschränkt vielen Grundstücken, bei einem geschlossenen lediglich an einen oder mehreren Immobilien.⁸³ Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang ein Beschluss des OLG Frankfurt⁸⁴ vom Juli 2002. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Betreuer wurde für den Aufgabenkreis der Vermögenssorge bestellt. In dieser Funktion beantragte er im Jahre 2001 die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der Anlage eines Geldbetrages von 300.000 DM in einem offenen Immobilienfonds. Das Vermögen des Betreuten belief sich 380.000 DM an Bargeld. Dem Betreuten war ein lebenslanges Wohnrecht an einem zunächst ererbten und sodann veräußerten Wohnhaus eingeräumt. Der Betreute war in einer Behindertenwerkstatt mit einer monatlichen Vergütung von ungefähr 250 DM tätig. Der Betreuer schätzte die monatlich aus dem Vermögen des Betreuten für die Bestreitung von dessen Lebensunterhalt einzusetzende Mittel auf 1.000 bis 2.000 DM ein. Das erstinstanzlich zuständige Amtsgericht versagte die Genehmigung für die beabsichtigte Geldanlage mit der Begründung, dass die angestrebte Anlageform der erforderlichen Sicherheit für die Rückzahlung des investierten Mündelvermögens ermangele und die Rendite des in den Fonds zu investierenden Kapitals vom Gericht nicht eingeschätzt werden könne.⁸⁵ Auf die Beschwerde des Betreuers hin, hielt das LG am Tenor der erstinstanzlichen Entscheidung fest. Auch die weitere Beschwerde, über die das OLG Frankfurt zu befinden hatte, blieb ohne Erfolg. Das Gericht bringt im Wesentlichen drei Argumente ins Spiel: die fehlende Sicherheit der Anlage, die geringe Streubreite der Investitionen und den Anteil der vorzunehmenden Investition am Gesamtvermögen des Betreuten.⁸⁶ Die Genehmigung einer anderweitigen Geldanlage erfordere „eine umfassende Prüfung der Vor- und Nachteile, ausgerichtet an den jeweiligen Umständen des Einzelfalles“.⁸⁷

⁸³ Vgl. *Sorg*, BWNNotZ 2010, 107/124.

⁸⁴ Vgl. OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 2002, 1660ff.

⁸⁵ Vgl. OLG Frankfurt a.M., NJW-RR 2002, a.a.O.

⁸⁶ Vgl. OLG Frankfurt a.M., NJW-RR 2002, a.a.O.

⁸⁷ OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 2002, a.a.O.

Zwar dürfe dem „gesetzlichen Ziel der Erhaltung des Vermögens des Mündels oder Betreuten“, das in § 1807 BGB seinen Niederschlag gefunden habe, „besonderes Gewicht in Relation zur Erzielung einer höheren Rendite eingeräumt werden“, es seien dabei jedoch „stets auch die individuellen Umstände“ des Einzelfalls „zu berücksichtigen“.⁸⁸ Dazu gehörten „insbesondere Art und Umfang des Vermögens sowie dessen in der Vergangenheit eigenverantwortlich getroffenen Anlageentscheidungen“.⁸⁹ Von Bedeutung sei für die Entscheidung darüber hinaus, ob der Betreute „seinen laufenden Lebensunterhalt aus anderweitigen Einkünften bestreiten kann oder hierzu auf die Erträge aus der beabsichtigten Geldanlage oder auch die längerfristige Verwertung von deren Substanz angewiesen ist“.⁹⁰ Zudem sei „zu berücksichtigen, dass es bei größeren Vermögen den Grundsätzen einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung entspricht, eine Streuung auf unterschiedliche Anlagearten vorzunehmen“,⁹¹ so das Gericht im Anschluss an die ständige Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.⁹² Das Gericht weist in seiner Entscheidung darauf hin, dass es für die Beurteilung der Lage im Tatsächlichen, das heißt Wertsicherheit und Renditeaussichten, unter Umständen auf die Einholung eines Sachverständigen-Gutachtens angewiesen sei.⁹³

Nach Darlegung der es leitenden Grundsätze vermag das Gericht den Sachverhalt des zu entscheidenden Falles relativ zwanglos unter die Tatbestandsmerkmale des § 1811 BGB zu subsumieren. Eine Genehmigung der Geldanlage gemäß § 1811 BGB komme insofern nicht in Betracht, als der Betreute einerseits „zur Bestreitung seines laufenden Lebensunterhalts sowie des Aufwendersatzes und der Vergütung des Betreuers auf die Substanz seines Vermögens zurückgreifen“⁹⁴ müsse und erst 47 Jahre alt sei. Andererseits sei „zu berücksichtigen, dass das Vermögen [...] neben dem im Grundbuch eingetragenen Wohnrecht an der von ihm genutzten Wohnung unter Berücksichtigung seiner zwischenzeitlichen weiteren Ausgaben deutlich unter 400000 DM“⁹⁵ betrage.

⁸⁸ OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 2002, 1660ff.

⁸⁹ OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 2002, a.a.O.

⁹⁰ OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 2002, a.a.O.

⁹¹ OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 2002, a.a.O.

⁹² Vgl. OLG Köln, NJW-RR 2001, 577f; Vgl. OLG Schleswig, BtPrax 2000, 87f; Vgl. OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 1999, 1236f.

⁹³ Vgl. OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 2002, 1660ff.

⁹⁴ OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 2002, 1660ff.

⁹⁵ OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 2002, 1660ff.

Das Gericht⁹⁶ weist darauf hin, dass es die Anlage in einem offenen Immobilienfonds nicht per se ablehne, sondern lediglich an dem Umfang der zu tätigen Investition sowie an der Intention, das zu investierende Kapital in einer Anlage

anzulegen, Anstoß nehme. Dieser widerspreche den Grundsätzen einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung im Sinne des § 1811 S. 2 BGB.⁹⁷ *Sorg* zufolge sind geschlossene Immobilienfonds per se nicht genehmigungsfähig.⁹⁸ Zu bedenken ist weiterhin, dass es außerhalb des § 1811 BGB Genehmigungstatbestände gibt, die eine Beteiligung des Mündels an einem geschlossenen Immobilienfonds als genehmigungsfähig erscheinen lassen, nämlich die Vorschrift des § 1822 Nr. 3 BGB. Danach bedarf der Vormund der Genehmigung des Familiengerichts, wenn ein Vertrag abgeschlossen werden soll, „der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird“. Soll der Mündel mit Eigenkapital an einem geschlossenen Immobilienfonds in Form einer Kommanditgesellschaft beteiligt werden, so ist eine Genehmigung nach § 1822 Nr. 3 BGB erforderlich.⁹⁹ Der These von *Sorg* ist kritisch entgegenzuhalten, dass es nicht recht einleuchtet, weshalb die Beteiligung an offenen Immobilienfonds im Rahmen des § 1811 BGB genehmigungsfähig sein soll, die Beteiligung an geschlossenen Immobilienfonds jedoch nicht. *Sorg* begründet diese These auch nicht, sondern stellt schlicht fest, dass geschlossene Immobilienfonds im Unterschied zu offenen nicht genehmigungsfähig seien.¹⁰⁰ Aufgrund ihrer langfristigen Kapitalbindung erscheinen geschlossene Immobilienfonds zwar grundsätzlich als risikobehafteter, dass sie deshalb bereits aus dem Kreis der nach § 1811 BGB genehmigungsfähigen Anlageformen ausscheiden sollen, ist nicht nachzuvollziehen. Dies leuchtet insbesondere deshalb nicht ein, weil dem Mündel bei dem Beitritt zu einer Gesellschaft, die Inhaberin eines geschlossenen Immobilienfonds, grundsätzlich die Regeln des Verbraucherschutzes §§ 312ff BGB zugutekommen. Im Anschluss an das EuGH-Urteil vom 15.04.2010 (Az: C-215/08) erkennt die Rechtsprechung¹⁰¹ an, dass den Besonderheiten des Gesellschaftsrechts bei der Anwendung der Verbraucherschutzvorschriften Rechnung getragen werden müsse.

⁹⁶ OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 2002, 1660ff.

⁹⁷ OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 2002, a.a.O.

⁹⁸ Vgl. *Sorg*, BWNotZ 2010, 107/125.

⁹⁹ Vgl. OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 1999, 1236f.

¹⁰⁰ Vgl. *Sorg*, BWNotZ 2010, 107/125.

¹⁰¹ Vgl. OLG Stuttgart, U. v. 06.04.2016, 14 U 2/15, (juris).

Der Verbraucherschutz könne nicht absolut gelten, sondern bedürfe einer Korrektur bzw. Justierung auf der Ebene der Rechtsfolgen.¹⁰² So komme es in Betracht, dass ein Gesellschafter, der wirksam seinen Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds widerrufen hat, einen Anspruch auf Auskehrung seines Auseinandersetzungsguthabens habe.¹⁰³ Diese allerdings lediglich in Höhe des Betrags, der sich zum Zeitpunkt seines Ausscheidens ergebe und nicht etwa zum Zeitpunkt seines Beitritts, wie es die Aussage der §§ 357ff BGB eigentlich nahelege.¹⁰⁴ Bereits im Jahre 2010 hat der BGH¹⁰⁵ im Anschluss an das genannte EuGH-Urteil festgestellt, dass die sogenannte Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft, mit der die Ansprüche des vorzeitig ausscheidenden Gesellschafters mit den Ansprüchen der anderen Gesellschafter und der Gesellschaft als Ganzes zu einem gerechten Ausgleich gebracht werden sollen, mit den Wertungen der Verbraucherschutz-Richtlinie 85/577/EWG sich vereinbaren lasse und einer Anwendung des Widerrufsrechts des Verbrauchers nicht entgegenstehe.

4.2.4 Renten- und Aktienfonds

Renten- und Aktienfonds erfreuen sich einer gewissen Beliebtheit als „andere Anlegung“ im Sinne des § 1811 S. 1 BGB und beschäftigen entsprechend die Gerichte, wenn es darum geht, die Erlaubnis für die alternative Geldanlage einzuholen. Drei oberlandesgerichtliche Entscheidungen sollen in diesem Kontext vorgestellt werden.

Einem vor dem OLG Köln¹⁰⁶ verhandelten Fall lag die prozessuale Konstellation zugrunde, dass ein Antrag auf Anlegung des Geldes in einem Aktienfonds des Betreuers in zweiter Instanz genehmigt wurde. Hiergegen legte der Verfahrenspfleger Beschwerde ein. Auf dieser weiteren Beschwerde des Verfahrenspfleger hin bekräftigte das OLG Köln die Entscheidung des Landgerichts. Zentrale Argumente seiner Entscheidung entwickelt das Gericht wiederum aus den Gesichtspunkten der Streuungsbreite und der allgemeinen Vermögenssituation des Betroffenen.¹⁰⁷

¹⁰² Vgl. OLG Stuttgart, U. v. 06.04.2016, 14 U 2/15, (juris).

¹⁰³ Vgl. OLG Stuttgart, U. v. 06.04.2016, 14 U 2/15, (juris).

¹⁰⁴ Vgl. OLG Stuttgart, U. v. 06.04.2016, 14 U 2/15, (juris).

¹⁰⁵ BGH, DStR 2010, 1680f.

¹⁰⁶ Vgl. OLG Köln, NJW-RR 2001, 577f.

¹⁰⁷ Vgl. OLG Köln, NJW-RR 2001, a.a.O.

Dabei verweist das Gericht auf die durchaus stets noch umstrittene Handhabung des § 1811 BGB, wenn es darum geht, die Sicherheits- und Rentabilitätsgesichtspunkte zu gewichten.¹⁰⁸ Der Entscheidung des OLG Köln lag der Fall einer 79-jährigen Betreuten zugrunde, die über Vermögen von annähernd 270.000 DM verfügte und zudem eine monatliche Rente von 6.100 DM bezog. Die Betroffene war mit monatlichen Lebenshaltungskosten von ungefähr 4.000 DM nicht darauf angewiesen, auf ihr Vermögen zum Zwecke der Bestreitung ihres Lebensunterhalts zurückzugreifen, sondern konnte dieses Jahr für Jahr mehren. Der Betreuer wollte 60.000 DM des gestreut angelegten Kapitals in einen Aktienfonds mit europäischem Schwerpunkt investieren. Dieses Ansinnen wies die Rechtspflegerin unter Hinweis auf die Kursschwankungen und damit verbundenen Verlustrisiken zurück. Auf Beschwerde des Betreuers und nach Abänderung des Antrages in Anlegung des Geldes in einen Wertpapierfonds genehmigte das Landgericht die Anlegung. Hiergegen wendete sich der Verfahrenspfleger. Das Oberlandesgericht befand die Entscheidung der Vorinstanz für ermessensfehlerfrei.¹⁰⁹ Es führt aus, dass das Landgericht zu Recht davon ausgegangen sei, dass die vom Betreuer projektierte Anlage sowohl hinreichend sicher sei und außerdem erkennbare wirtschaftliche Vorteile verspreche.¹¹⁰ Es weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Vorinstanz, rechtlich vertretbar, den strengeren Ansatz der (älteren) Rechtsprechung, welche auf die erkennbaren wirtschaftlichen Vorteile der alternativen Anlegung abstelle, sich zu eigen gemacht habe.¹¹¹ Insoweit könne die Entscheidung des Meinungsstreites mit der weniger strengen Betrachtungsweise der Literatur, die keine Vorteile gegenüber den Anlagenformen des § 1807 BGB verlangt, dahinstehen.¹¹² Das Landgericht habe „die gebotene Einzelfallprüfung vorgenommen und unter Auswertung einschlägiger Rechtsprechung zur Genehmigungsfähigkeit von Anlagen in Investment- oder Aktienfonds [...] die Vor- und Nachteile der konkreten Anlage“ in rechtlich nicht zu beanstandender Weise „abgewogen“.¹¹³

¹⁰⁸ Vgl. OLG Köln, NJW-RR 2001, a.a.O.

¹⁰⁹ Vgl. OLG Köln, NJW-RR 2001, 577f.

¹¹⁰ Vgl. OLG Köln, NJW-RR 2001, a.a.O.

¹¹¹ Vgl. OLG Köln, NJW-RR 2001, a.a.O.

¹¹² Vgl. OLG Köln, NJW-RR 2001, a.a.O.

¹¹³ OLG Köln, NJW-RR 2001, a.a.O.

Es habe „sich weiter durch gezielte Anheimgaben an den Betreuer Erkenntnisse zu den wirtschaftlichen Verhältnissen“ der Betreuten „und der Anlage ihres Vermögens in der Vergangenheit sowie zur Struktur und Entwicklung des Fonds [...] verschafft und sich schließlich [...] darüber orientiert, bei welchen Fonds Vormundschaftsgerichte in der Vergangenheit Anlagen genehmigt haben, wie einer entsprechenden Liste mit einer Vielzahl von Entscheidungen, die sich bei den Akten befindet, zu entnehmen“ sei.¹¹⁴ Das Gericht betont, dass es bei der Prüfung der Anlagensicherheit zu Recht auf die „Schutzvorschriften des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften (KAGG), insbesondere denjenigen über die Risikostreuung (§§ 8ff. KAGG)“¹¹⁵ abgeleitet habe. Es entkräftet den Einwand, Aktienfonds seien wegen der ihnen innewohnenden Kursschwankungen keine sicheren Geldanlagen mit dem Hinweis, dass dieses Argument als solches die Genehmigungsfähigkeit der Anlage im Sinne des § 1811 BGB nicht ausschließe.¹¹⁶ Auf der Linie dieser Entscheidung liegt auch ein Beschluss des OLG Schleswig-Holsteins¹¹⁷ aus dem Jahre 1999, welchem eine ähnliche prozessuale Konstellation wie der dargestellten Entscheidung des OLG Köln zugrunde lag. Die Rechtspflegerin hatte die Anlage in Investmentanteilen und in Fonds zurückgewiesen, da sie mündelsichere Anlage favorisiere. Das vom Antragsteller angerufene Landgericht wies die Beschwerde dagegen zurück. Erst das Oberlandesgericht gab dem Antragsteller Recht und erkannte die weitere Beschwerde als begründet an. Dabei war der tragende Grund der Entscheidung des Oberlandesgerichts der Einwand eines Ermessensfehlers in der Entscheidung der Vorinstanz.¹¹⁸ Diese habe ihr Ermessen nicht anhand der Umstände des einzelnen Falles ausgeübt, sondern sei zu Unrecht von einer abstrakten Nicht-Eignung diese Anlageform als alternativer Anlegung im Sinne des § 1811 BGB ausgegangen.¹¹⁹

Ähnlich hat das OLG München¹²⁰ in einer Entscheidung aus dem Jahre 2009 argumentiert.

¹¹⁴ OLG Köln, NJW-RR 2001, a.a.O.

¹¹⁵ OLG Köln, NJW-RR 2001, 577f.

¹¹⁶ Vgl. OLG Köln, NJW-RR 2001, a.a.O.

¹¹⁷ Vgl. OLG Schleswig, FGPrax 2000, 23f.

¹¹⁸ Vgl. OLG Schleswig, FGPrax 2000, a.a.O.

¹¹⁹ Vgl. OLG Schleswig, FGPrax 2000, a.a.O.

¹²⁰ Vgl. OLG München, NZG 2010, 1230.

Bei der Beurteilung der Gestattungsfähigkeit der alternativen Geldanlage sei davon auszugehen, dass „Aktien sowie Beteiligungen an Aktien- und Rentenfonds nicht schon von vornherein wegen eines allgemeinen Risikos von Kursschwankungen und Schwankungen des Renten- und Geldmarkts als Anlagen nach § 1811 BGB ausscheiden“.¹²¹ Ob die jeweils „beantragte anderweitige Anlageform den Grundsätzen einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung“ entspreche, sei „aufgrund einer umfassenden Prüfung der Vor- und Nachteile, ausgerichtet an den Umständen des Einzelfalls, zu beurteilen“.¹²² Dabei sei „auf ein angemessenes Verhältnis von Anlagesicherheit zum Zweck der Vermögenserhaltung und Rentabilität im Sinne einer optimalen Renditeerzielung zu achten“.¹²³ Relevant seien ferner „Art und Umfang des Vermögens sowie die in der Vergangenheit vom Betroffenen eigenverantwortlich getroffenen Anlageentscheidungen“.¹²⁴ Zudem sei „zu berücksichtigen, ob und inwieweit der Betroffene seinen laufenden Lebensunterhalt aus anderen Einkünften bestreiten kann oder hierzu auf die Erträge aus der beabsichtigten Geldanlage oder auch auf die längerfristige Verwertung von deren Substanz angewiesen ist“.¹²⁵ Das Gericht betont, im Einklang mit der obergerichtlichen Rechtsprechung, dass „bei größerem Vermögen“ „es den Grundsätzen einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung“ entspreche, „eine Streuung auf verschiedene Anlagearten vorzunehmen“.¹²⁶

4.3 Ermessenstypologie und gerichtliche Kontrolldichte

Die oben skizzierte neuere (obergerichtliche) Rechtsprechung zur Erlaubnisfähigkeit alternativer Geldanlage lässt eine gewisse Stetigkeit und Regelmäßigkeit der Entscheidungsbegründungen erkennen. Es sind stets wiederkehrende argumentative Schemata und Begründungsfiguren, welche die Rechtsprechung verwendet, um Genehmigungsfähigkeit einer Geldanlage zu bejahen oder zu verneinen.

¹²¹ OLG München, NZG 2010, a.a.O.

¹²² OLG München, NZG 2010, a.a.O.

¹²³ Vgl. OLG München, NZG 2010, a.a.O.

¹²⁴ OLG München, NZG 2010, 1230.

¹²⁵ OLG München, NZG 2010, a.a.O.

¹²⁶ OLG München, NZG 2010, a.a.O.

Prozessual besteht die Besonderheit, dass die erste amtliche Entscheidung über die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung gemäß §§ 3 Nr. 2 a), 14 RPfIG dem Rechtspfleger zugewiesen ist.¹²⁷ Die Ausbildung als Rechtspfleger ist dergestalt ausgerichtet, dass die ihm vom Gesetz übertragenen Aufgaben ordnungsgemäß erledigt werden können.¹²⁸ Innerhalb der Ausbildung werden keine speziellen Kenntnisse zu verschiedenen Anlageformen vermittelt. Es ist jedoch offensichtlich, dass die Beurteilung von Geldanlagen auf ihre Sicherheit und Rentabilität spezifischen Sachverstand erfordert. In der Praxis ist es üblich, dass der mit der Aufgabe des Familiengerichts betraute Rechtspfleger das Gutachten eines Sachverständigen als Entscheidungsgrundlage heranzieht.¹²⁹ Das Familiengericht entscheidet „nach pflichtgemäßem Ermessen unter Abwägung aller (*sämtlicher*) Vor- und Nachteile einer Anlage“¹³⁰. Es fragt, welche Qualität die Entscheidung genau aufweist. Was heißt pflichtgemäßes Ermessen? Das BGB kennt anders als das Verwaltungsrecht keine eigene Typologie des Ermessens und möglichen Ermessensfehler. Geläufig ist im Verwaltungsrecht die Unterscheidung zwischen einem Beurteilungs- oder Tatbestandsermessen auf der einen Seite und dem Rechtsfolgnermessen auf der anderen Seite. Es fragt sich, ob die verwaltungsrechtliche Unterscheidung hier anwendbar gemacht werden kann, um die Eigenarten des Ermessens und der gerichtlichen Prüfungstiefe zu verstehen und zu charakterisieren.

In der Regel ist einer Behörde ein Ermessen lediglich auf der Rechtsfolgenseite einer Norm eingeräumt. Das heißt, die Behörde kann von ihrem Ermessen nur dann Gebrauch machen, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen der Norm erfüllt sind. Im Wortlaut des § 1811 S. 1 BGB kommt die Qualität der vom Familiengericht zu treffenden Entscheidung als einer Ermessensentscheidung durch die Verwendung des Wortes „kann“ zum Ausdruck. „Das Familiengericht kann dem Vormund eine andere Anlegung als die in § 1807 BGB vorgeschriebene gestatten“. Es fragt sich, ob sich diese Formulierung als Einräumung eines Rechtsfolgen-Ermessens verstehen lässt, dass vom übergeordneten Rechtsanwender (nur) auf mögliche Ermessensfehler hin beurteilt werden kann.

¹²⁷ Vgl. Staudinger/*Veit*, § 1811 BGB Rn 31.

¹²⁸ Vgl. Arnold/Meyer-Stolte/Georg, § 2 RPfIG Rn 6.

¹²⁹ Vgl. Staudinger/*Veit*, § 1811 BGB Rn 30.

¹³⁰ Vgl. OLG München, FamRZ 2009, 1860; Staudinger/*Veit*, § 1811 BGB Rn 18.

An Ermessensfehler kommen nach § 114 VwGO der Ermessensausfall, der Überschreitung von Ermessensgrenzen sowie der Ermessensfehlgebrauch in Betracht.¹³¹ Hiervon ist das Tatbestandsermessen zu unterscheiden. Ob einem Träger öffentlicher Gewalt im Rahmen der Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs ein Beurteilungsspielraum bzw. Tatbestandsermessen eingeräumt ist, richtet sich nach dem materiellen Recht. Fehlt eine explizite gesetzliche Aussage dazu, so muss die gesetzliche Bestimmung entsprechend ihrem Sinn und Zweck und „unter Berücksichtigung der Eigenart der einschlägigen Verwaltungsmaterie“ ausgelegt werden¹³². Das BVerwG¹³³ hat Gesetzen insbesondere dann eine Beurteilungsermächtigung für die Verwaltung entnommen, wenn die zu treffenden Entscheidungen „im Wege wertender Erkenntnis ergehen“¹³⁴. Das Gericht ist auf die Feststellung von Beurteilungsfehlern beschränkt.¹³⁵ Ein Beurteilungsfehler liegt etwa vor, wenn die Behörde das anzuwendende Recht falsch beurteilt.¹³⁶ Die konkretisierungsbedürftigen Rechtsbegriffe auf der Tatbestandsseite der Vorschrift des § 1811 BGB sind voll justizierbar und enthalten keinen nicht kontrollierbaren Entscheidungsspielraum. Das Ermessen des Familiengerichts ist ein Rechtsfolgenermessen. Die Entscheidung des Rechtspflegers, die vom Vormund oder Betreuer mittels Beschwerde angegriffen werden kann, ist vom Gericht nur bedingt, nämlich hinsichtlich möglicher Ermessensfehler, zu überprüfen.

¹³¹ Vgl. *Krausnick*, JuS 2010, 778.

¹³² BVerwG, BVerwGE 72, 195/199.

¹³³ Vgl. BVerwG, BVerwGE 72, 195/206.

¹³⁴ BVerwG, BVerwGE 72, 195/206.

¹³⁵ Vgl. *Kment/Vorwalter*, JuS 2015, 193/197.

¹³⁶ *Kment/Vorwalter*, JuS 2015, 193/197.

5 Das Leitbild der Vermögenssorge des Vormunds/Betreuers

Anders als die elterliche Vermögenssorge ist die des Vormunds und Betreuers als eine ausschließlich fremdnützige vom Gesetzgeber festgelegt. Es fragt sich, welche Folgen sich aus diesem Leitbild und dieser grundlegenden Wertung und Weichenstellung für die Entscheidung über eine alternative Anlegung nach § 1811 BGB ergeben. Gleichzeitig wird das Verhältnis Vormund – Mündel – judikative Gewalt jedoch auch vom Grundsatz der Autonomie der Vormundschaft beherrscht. Nach *Coester-Waltjen* „bezwecken“ sämtliche „im Bereich der Kapitalanlage bestehenden Bindungen des Vormunds“ „Kontrolle, nicht aber Preisgabe des Grundsatzes der autonomen Vormundschaft für einen Teilbereich“.¹³⁷ Das strukturelle Problem einer möglichen Interessenskollision, das unter je unterschiedlichen Vorzeichen das Verhältnis Eltern/Kind ebenso wie das Verhältnis Berater/Kapitalanleger prägen kann, existiert im Verhältnis Vormund bzw. Betreuer/Mündel bzw. Betreuer insofern nicht, als zumindest abstrakt betrachtet die Anlage-Entscheidung des Vormund/Betreuers nicht eigennützig motiviert sein kann. Der Schutz des Mündels, der über §§ 1806f. und § 1811 BGB vermittelt wird, bezieht sich auf die Risiken einer Vermögensminderung, welchen bestimmten Geldanlagen zu eigen sind.

5.1 Vergleich zur elterlichen Vermögenssorge

Im Unterschied zur Vermögenssorge der Eltern, die durch ein hohes Maß an elterlicher Entscheidungsfreiheit gekennzeichnet ist, ist die Vermögensverwaltung durch den Vormund eine „Vermögensverwaltung mit beschränkter Maßnahmenwahl“.¹³⁸ Für den Vormund gilt bei der Wahrnehmung der persönlichen und vermögensrechtlichen Interessen seines Mündels nicht die Haftungsprivilegierung der Eltern (§ 1664 BGB).

¹³⁷ Gernhuber/*Coester-Waltjen*, § 72 Rn 48.

¹³⁸ Gernhuber/*Coester-Waltjen*, § 72 Rn 24.

Dies wäre lediglich anders, wenn der Vormund mit seinem Mündel in häuslicher Gemeinschaft lebte.¹³⁹ Einen Vergütungsanspruch sieht das Gesetz nur für Berufsvormünder vor, wie aus § 1836 I S. 2 BGB folgt. § 1800 BGB verweist auf die Regelungen der elterlichen Personensorge §§ 1631-1632 BGB, dabei besteht eine stärkere Bindung des Vormundes („Grundsatz stärkerer Skrutinität“¹⁴⁰), trotz Fehlens der emotionalen Bindung, welche zwischen Eltern und Kind besteht. Neben der Personensorge trifft den Vormund die Pflicht zu Vermögenssorge, die, wie angedeutet, „fremdnützige Vermögensverwaltung ohne jeden eigennützigen Einschlag“¹⁴¹ ist, wie aus § 1805 BGB folgt. Der Vormund kann seine Entlassung gemäß § 1889 BGB aus wichtigem Grund beantragen, nicht jedoch die Eltern eines Kindes. Der Vormund muss im Einzelfall anders als die Eltern stets prüfen, ob für sein Handeln die Mitwirkung, das heißt eine Genehmigung des Familiengerichts, wie im Rahmen des § 1811 BGB, erforderlich ist. Ansonsten hat das Familiengericht gemäß § 1837 I BGB lediglich eine beratende Funktion, es kann und muss gemäß § 1837 II-IV in Verbindung mit § 1666 BGB dann eingreifen, wenn das Wohl des Mündels gefährdet ist.

5.2 Haftungsfragen

Auch in punkto Haftung unterscheidet sich die elterliche Vermögenssorge von der des Vormunds bzw. Betreuers. Das anzuwendende Recht für letztere ist § 1833 BGB. Danach haftet der Vormund für den aus seiner Pflichtverletzung entstehenden Schaden, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt. Für den Verschuldensmaßstab gilt hier gemäß § 276 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit. Dies unterscheidet die Haftung von Vormund und Betreuer für Fehler bei der Anlagebetreuung des Mündels von derjenigen der Eltern, die für ihre Kinder auch die Vermögenssorge wahrzunehmen haben. Es fehlt eine der Wertung des § 1664 BGB entsprechende Haftungsprivilegierung. § 1664 BGB normiert eine elterliche Haftung nur für die Sorgfalt, wie sie in eigenen Angelegenheiten angewendet wird. Diese ist dem Vormundschafts- und Betreuungsrecht grundsätzlich fremd. Nur unter den Voraussetzungen des § 1793 I 3 BGB gilt diese Haftungsprivilegierung.

¹³⁹ Vgl. Gernhuber/*Coester-Waltjen*, § 71 Rn 32.

¹⁴⁰ Gernhuber/*Coester-Waltjen*, § 72 Rn 1.

¹⁴¹ Gernhuber/*Coester-Waltjen*, § 72 Rn 10.

Das heißt in der Konstellation, dass „der Mündel auf längere Dauer in den Haushalt des Vormunds aufgenommen“ ist. Diese Privilegierung soll den Aufbau einer persönlichen Beziehung dem Vormund und seinem Mündel fördern.¹⁴² Für den Betreuer gibt es eine solche Haftungsprivilegierung nicht. Die überwiegende Ansicht schränkt den Verschuldensmaßstab entgegen des Gesetzeswortlautes gegenüber dem objektiven Maßstab des § 276 BGB jedoch dadurch ein, dass sie auf den „Lebenskreis, den Lebensumständen und der Rechts- und Geschäftserfahrung des Vormunds“¹⁴³ abstellt. Der besondere Verschuldensmaßstab ist nicht zu verwechseln mit der Sorgfalt, die in eigenen Angelegenheiten angewendet wird, § 1664 I BGB. Er orientiert sich an den Sorgfaltsstandards, die in den Lebenskreisen üblich sind, welchen der Vormund angehört.¹⁴⁴ Es fragt sich, was genau mit dem in der Literatur verwendeten Terminus des „Lebenskreises“ gemeint ist. Nach *Coester-Waltjen* sagt der Terminus aus, dass entgegen der üblichen Praxis der Anwendung des § 276 BGB, der Sorgfalts- und Verschuldensmaßstab weniger abstrakt-typisierend auslegt, als sich vielmehr an den „konkreten Verhältnissen des Schädigers“¹⁴⁵ orientiert. Die Konkretisierung der Sorgfaltsanforderungen des Verschuldensmaßstabs anhand der Lebensumstände des Vormunds dürfte in erster Linie dem Umstand geschuldet sein, dass es für das Amt von Vormund ebenso wenig wie für das des Betreuers ein typisiertes Berufsbild gibt. Das Gesetz differenziert lediglich zwischen Berufsvormündern und Vormündern, die dieser Tätigkeit nicht berufsmäßig, sondern sporadisch nachgehen.¹⁴⁶ Wendet man den individuell typisierenden Maßstab konsequent an, so kann sich somit auch ein strengerer Haftungsmaßstab ergeben. So ist es denkbar, dass der Vormund professionell Kapitalanlageformen vermittelt. Es stellt sich dann die Frage, ob er den neuen strengen Haftungsregimes des Kapitalanlagerechts unterworfen ist.

¹⁴² Vgl. Gernhuber/*Coester-Waltjen*, § 72 Rn 32.

¹⁴³ MüKoBGB/*Kroll-Ludwigs*, § 1833 BGB Rn 4.

¹⁴⁴ Vgl. *Staudinger/Veit*, § 1833 BGB Rn 13; Vgl. Gernhuber/*Coester-Waltjen*, § 71 Rn 32.

¹⁴⁵ Gernhuber/*Coester-Waltjen*, § 71 Rn 32.

¹⁴⁶ Vgl. MüKoBGB/*Fröschle*, § 1836 BGB Rn 9.

6 Vergleich zum Leitbild des Beraters im Kapitalanlagerechts

Im letzten Kapitel der vorliegenden Untersuchung wird die Frage aufgeworfen, inwiefern sich die Neuerungen und neuen Gesetzgebungen im Kapitalmarktrecht als ergiebige Rechtserkenntnisquelle für die Anwendung des § 1811 BGB erweisen könnten. Möglicherweise lassen sich die Sorgfaltspflichten und der Verschuldensmaßstab, der für den Vormund bei der Entscheidung über eine andere Anlegung im Sinne des § 1811 BGB gilt, durch einen Rückgriff auf die Wertungen des Kapitalanlagerechts konkretisieren.

6.1 Der Schutz der Anlegerinteressen im neueren Kapitalmarktrecht

Seit der sogenannten Internetblase Ende der 1990er Jahre ist das Verhalten der Berater und Finanzanalysten verstärkt Gegenstand rechtlicher Regulierung geworden. Dies in erster Linie um des Schutzes der Anlegerinteressen willen.¹⁴⁷ Dieser Versuch einer Verhaltenssteuerung durch Rechtsnormen betrifft sowohl das Anlegerverhalten als auch das Verhalten der Berater/Finanzanalysten. Der Entscheidung des Gesetzgebers etwa, bestimmte Informations- und Aufklärungspflichten für Berater im Bereich der Anlageberatung im Kapitalmarkt einzuführen,¹⁴⁸ liegt auch eine Bewertung derjenigen Interessen der Anleger zugrunde, die als schützenswert anzusehen sind. Die Erkenntnis schützenswerter Anlegerinteressen stellt die Kehrseite der Regulierung und Sanktionierung von Beraterpflichten dar. Beide, Anleger wie Berater/Finanzanalyst/Vermittler, können im Zusammenhang mit risikobehafteten Geldanlagen Verhaltensweisen an den Tag legen, die sich idealtypisch auf einer Skala von extrem risikogeneigt bis extrem risikoarm verorten lassen. Der Berater in seinen Finanzanalysen und daraus abgeleiteten Verhaltensempfehlungen, der Anleger in seinen konkreten Anlageentscheidungen.

¹⁴⁷ Fazley, 77ff.

¹⁴⁸ Vgl. Schmitt, 55ff.

Es sind vorab zwei wichtige Unterschiede zwischen den Beziehungen, die einerseits der Finanzmarktanalyst und –berater zu seinem Klienten einerseits, Vormund und Betreuer zum Mündel bzw. Betreuten andererseits unterhalten, zu markieren. Es besteht zwischen Vormund und Mündel bzw. Betreuer und Betreutem nicht bloß eine Informationsasymmetrie, vielmehr gelten Mündel und Betreuer von Haus aus als nicht-rational, weil sie in ihrer Willensbildungsfreiheit eingeschränkt sind. Überdies ist das Vermögenssorge-Verhalten von Vormund und Betreuer gegenüber dem zu betreuenden Vermögen strikt fremdnützig, idealerweise frei von jedem eigenen (Provisions-)Interesse. Dennoch lohnt ein Blick in das Rechtsgebiet des herkömmlichen Kapitalanlagerechts, weil und soweit die (neuere) Regulierung auf Rechtsgebiet deutliches Zeugnis von den Verwerfungen auf dem Finanz- und Kapitalanlagemarkt ablegt. Diese sind, unter anderen Vorzeichen, auch relevant für die Anlageentscheidungen nach § 1811 BGB.

Die rechtliche Regulierung ist relevant für die Beziehung zwischen Berater und zu Beratendem bei einem Risikogeschäft, wie sie etwa typischerweise bei der Vermittlung von Anteilen eines geschlossenen Immobilien, Schiffs- oder Lebensversicherungsfonds beobachtet werden kann. Beide Parteien verfolgen eigennützige Interessen, der Berater, der nicht festvergütet wird, hat ein Provisionsinteresse an der Vermittlung von Fondsanteilen, der Anleger hegt das Interesse, in einem überschaubaren Zeitraum eine möglichst hohe Rendite zu erzielen.

Es gibt kein Gesetzeswerk, welches in umfassender und systematischer Weise die Verhaltensanforderungen regelt, welche an die Anleger und Berater im Bereich riskanter Kapitalanlagegeschäfte zu stellen sind. Es sind lediglich punktuelle, in thematisch einschlägigen Gesetzen und Verordnungen formulierte Regeln vorhanden. Im engeren Bereich des Kapitalmarktrechtes sind dies insbesondere Normen des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) sowie die Verordnung (EU) Nr. 596/2014.

6.1.1 § 85 I WpHG i.V.m. Artikel 3, 4 Delegierten Verordnung (EU) Nr. 2016/958

Zentrale Regulierungsvorschriften sind die im Jahre 2018 neu gefasste Vorschrift des § 85 I 1 WpHG und die Verordnung (EU) Nr. 596/2014.

Nach § 85 I WpHG müssen „Unternehmen, die Anlagestrategieempfehlungen [...] oder Anlageempfehlungen [...] erstellen oder verbreiten“ „so organisiert sein, dass Interessenskonflikte [...] möglichst gering sind“. Sie müssen „über angemessene Kontrollverfahren verfügen, die geeignet sind, Verstöße gegen die Verpflichtungen nach Artikel 20 Absatz 1 der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 entgegenzuwirken. Artikel 20 Absatz 1 der entsprechenden Verordnung sagt aus, dass „Personen, die Anlageempfehlungen oder andere Informationen, durch die eine Anlagestrategie empfohlen oder vorgeschlagen wird“ dafür Sorge tragen, „dass die Informationen objektiv dargestellt und ihr Interessen oder Interessenkonflikte [...] offengelegt werden“. Was unter objektiver Darstellung der Informationen konkret zu verstehen ist, bleibt im Gesetz ungeregelt. Dies ist vielmehr Gegenstand der Delegierten Verordnung (EU) Nr. 2016/958 (zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments. Diese ersetzt die seit dem 03.01.2018 außer Kraft gesetzte Finanzanalyseverordnung. Sie regelt die „objektive Darstellung von Anlageempfehlungen [...] sowie für die Offenlegung bestimmter Interessen [...]“. Schon im Titel der Vorschrift zeigt sich also, dass der Verordnungsgeber den Finanzberater und den Kapitalanleger als Adressat der Finanzanalyse im Blick hat. Die Artikel 3 und 4 beschäftigen sich damit, wie die Informationen, die in der Finanzanalyse aufbereitet werden, dem Adressaten gegenüber zu präsentieren sind. Fraglich ist, was der Gesetzgeber genau unter den „Sorgfaltspflichten“ des Finanzberaters in § 85 I WpHG und die diese Vorschrift konkretisierenden Norm der europäischen Verordnung Nr. 596/2014 versteht. Zur Bestimmung dieser Sorgfaltspflichten im Kontext der Erstellung einer Finanzanalyse ist man auf die wirtschaftswissenschaftlichen Methodenlehren angewiesen. Um den Marktwert eines Finanzinstruments zu analysieren, stehen der wirtschaftswissenschaftlichen Lehre mehrere Methoden zur Verfügung, in erster Linie die sogenannte Fundamentalanalyse und die technische Analyse.¹⁴⁹ Während die technische Analyse in erster Linie das Anlegerverhalten an der Börse beobachtet, analysiert die Fundamentalanalyse primär den immanenten Wert eines Unternehmens. Dies geschieht dadurch, dass unternehmensspezifische Daten wie die Unternehmensbilanz, sowie die Unternehmenspolitik herangezogen werden.¹⁵⁰ Es leuchtet ein, warum der Gesetzgeber verzichtet hat, in diesem Punkt den Finanzanalysen präzisere Vorgaben zu machen.

¹⁴⁹ Vgl. Cesar, 1ff.

¹⁵⁰ Cesar, 40ff.

Denn die Erstellung einer Finanzanalyse bildet einen äußerst komplexen Vorgang, bei welchem zahlreiche unterschiedliche Parameter berücksichtigt werden müssen. Die Analyse ist auf ein in der Zukunft liegendes Ereignis bezogen, nämlich die Kursentwicklung des betreffenden Finanzinstruments. Der Gesetzgeber verlangt nicht, dass die Prognose richtig ist, er verlangt lediglich, dass beim Zustandekommen der Finanzanalyse und der darauf beruhenden Empfehlung bestimmte Sorgfaltspflichten eingehalten wurden. Nur das eigentliche Prozedere der Finanzanalyse unterliegt bestimmten verbindlichen Mindeststandards, nicht aber ihr Ergebnis.¹⁵¹ Im Unterschied zu den formalen Pflichten, die in Artikel 3 und 4 der Delegierten Verordnung (EU) Nr. 2016/958 zwischen unterschiedlichen Analystengruppen differenzieren, gelten die inhaltlichen Pflichten bei Erstellung einer Finanzanalyse gem. § 85 I WpHG gewissermaßen für sämtliche Analysten, welche einem Wertpapierdienstleistungsunternehmen angehören.

6.1.2 § 3 I Wertpapierprospektgesetz (WpPG) und Prospekthaftung

Eine weitere Vorschrift des Kapitalmarktrechtes, welche die Interessen des Anlegers schützen soll, ist § 3 I WpPG. Die Vorschrift bestimmt, dass der Anbieter von Wertpapieren, die im Inland öffentlich angeboten werden, zunächst in einem Prospekt veröffentlichen muss. Sinn dieser Prospektpflicht ist es, dass den Anlegern ein zutreffendes Bild von dem Emittenten eines Wertpapiers vermittelt wird. Die Prospektpflicht und eine ihr korrespondierende Prospekthaftung war bis zum Jahre 2004, dem Jahr des Inkrafttretens des Anlegerschutzverbesserungsgesetzes (AnSVG), gesetzlich nicht normiert. Es war lediglich richterrechtlich unter Rückgriff auf das Institut des culpa in contrahendo existent. Das AnSVG ist inzwischen vom novellierten Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagegesetz (VermAnlG) vom 06.12.2011 abgelöst worden.¹⁵² Die Rechtsprechung hatte die bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung konzipiert, um eine Haftung auch außerhalb der schon früher speziell geregelten Fälle begründen zu können.

¹⁵¹ Vgl. Weber, 40.

¹⁵² Vgl. Schnauder, NJW 2013, 3207/3208f.

6.2 Die Anwendbarkeit kapitalmarktrechtlicher Prinzipien im Rahmen des § 1811 BGB

Die dargestellten Regularien, welche die Interessen von Anlegern schützen sollen und den Finanzberatern und –analysten zum Teil weitreichende Sorgfaltspflichten auferlegen, sind nur bedingt auf das Verhältnis zwischen Vormund und Mündel bzw. Betreuer und Betreutem zu übertragen. Sie sind es jedenfalls dann nicht, wenn der Vormund von seinem Lebenskreis her ansonsten nicht viel mit Kapitalanlagevermittlung zu tun hat. Dies hat damit zu tun, dass Mündel und Betreuer vom gesetzlichen Leitbild her gerade keine eigene souveräne Entscheidung über den Erwerb einer Kapitalanlage treffen. Vorschriften wie § 82 WpHG, die dazu bestimmt sind, dem Klienten eines Finanzberaters mit zutreffenden Informationen über ein Finanzprodukt so zu versorgen, dass er eine eigene Anlageentscheidung zu treffen vermag, bzw. die seines Beraters nachvollziehen kann, können nicht auf das vermögensfürsorgerechtliche Verhältnis zwischen Vormund und Mündel übertragen werden. Etwas anderes gilt für die kapitalmarktrechtlichen Vorschriften, welche wie die Vorschrift des § 85 I WpHG und Artikel 20 Absatz 1 der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 Sorgfaltsstandards für die in der Finanzanalyse und –beratung Tätigen normieren. Diese können bei der Konkretisierung der Sorgfaltspflichten und des Verschuldensmaßstabs des § 1833 in Verbindung mit § 276 BGB durchaus herangezogen werden. Allerdings ist auch hier auf die Besonderheiten des Einzelfalles abzustellen. Die Anforderungen, die an die Sorgfaltspflichten des Vormunds/Betreuers zu stellen sind, können individuell je nach Grad der Vorbildung, Rechts- und Geschäftserfahrung variieren. So kann beispielsweise dem Vormund keine Verletzung seiner Sorgfaltspflicht zugerechnet werden, wenn der Finanzberater seine Aufklärungspflichten, welche oben näher erläutert wurden, missachtet, vorausgesetzt der Vormund kann keinerlei nennenswerte Erfahrung mit Kapitalanlage vorweisen.

7 Zusammenfassung

Die gesetzlichen Voraussetzungen einer anderen Anlegung im Sinne des § 1811 BGB sind normativ nicht vollständig festgelegt. Der Tatbestand ist relativ offen formuliert. Sein Inhalt wird einerseits von den „Grundsätzen einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung“, die nicht verletzt werden dürfen, und andererseits von der „Lage des Falles“, der vom Familiengericht im Rahmen des Erlaubnisverfahrens zu würdigen ist, bestimmt.

Vom Wortlaut der Vorschriften des § 1811 BGB und des § 1807 I Nr. 1 – Nr. 5 BGB weder zwingend verlangt noch ausgeschlossen, sind unter „anderer Anlegung“ nicht nur die verzinslichen Geldanlageformen zu verstehen, die sich alternativ zu den in § 1807 I Nr. 1 – Nr. 5 BGB genannten verhalten. Vielmehr kann jede bekannte Geld- und Kapitalanlageform darunter subsumiert werden. Sie ist erlaubnisfähig, wenn sie die weiteren Voraussetzungen erfüllt.

Zentraler Rechtsbegriff der Vorschrift des § 1811 BGB ist der der „Grundsätze einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung“. Die Rechtsprechung hat über die Jahrzehnte, auch vor dem Hintergrund der einschneidenden historischen Erfahrungen der Inflation in den 20er Jahren des 20. Jahrhunderts und der Währungsreform nach dem Zweiten Weltkrieg, die Auslegung dieses Rechtsbegriffs justiert. Sie liest in ihm eine doppelte vom Vormund bzw. Betreuer zu verfolgende Zielsetzung, die mit der Anlageentscheidung verbunden sein muss, hinein: Sicherheit sowie Wirtschaftlichkeit der geplanten Geldanlage. Um das Kriterium der Wirtschaftlichkeit zu erfüllen, muss die geplante Geldanlage sich nicht zwingend als ertragreicher erweisen als die gesetzlichen Leittypen, die in § 1807 BGB genannt sind.

Das Tatbestandsmerkmal „nach Lage des Falles“ hält Vormund und Familiengericht dazu an, die Anlageentscheidung aufgrund einer Würdigung der konkreten Umstände des Einzelfalls zu treffen bzw. zu bewerten. In der Rechtsprechungspraxis haben sich die Vermögensgröße sowie die Streuungsbreite der vorhandenen Anlageformen als maßgebliche Parameter der Beurteilung erwiesen.

Die heutige Rechtsprechung betrachtet § 1811 BGB nicht mehr als eine Ausnahmenvorschrift zu § 1807 BGB. Danach ist die „andere Anlegung“ nicht mehr ausnahmsweise zuzulassen, sondern stets dann, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen des § 1811 BGB erfüllt sind.

In Zeiten des Niedrigzinses kommt den alternativen Geldanlagen-Formen wie zum Beispiel der Investition in Gold oder Immobilienfonds auch im Rahmen der familiengerichtlichen Gestattung nach § 1811 BGB eine besondere Bedeutung zu. Im Unterschied zur elterlichen Vermögenssorge ist die des Vormunds bzw. Betreuers als strikt fremdnützige, nur den Interessen des Mündels bzw. Betreuten verpflichtete konzipiert. Der Vormund genießt grundsätzlich, anders als die Eltern nach § 1664 BGB, nach der Wertung des § 1833 BGB keine Haftungsprivilegierung.

Die Sorgfaltsanforderungen, die an die Anlageentscheidungen des Vormunds zu richten sind, sind gesetzlich nicht konkretisiert. Hierbei kommt es auf den Lebenskreis des Vormundes an. Je nach Grad der Professionalität und Erfahrung des Vormunds kann bei der Konkretisierung der Sorgfaltsanforderungen auf die Standards angeknüpft werden, welche der Gesetzgeber im Zuge seiner Regulierung des Kapitalanlagerechts für Finanzanalysten und –berater gesetzlich normiert hat.

Literaturverzeichnis

- Arnold/Meyer-Stolte/Rellermeyer/Hintzen/Georg: Rechtspflegergesetz (RPfIG), Kommentar, 8. Auflage, 2015
- Cesar, Gerald: Aktienanalyse heute, 1. Auflage, Wiesbaden, 1996
- Fazley, Olga: Regulierung der Finanzanalysten und Behavioral Finance, 1. Auflage, Baden-Baden 2008
- Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, Lehrbuch des Familienrechts, 6. Auflage, München 2010
- Jürgens, Betreuungsrecht - Kommentar, 5. Auflage, München 2014
- Kment, Martin/Vorwalter, Sebastian: Beurteilungsspielraum und Ermessen, JuS 2015, 193
- Krausnick, Daniel: Grundfälle zu §§ 48, 49 VwVfG, in: JuS 2010, 778
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9 Familienrecht II §§ 1589 – 1921, 7. Auflage, München 2017
- Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch – Kommentar, 76. Auflage, München 2017
- Schmitt, Christian: Die Haftung wegen fehlerhafter oder pflichtwidrig unterlassener Kapitalmarktinformationen, 1. Auflage, Baden-Baden 2010
- Schnauder, Franz: Regimewechsel im Prospekthaftungsrecht bei geschlossenen Publikumsfonds, NJW 2013, 3207
- Sorg, Wolfgang: Der Aufgabenkreis Vermögenssorge und die betreuungsgerichtlichen Genehmigungen in der Vermögensverwaltung, BWNotZ 2010, 107

- Staudinger, Julius v.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4: Familienrecht §§ 1773 – 1895, 15. Auflage, Berlin u.a. 2014
- Stöber, Michael: Das Gesetz zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge, NJW 2007, 1242
- Wagner, Rüdiger: Lebensversicherung als mündelsichere Anlage, VersR 1999, 1079
- Weber, Moritz: Die Haftung des Analysten für fehlerhafte Wertpapieranalysen, Lohmar – Köln 2006
- Weber, Martin: Anmerkung zu LG Rottweil, Beschluss vom 09.12.2016 – 1 T 111/16, NZFam 2017, 40
- Wikipedia; (Online, Zugriff am 16.03.2018). Verfügbar unter: <https://de.wikipedia.org/wiki/Finanzprodukt>.
- Zimmermann, Walter: Vermögensverwaltung durch Nachlasspfleger und Betreuer, ZEV 2014, 76

Eidesstattliche Versicherung

Hiermit versichere ich an Eides statt, dass ich die Diplomarbeit selbständig und ohne Benutzung anderer als der angegebenen Hilfsmittel angefertigt habe, dass Quellen oder indirekt übernommene Gedanken als solche kenntlich gemacht sind, dass die Diplomarbeit in gleicher oder ähnlicher Form keiner anderen Prüfungsbehörde vorgelegt wurde und dass die gedruckte und die digitalisierte Form der Diplomarbeit identisch sind.

Plauen, den 23. Mai 2018

Tina Feldmann