
Datum: 30.01.2013
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 2 Wx 265/12
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2013:0130.2WX265.12.00

Vorinstanz: Amtsgericht Köln, 31 VI 504-505/09

Tenor:

Auf die Beschwerde des Beteiligten zu 4) wird unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels der Beschluss des Amtsgerichts - Nachlassgerichts – Köln vom 25. Juli 2012, 31 VI 504-505/09, teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Der Beteiligten zu 5) wird für ihre Tätigkeit als Nachlasspflegerin in der Zeit vom 26. November 2007/5. Dezember 2007 bis zum 14. Mai 2012 eine Vergütung in Höhe von insgesamt 4.989,08 € festgesetzt.

Der weitergehende Antrag der Beteiligten zu 5) auf Vergütungsfestsetzung wird zurückgewiesen.

Die außergerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens haben der Beteiligte zu 4) zu 7 % und die Beteiligte zu 5) zu 93 % zu tragen.

G r ü n d e

1.

Nach dem Tod der Erblasserin am 14. Mai 2007 ordnete das Nachlassgericht Köln auf Antrag der Beteiligten zu 2) und 3) (Bl. 59 d.GA.) mit Beschluss vom 16. November 2007 (Bl. 59 d.GA.) die Nachlasspflegschaft für die unbekannten Erben an und bestellte die Beteiligte zu 5), eine Rechtsanwältin, mit dem Wirkungskreis „Sicherung und Verwaltung des Nachlasses“ zur Nachlasspflegerin.

1

2

3

Unter dem April 2011 (Bl. 692 d.GA.) hat die Beteiligte zu 5) beantragt, unter Berücksichtigung eines Aktivnachlasses von 1.668.311,2 € eine – in dem Schriftsatz nicht näher bezifferte - Vergütung festzusetzen, wobei die Dauer und der überdurchschnittlich große Arbeits- und Zeitaufwand angemessen berücksichtigt werden sollte.	4
Nachdem das Nachlassgericht den Beteiligten zu 1) bis 4) am 26. September 2011 einen gemeinschaftlichen Erbschein erteilt hat, hat die Rechtspflegerin die Beteiligten zu 1) bis 4) zu dem Vergütungsantrag angehört und mitgeteilt, sie beabsichtige, eine Vergütung von 60.000,00 € incl. MWSt. festzusetzen. Dieser Festsetzung haben die Beteiligten zu 2) bis 4) widersprochen. Hierauf hat die Beteiligte zu 5) mit Antrag vom 14. Mai 2012 (Bl. 1105 d.GA.) die Festsetzung einer Vergütung von 82.532,45 € (485 Stunden x 143,00 € zzgl. MWSt.) beantragt. Diesem Schriftsatz war ein Tätigkeitsnachweis unter Aufführung von Datum, Art der Tätigkeit und Dauer in Minuten beigelegt. Diesem Antrag der Beteiligten zu 5) hat das Nachlassgericht mit Beschluss vom 25. Juli 2012 (Bl. 1197 d.GA.) zum größten Teil entsprochen und die Vergütung auf 75.029,50 € (485 Stunden x 130,00 € zzgl. MWSt.) festgesetzt. Zugleich hat das Amtsgericht festgestellt, dass die Beteiligte zu 5) die Nachlasspflegschaft berufsmäßig geführt hat. Gegen diese seinem Verfahrensbevollmächtigten am 31. Juli 2012 zugestellte Entscheidung wendet sich der Beteiligte zu 4) mit der am 30./31. August 2012 eingelegten Beschwerde vom 30. August 2012. Das Nachlassgericht hat der Beschwerde mit Beschluss vom 24. September 2012 nicht abgeholfen und dem Senat zur Entscheidung vorgelegt hat. Bereits mit Beschluss vom 28. November 2011 (Bl. 873 d.GA.) hatte das Nachlassgericht die Nachlasspflegschaft aufgehoben. Dieser Beschluss ist nicht angegriffen worden.	5
2.	6
a)	7
Auf das vorliegende Beschwerdeverfahren finden die Vorschriften des FamFG in der seit dem 1. September 2009 geltenden Fassung Anwendung, weil die Vergütungsfestsetzungsanträge der Beteiligten zu 5), mit denen das Festsetzungsverfahren eingeleitet worden ist, nach dem 31. August 2009 und damit nach dem insoweit maßgeblichen Stichtag (Art. 111 Abs. 1 S. 1, 112 Abs. 1 FGG-RG) beim Nachlassgericht eingegangen sind. Ein solcher Vergütungsantrag leitet ein selbständiges Verfahren im Sinne der vorgenannten Übergangsbestimmungen ein (OLG Naumburg, Rpfleger 2012, 319).	8
Die von dem Beteiligten zu 4) persönlich sowie durch seinen Verfahrensbevollmächtigten eingelegte Beschwerde ist statthaft (§§ 342 Nr. 2, 58 FamFG; vgl. auch BGH, Beschluss vom 24. Oktober 2012, IV ZB 13/12, juris) und in der gesetzlich vorgeschriebenen Form sowie Frist erhoben worden; angesichts der festgesetzten Vergütung, für deren Bezahlung der Beteiligte zu 4) als Miterbe gesamtschuldnerisch haften würde, ist die nach § 61 Abs. 1 FamFG erforderliche Mindestbeschwerde erreicht.	9
b)	10
In der Sache hat die unbeschränkt eingelegte Beschwerde des Beteiligten zu 4) zum überwiegenden Teil Erfolg und führt zur Abänderung der Vergütungsfestsetzung. Das Amtsgericht hat fehlerhaft die der Beteiligten zu 5) zustehende Vergütung mit 75.029,50 € festgesetzt.	11
Nach §§ 1836 Abs. 1, 1915 Abs. 1 S. 2 BGB richtet sich die Höhe der Vergütung des Berufspflegers eines Nachlasses, der vermögend und nicht mittellos ist, abweichend von § 3	12

Abs. 1 bis 3 VBVG nach den für die zu führenden Pflegschaftsgeschäfte nutzbaren Fachkenntnissen des Pflegers sowie nach dem Umfang und der Schwierigkeit der Pflegschaftsgeschäfte (OLG Hamm, NJW-RR 2011, 1091; OLG Zweibrücken, NJW-RR 2008, 369; MünchKommBGB/Leipold, 5. Auflage 2010, § 1960 Rn. 73). Nach Ansicht des Gesetzgebers könnten die Regelsätze des VBVG nämlich zu einer unangemessenen niedrigen Vergütung des Nachlasspflegers führen (OLG Hamm, NJW-RR 2011, 1091; MünchKommBGB/Leipold, 5. Auflage 2010, § 1960 Rn. 73). Die Festsetzung der Höhe der Vergütung steht im pflichtgemäßen Ermessen des Nachlassgerichts bzw. des an seine Stelle tretenden Beschwerdegerichts. Bei der Festsetzung der Höhe der Vergütung kann nicht außer Betracht bleiben, dass die Beteiligte zu 5) aufgrund ihrer besonderen nutzbaren Rechtskenntnisse zum berufsmäßigen Nachlasspfleger bestellt wurde.

Unter Beachtung dieser Grundsätze ist die Rechtspflegerin zutreffend davon ausgegangen, dass die Beteiligte zu 5) das Amt als Nachlasspflegerin berufsmäßig geführt hat. Die Frage, ob die Pflegschaft berufsmäßig geführt wird, hängt davon ab, ob das Gericht die berufsmäßige Führung bei der Bestellung festgestellt hat (§ 1836 Abs. 1 S. 2 BGB). Zwar hat die Rechtspflegerin in dem Beschluss vom 26. November 2007 keine entsprechende ausdrückliche Anordnung getroffen. Auch wenn die Feststellung der Berufsmäßigkeit bei der Bestellung zu erfolgen hat, bedeutet dies jedoch nicht, dass sie gleichzeitig mit der Bestellung zu treffen ist. Vielmehr ist diese Feststellung auch nachholbar und kann selbst vom Beschwerdegericht oder noch im Vergütungsverfahren und zudem auch für die Vergangenheit ausgesprochen werden (OLG Naumburg, FamRZ 2009, 370; FamRZ 2011, 1252; Palandt/Götz, BGB, 72. Auflage 2013, Anh zu § 1836 § 1 VBVG Rn. 8). Zudem reicht es aus, wenn das Gericht den Pfleger als Berufspfleger angesehen hat, wobei es genügt, wenn dies aus der gerichtlichen Festsetzung der Vergütung hervorgeht (vgl. BGH, FamRZ 2000, 1569 [1571]; OLG Naumburg, FamRZ 2009, 370). 13

Nach diesen Maßstäben besteht vorliegend kein Zweifel daran, dass die Nachlasspflegerin ihr Amt berufsmäßig ausführen sollte. Im Beschluss vom 26. November 2007 ist die Beteiligte zu 5) in ihrer Eigenschaft als Rechtsanwältin zur Nachlasspflegerin bestellt worden. Schon daraus lässt sich ersehen, dass das Nachlassgericht sie schon zum damaligen Zeitpunkt zur berufsmäßigen Nachlasspflegerin bestellt hat. Entsprechend hat das Nachlassgericht die Feststellung der berufsmäßigen Führung des Amtes in dem Beschluss vom 14. Mai 2012 nachgeholt. 14

Fehlerhaft hat das Nachlassgericht indes zugunsten der Beteiligten zu 5) eine Vergütung für den gesamten Zeitraum ihrer Tätigkeit festgesetzt. Nach §§ 1960 Abs. 1, 1915 Abs. 1 S. 1, 1836 Abs. 1 S. 3 BGB i.V.m. § 2 S. 1 VBVG erlischt der Vergütungsanspruch, wenn er nicht binnen fünfzehn Monaten ab der Entstehung beim Nachlassgericht (§ 1962 BGB) geltend gemacht wird. Diese Ausschlussfrist findet nach einhelliger obergerichtlicher Rechtsprechung und ganz herrschender Auffassung in der Literatur auch Anwendung auf die Nachlasspfliegervergütung (siehe nur Senat, Beschluss vom 6. August 2007, 2 Wx 14/07, juris; BGH, Beschluss vom 24. Oktober 2012, IV ZB 13/12, juris). Der Lauf der Ausschlussfrist ist unabhängig davon, ob es sich um einen vermögenden oder einen mittellosen Nachlass im Sinne von § 1836d BGB analog handelt. Dies ergibt sich schon aus dem Anwendungsbereich des Vormünder- und Betreuervergütungsgesetzes (vgl. § 1836 Abs. 1 S. 3 BGB), systematisch aus der Regelung der Subsidiärhaftung der Staatskasse bei Mittellosigkeit nach § 1 Abs. 2 S. 2 VBVG sowie aus dem Wortlaut des § 2 VBVG, welcher eine Beschränkung auf mittellose Nachlässe nicht erkennen lässt. Hierfür spricht schließlich auch der Regelungszweck: Die Vorschrift wurde in Anlehnung an den Rechtsgedanken des § 1835a Abs. 4 BGB geschaffen (OLG Naumburg, Rpfleger 2012, 319; Palandt/Götz, BGB, 72. Aufl. 15

2013, Anh zu § 1836, § 2 VBVG Rn. 1). Mit jener Vorschrift wird das Ziel verfolgt, den Vormund zu einer zügigen Geltendmachung seiner Ansprüche gegenüber dem vermögenden Mündel anzuhalten, um zu verhindern, dass Ansprüche in einer Höhe auflaufen, die die Leistungsfähigkeit des Mündels überfordert, dessen Mittellosigkeit begründet und damit eine Eintrittspflicht der Staatskasse auslöst, die bei einer frühzeitigen Inanspruchnahme nicht begründet gewesen wäre (BT-Drucks. 13/7158, S. 27). Damit kann die Ausschlussfrist des § 2 VBVG ihrer Hauptfunktion nur gerecht werden, wenn sie gerade auch für vermögende Nachlässe gilt (OLG Naumburg, Rpfleger 2012, 319; vgl. auch Palandt/Weidlich, BGB, 72. Auflage 2013, § 1960 Rn. 22).

Diese Grundsätze hat die Rechtspflegerin des Nachlassgerichts nicht beachtet und zu Unrecht auch solche Vergütungsansprüche festgesetzt, die zur Zeit der erstmaligen ordnungsgemäßen Geltendmachung der Vergütung bereits erloschen waren. Der in § 2 S. 1 VBVG normierte materiell-rechtliche Ausschluss erfasst alle Vergütungsansprüche der Beteiligten zu 5), die vor dem 14. Februar 2011 entstanden sind. Voraussetzung für die Entstehung des Vergütungsanspruchs eines Nachlasspflegers ist neben der Wirksamkeit der Bestellung, die hier weit vor diesem Stichtag lag, allein der Beginn der konkreten abgerechneten Tätigkeit (vgl. OLG Düsseldorf, FamRZ 2011, 141; OLG Naumburg, Rpfleger 2012, 319). 16

Die Vergütungsansprüche des Nachlasspflegers entstehen - entgegen der Auffassung des Nachlassgerichts - nicht erst mit der Aufhebung der Nachlasspflegschaft, sondern taggenau mit der jeweiligen Tätigkeit. Anders als bei Betreuern, gilt insbesondere § 9 VBVG nicht, so dass für Erwägungen, den Beginn der Ausschlussfrist nach § 2 S. 1 VBVG erst auf den Beginn des Folgemonats (vgl. BGH, FamRZ 2008, 1611 für die Betreuervergütung) bzw. gar auf das Ende eines Quartals (statt vieler nur OLG Düsseldorf, Beschluss v. 12. März 2010, I-25 Wx 82/09 – zitiert nach juris, für die Betreuervergütung m.w.N.) zu verlegen, kein Raum besteht (OLG Naumburg, Rpfleger 2012, 319). Ein Nachlasspfleger darf seine Vergütungsansprüche jeweils ohne zeitliche Beschränkungen unmittelbar nach ihrer Entstehung geltend machen. Damit er seinen Anspruch nicht verliert, muss er auch die jeweiligen Ansprüche innerhalb der Ausschlussfrist geltend machen. Nur durch eine zügige Geltendmachung der Ansprüche kann der von dem Gesetzgeber mit der Frist des § 2 VBVG verbundene Zweck erreicht werden, nämlich eine Eintrittspflicht der Staatskasse zu vermeiden, die bei rechtzeitiger Inanspruchnahme nicht notwendig wäre. 17

Besondere Umstände, die hier die Annahme rechtfertigen, dass nach Treu und Glauben (vgl. zu dieser Möglichkeit BGH, Beschluss vom 24. Oktober 2012, IV ZB 13/12, juris) der Vergütungsantrag der Beteiligten zu 5) ausnahmsweise nicht nach § 2 Satz 1 VBVG erloschen ist, sind weder ersichtlich noch werden diese von der Beteiligten zu 5) aufgezeigt. Die Vergütung des Nachlasspflegers folgt aus dem Gesetz. Von einem berufsmäßig tätigen Nachlasspfleger kann und muss die Kenntnis der für die Anmeldung von Vergütungs- und Aufwendungsersatzansprüchen geltenden gesetzlichen Fristen und der mit deren Ablauf verbundenen Rechtsfolgen erwartet werden (Senat, Beschluss vom 6. August 2007, 2 Wx 14/07, juris, m.w.N.; BGH, Beschluss vom 24. Oktober 2012, IV ZB 13/12, juris; KG, FGPrax 2011, 235 [236] m.w.N.). Das Nachlassgericht ist auch nicht gehalten, auf Grund seiner allgemeinen Beratungspflicht rechtzeitig auf die Folgen einer verspäteten Antragstellung hinzuweisen (Senat, Beschluss vom 6. August 2007, 2 Wx 14/07, juris; KG, FGPrax 2005, 264 [265]; KG, Rpfleger 2006, 76 [77]; OLG Zweibrücken, OLGR 2007, 490). Auch die Rechtspflegerin hat ausweislich der Akten in dem vorliegenden Verfahren nicht durch ihr Verhalten die Beteiligten zu 5) von einer rechtzeitigen Geltendmachung des Vergütungsanspruchs abgehalten. Sollte tatsächlich, wie die Beteiligte zu 5) im 18

Beschwerdeverfahren geltend macht, das Nachlassgericht Köln entgegen der obergerichtlichen Rechtsprechung – auch des Senats - und der nahezu einhelligen Auffassung in der Literatur, die Vergütung erst zum Ende der Pflegschaft und ohne Beachtung der Ausschlussfrist für den gesamten Zeitraum der Nachlasspflegschaft festsetzen, dann mag dies verfahrensfehlerhaft sein, indes rechtfertigt dieser Umstand auf jeden Fall aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben nicht die Festsetzung eines gesetzlich ausgeschlossenen Vergütungsanspruchs gegen den Nachlass.

Das Schreiben der Beteiligten zu 5) vom 26. April 2011 ist nicht geeignet, die Ausschlussfrist des § 2 S. 1 VBVG zu wahren. Diese Frist kann nur durch einen vom Nachlassgericht hinreichend überprüfbaren Antrag auf Vergütungsfestsetzung gewahrt werden (vgl. OLG München, OLGR 2006, 435; vgl. auch Palandt/Götz, BGB, 72. Auflage 2013, Anh zu § 1836 § 2 VBVG Rn. 3). Welche inhaltlichen Anforderungen § 2 Satz 1 VBVG an die fristgemäße Geltendmachung stellt, lässt sich weder dem Gesetzeswortlaut noch den Gesetzesmaterialien entnehmen (BGH, Beschluss vom 24. Oktober 2012, IV ZB 13/12, juris; KG, FGPrax 2011, 235 [236]; OLG Hamm, FGPrax 2009, 161 [162]). Ein Vergütungsantrag muss jedenfalls die Prüfung und Feststellung der zutreffenden Vergütungshöhe ermöglichen (BGH, Beschluss vom 24. Oktober 2012, IV ZB 13/12; KG, FGPrax 2011, 235 [236]; OLG Frankfurt, FGPrax 2001, 243; OLG Hamm, FGPrax 2009, 161; OLG München, OLGR 2006, 435; a.A. Rudolf/Eckhardt, ZErb 2006, 112 ff., die die Anwendbarkeit des § 2 Satz 1 VBVG auf den Vergütungsanspruch des Nachlasspflegers generell ablehnen). Die bloße Angabe der Stundenzahl ohne konkreten Tätigkeitsnachweis reicht für die fristgerechte Geltendmachung des Anspruchs nicht aus (jurisPK-BGB/Klein/Pammler, § 1838 Rn. 55). Erst recht genügt es nicht, wie hier mit dem Antrag vom 26. April 2011 geschehen, auf den Aktivnachlass hinzuweisen und die Höhe der Vergütung in das Ermessen des Gerichts zu stellen. Da sich die Vergütung des Nachlasspflegers nach dem Zeitaufwand für konkrete Tätigkeiten der Nachlasspflege richtet, ist für eine ordnungsgemäße Geltendmachung eine Aufschlüsselung der Tätigkeiten nach Datum, Art und Dauer vorzunehmen, so wie es die Beteiligte zu 5) mit ihrem Antrag vom 14. Mai 2012 getan hat. Dem gegenüber war der Vergütungsantrag vom 26. April 2011 ersichtlich nicht am eigenen Zeitaufwand, sondern an der Höhe des Aktivnachlasses und an einer in das Ermessen des Gerichts gestellten Entscheidung orientiert. Fristwährend war mithin erst der Vergütungsantrag der Beteiligten zu 5) vom 14. Mai 2012, auf dessen Grundlage dann auch die mit der Beschwerde angefochtene Vergütungsfestsetzung erfolgte.

Ausgehend von diesen Erwägungen besteht ein – noch nicht erloschener – Vergütungsanspruch der Beteiligten zu 5) nur für die ab dem 14. Februar 2011 durchgeführten Arbeiten einschließlich der nach Aufhebung der Nachlasspflegschaft erbrachten Abwicklungstätigkeiten. Insoweit sind unter Heranziehung der von der Beteiligten zu 5) vorgelegten Aufstellung 2.225 Minuten zu berücksichtigen. Insoweit werden auch von der Beschwerde gegen die Plausibilität der ab dem für die Festsetzung maßgeblichen Zeitraum aufgeführten Tätigkeit keine konkreten Einwendungen geltend gemacht. Die Festsetzung der Höhe der Vergütung steht im pflichtgemäßen Ermessen des Nachlassgerichts bzw. des an seine Stelle tretenden Beschwerdegerichts. Nach Auffassung des Senats ist der von dem Nachlassgericht angenommene Stundensatz von 130,00 € nicht zu beanstanden. Insoweit nimmt der Senat zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen Bezug auf die von ihm in diesem Punkt geteilten Ausführungen in der angefochten Entscheidung. Zu Recht weist die Beschwerde darauf hin, dass in der Aufstellung auch Tätigkeiten aufgenommen worden sind, die nicht von der Beteiligten zu 5), sondern von dem angestellten Personal durchgeführt worden sind, so die Buchhaltung für das Jahr 2011 mit 510 Minuten. Für diese von der Beteiligten zu 5) nicht persönlich ausgeübten Tätigkeit erachtet der Senat

einen Stundensatz von 65,00 € als angemessen. Die Vergütung der Beteiligten zu 2) errechnet sich daher wie folgt:

510 Minuten = 8,5 Stunden zu 65,00 €	=	552,50 €	21
1.715 Minuten = 28,5 Stunden zu 130,00 €	=	<u>3.640,00 €</u>	22
Zwischensumme		4.192,50 €	23
zuzüglich 19 % MWSt.		<u>796,58 €</u>	24
Vergütung		<u>4.989,08 €</u>	25
4.			26
Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 84, 81 Abs. 1 S. 1 FamFG.			27
Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.			28
Der Geschäftswert des Beschwerdeverfahrens wird auf 75.029,50 € festgesetzt; der Geschäftswert des zurückgewiesenen Teils der Beschwerde beträgt 4.989,08 €.			29