

# Aufsätze

## Das »abgeräumte Bankkonto« – Vollmachtsgebrauch und Beweislastfragen (Teil 1)<sup>1</sup>

von Rüdiger Pamp, Richter am Bundesgerichtshof



### I. Einleitung

#### 1. Problemskizze

Die Erteilung einer Vollmacht kann, gemessen an den möglichen lebenspraktischen Auswirkungen dieses Vorgangs, für die Betroffenen Segen und Fluch zugleich sein. Kaum ein Rechtsgebiet liefert für diese Feststellung beständig so viele anschauliche Belege wie das Erbrecht. Dem persönlichen Nutzen, den der Vollmachtgeber für die Zeit alters- und/oder krankheitsbedingter Einschränkungen mit der Einschaltung einer oder mehrerer anderer Personen bezweckt, sowie der Bedeutung der Vollmachterteilung als Instrument einer über den Tod hinausreichenden Nachfolgeplanung<sup>2</sup> stehen die Gefahren gegenüber, die mit der Eröffnung jedenfalls eines unkontrollierten Vermögenszugriffs Dritter verbunden sein können. Das der Vollmacht immanente Missbrauchsrisiko weist die Rechtsordnung dabei demjenigen zu, der es durch die Vollmachterteilung gesetzt hat, also dem Vertretenen bzw. im Nachlassfall seinen Rechtsnachfolgern, den Erben.<sup>3</sup> Nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung besteht für denjenigen, mit dem der Bevollmächtigte in geschäftlichen Kontakt tritt, grundsätzlich keine Prüfungspflicht, ob und inwieweit der Vertreter im Innenverhältnis rechtlich verpflichtet ist, von einer nach außen unbeschränkten Vertretungsmacht nur begrenzten Gebrauch zu machen. Der Vertretene bzw. sein Rechtsnachfolger ist im Verhältnis zum Vertragspartner gegen einen Missbrauch der Vertretungsmacht vielmehr nur bei einer – massive Verdachtsmomente voraussetzenden – objektiven Evidenz des Missbrauchs geschützt.<sup>4</sup> Die erhebliche Praxisbedeutung der damit umrissenen Problematik manifestiert sich statistisch vor allem in der zunehmenden Verbreitung von Vorsorgevollmachten<sup>5</sup> als einem Mittel

zur umfassenden Regelung der persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten. Die Gesamtzahl der Eintragungen in dem von der Bundesnotarkammer geführten Zentralen Vorsorgeregister lag am 31.12.2012 bei 1 856 594; die Anzahl der Neueintragungen allein im Jahre 2012 belief sich auf 336 874.<sup>6</sup> Hinzu kommt die – wie anzunehmen ist – große Zahl nicht registrierter (Vorsorge-)Vollmachten sowie der »einfachen« Bank- oder Kontovollmachten.

Nicht selten müssen daher Erben bei der Abwicklung eines Erbfall feststellen, dass jemand – sei er Miterbe, Vermächtnisnehmer oder eine völlig außerhalb erbrechtlicher Beziehungen stehende Person – aufgrund einer vom Erblasser erteilten Vollmacht bereits über dessen Kontoguthaben oder andere (Bank-)Werte verfügt hat. Bei dem Bemühen, diese Vorgänge nachträglich aufzuklären, sehen die Erben sich oftmals mit dem Einwand des Bevollmächtigten konfrontiert, die betreffenden Beträge seinerzeit auf Wunsch des Erblassers von dessen Konto abgehoben, sie sodann dem Erblasser oder auch auf dessen Veranlassung einer dritten Person ausgehändigt zu haben und über den Verbleib des Geldes keine Angaben machen zu können. Oder der Bevollmächtigte beruft sich wegen der von ihm abgehobenen Beträge auf eine angebliche Schenkung durch den Erblasser, der zufolge der betreffende Vermögenswert kein Nachlassbestandteil mehr wäre.<sup>7</sup> Dem Schenkungseinwand ausgesetzt sieht der Erbe sich darüber hinaus häufig, wenn Sparkbücher, die auf den Erblasser lauten und über sein Sparkonto ausgestellt sind, oder vergleichbare Bankwerte sich nach dem Erbfall im Besitz eines Dritten befinden.<sup>8</sup> In Betracht

1 Überarbeiteter Vortrag auf dem 8. Deutschen Erbrechtstag am 15. März 2013 in Berlin. Zur Thematik vgl. bereits Pamp, ErbR 2009, 34 ff., 108 ff.  
2 Bartsch, jurisPR-BKR 8/2009, Anm. 2; Roth, NJW-Spezial 2012, 615.  
3 So ausdrücklich BGHZ 127, 239, 241.  
4 BGHZ 127, 239, 241; s. auch BGH NJW 1995, 250 f., insoweit in BGHZ 127, 239 nicht abgedruckt; Schramm/Dauber in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 32 Rn. 27 mwN.  
5 Palandt/Götz, BGB, 72. Aufl., Einf v § 1896 Rn. 4 ff.

6 Aktuelle statistische Angaben unter [www.vorsorgeregister.de/Presse/Statistik](http://www.vorsorgeregister.de/Presse/Statistik).

7 Dabei gilt, dass die schenkweise Zuwendung eines gesamten Kontoguthabens, für die unterschiedliche rechtliche Gestaltungsformen gewählt werden können, durchaus mittels einer vom Erblasser zu diesem Zwecke erteilten post- oder transmortalen Vollmacht vollzogen werden kann (§ 518 Abs. 2 BGB). Vgl. BGHZ 127, 239, 242; Schramm/Dauber in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 32 Rn. 64 ff.

8 Vgl. auch Trimborn von Landenberg, Die Vollmacht vor und nach dem Erbfall, 2. Aufl., § 4 Rn. 153 ff.; Osterloh-Konrad, ErbR 2012, 326, 331.

kommt schließlich der Einwand, bei den vom Konto abgehobenen Beträgen habe es sich um die mit dem Erblasser vereinbarte Vergütung für Leistungen des Bevollmächtigten, beispielsweise eine von ihm erbrachte Vermögensverwaltung bzw. -betreuung, gehandelt.<sup>9</sup>

Nimmt der Erbe die Darstellung des Dritten zum Schicksal der fraglichen Vermögenswerte nicht hin, steht die Frage einer – erforderlichenfalls gerichtlichen – Geltendmachung von Zahlungs- bzw. Herausgabeansprüchen<sup>10</sup> im Raume:

- Der Anspruch auf Herausgabe des abgehobenen Geldes gegen den kontobevollmächtigten Dritten kann sich, wenn keine Schenkung erfolgt war, aus § 667 BGB (Herausgabe des aus einem Auftrag Erlangten) bzw. aus § 687 Abs. 2 Satz 1, § 681 Satz 2, § 667 BGB (Herausgabe des aus unberechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag Erlangten) ergeben.
- Bei fehlendem Nachweis der ordnungsgemäßen Verwendung und Unmöglichkeit der Herausgabe nach § 667 BGB kommt ein Anspruch auf Schadensersatz gem. § 280 Abs. 1, 3, § 283 BGB in Betracht.<sup>11</sup>
- Durch missbräuchliche Überweisungen oder Barauszahlungen vom Konto des Vollmachtgebers erlangte Beträge sind nach Bereicherungsrecht (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB) zurück zu gewähren.
- Deliktsrechtlich sind in den beiden vorgenannten Fallgestaltungen Schadensersatzansprüche nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 Abs. 1 Fall 1 StGB (Untreue in Gestalt des Missbrauchstatbestandes) bzw. § 246 StGB (Unterschlagung) denkbar.<sup>12</sup>
- Für den Anspruch auf Herausgabe des im Besitz des Vertreters befindlichen Sparbuchs kommen die dinglichen Herausgabeansprüche (in erster Linie § 985 BGB) sowie der Erbschaftsanspruch nach § 2018 BGB in Betracht.

Die Einschätzung des Ergebnisses eines etwaigen künftigen Rechtsstreits ist freilich schwierig. Für die fraglichen Vorgänge stehen häufig keine unmittelbaren Beweismittel zur Verfügung, weil etwa über die behauptete Geldübergabe oder Schenkung keine Urkunden (Quittung, Schenkungsversprechen) errichtet wurden und zur Frage der Ablieferung des Geldes bzw. der behaupteten Schenkungsabrede nach dem Tode des Erblassers – in Erman-

gelung anderer Personen als Zeugen – unter den Voraussetzungen der §§ 445 ff. ZPO allenfalls die Parteivernehmung des Bevollmächtigten, d.h. des Begünstigten selbst in Betracht kommt. Auch die mittelbare Beweisführung durch Hilfstatsachen (Indizien) ist vielfach mit Unsicherheiten behaftet. So kann die Echtheit von Schriftstücken oder die Glaubwürdigkeit von Beweispersonen, die nicht selten dem Lager der einen oder der anderen Partei zumindest nahe stehen, zweifelhaft sein. Das gilt umso mehr, als Zwistigkeiten der in Rede stehenden Art ihr durchweg erhebliches Streitpotential<sup>13</sup> nicht selten aus notleidend gewordenen innerfamiliären Beziehungen schöpfen, bei denen dem »Streit ums Konto« vielfach nur Alibi-Funktion in Bezug auf anderweitige Konflikte der Beteiligten zukommt. Dabei darf die »Schurkenrolle« nicht von vorneherein einer Seite, insbesondere dem Bevollmächtigten zugewiesen werden, der zu Lasten des Erben über Vermögenswerte des Erblassers verfügt hat. Denn eine dem Bevollmächtigten vom Erblasser erteilte Vollmacht kann, wie der Bundesgerichtshof in seiner grundlegenden Entscheidung vom 25. Oktober 1994<sup>14</sup> betont hat, gerade den Sinn haben, es dem Vertreter im Todesfall des Vollmachtgebers zu ermöglichen, über dessen Konten und Depots wirksam gerade auch zu eigenen Gunsten – etwa in Vollziehung einer Schenkung unter Lebenden – zu verfügen. Andererseits kann das Gebrauchmachen von einer unter Umständen vor vielen Jahren und vor dem Hintergrund einer längst nicht mehr bestehenden Lebenssituation erteilten, möglicherweise in der Zwischenzeit sogar in Vergessenheit geratenen Vollmacht dem zuletzt aktuell gewesenen Erblasserwillen – von den Interessen der Erben ganz abgesehen – zuwiderlaufen.

Angesichts dieser Ausgangssituation liegt es auf der Hand, dass das Ergebnis eines Rechtsstreits entscheidend durch die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast in Bezug auf die rechtserheblichen Tatsachen bestimmt wird. Der Erbfall als solcher bewirkt zwar keine Veränderung der Darlegungs- und Beweislast. Vielmehr übernimmt der Erbe aufgrund der Gesamtrechtsnachfolge (§ 1922 BGB) Ansprüche mit derselben Beweislastregelung, die sich daraus für den Erblasser ergeben hätte, wenn dieser den Anspruch noch zu seinen Lebzeiten geltend gemacht hätte.<sup>15</sup> Infolge des Todes des Erblassers und des damit in der Regel verbundenen Informationsverlustes verändern sich aber sowohl für den Erben als auch für den von ihm in Anspruch genommenen Dritten innerhalb des als solchem unveränderten beweisrechtlichen Rahmens die tatsächlichen Reaktionsmöglichkeiten.

9 Trimborn von Landenberg, Die Vollmacht vor und nach dem Erbfall, 2. Aufl., § 3 Rn. 29.

10 Zu den möglichen Anspruchsgrundlagen vgl. Trimborn von Landenberg, Die Vollmacht vor und nach dem Erbfall, 2. Aufl., § 4 Rn. 79 ff.; Mutscheler, ZEV 2007, 184; Horn/Schabel, NJW 2012, 3473, 3476 ff.

11 BGH NJW 2006, 986, 987; NJW-RR 2008, 1373, 1374; OLG Hamm ZEV 2008, 600.

12 Horn/Schabel, NJW 2012, 3473, 3477 mwN.

13 Roth, NJW-Spezial 2012, 615.

14 BGHZ 127, 239, 242.

15 Vgl. BGH FamRZ 1993, 1311.

## 2. Vollmachtsarten

Die hiermit in den Blick genommenen Beweislastfragen stellen sich unabhängig davon, auf welcher Art von Vollmacht die Vertretungsmacht des Handelnden beruht. Für alle Vollmachtsarten gleichermaßen gilt, dass die dem Bevollmächtigten im Außenverhältnis zum Rechtsverkehr verliehene Rechtsmacht von dem im Innenverhältnis zum Vollmachtgeber gesetzten rechtlichen Rahmen zu unterscheiden ist und sich aus diesem Auseinanderfallen von rechtlichem »Können« sowie rechtlichem »Dürfen« Missbrauchsmöglichkeiten ergeben.

### a) Vorsorgevollmacht

Der – geschäftsfähige – Erblasser kann eine sog. Vorsorgevollmacht erteilt haben, durch die der Vertreter bevollmächtigt wird, bei später eintretender Geschäfts- und/oder Einwilligungsunfähigkeit des Vollmachtgebers für diesen sämtliche oder bestimmte Aufgaben zu erledigen. Die Vorsorgevollmacht, mit deren Erteilung in der Regel bezweckt wird, die spätere gerichtliche Anordnung einer rechtlichen Betreuung zu vermeiden (vgl. § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB),<sup>16</sup> kann sich ihrem Umfang nach daher sowohl auf die Vermögens- als auch die Personensorge beziehen.<sup>17</sup> Generell gilt, dass die Vorsorgevollmacht der Sache nach zwar auf den Verlust der Geschäfts- und Einwilligungsfähigkeit abzielt, der tatsächliche Eintritt dieses Vorsorgefalls aber – zumal für den Geschäftsgegner – regelmäßig schwer feststellbar bzw. überprüfbar ist.<sup>18</sup> Zumeist wird daher die Erteilung einer nach außen unbedingten Vollmacht, verbunden mit der internen Anweisung, von ihr erst im Vorsorgefall Gebrauch zu machen, empfohlen.<sup>19</sup> Auch der Text einer im Außenverhältnis unbedingten Vorsorgevollmacht, von der der Bevollmächtigte intern erst bei Eintritt des Vorsorgefalles Gebrauch machen darf, muss aber eindeutig ergeben, dass diese Anweisung nur im Innenverhältnis gilt. Daran fehlt es, wenn die interne Bedingung am Anfang der Vollmachtenurkunde steht, bevor darin überhaupt auf die Unterscheidung von Außen- und Innenverhältnis eingegangen wird.<sup>20</sup> Ob die Vorsorgevollmacht mit dem Tod des Vollmachtgebers erlischt oder darüber hinaus bestehen bleibt, hängt zunächst von einer diesbezüglichen ausdrücklichen oder stillschweigenden Anordnung des Vertretenen ab. Fehlt sie, so gilt die Vollmacht jedenfalls dann, wenn das

Grundverhältnis ein Auftrag oder Geschäftsbesorgungsvertrag ist, nach der Auslegungsregel des § 672 Satz 1 BGB i.V.m. § 168 Satz 1 BGB im Zweifel fort.<sup>21</sup> Nach Auffassung des OLG Hamm<sup>22</sup> soll allerdings die Geltungsdauer einer speziell auf die Bedürfnisse des Vollmachtgebers für den Fall der Betreuungsbedürftigkeit zugeschnittenen Altersvorsorgevollmacht entsprechend der gesetzlichen Vertretungsmacht eines Betreuers auf die Dauer der Betreuungsbedürftigkeit beschränkt sein, die Fortgeltung der Vollmacht über den Tod des Vollmachtgebers hinaus dagegen außerhalb des in der Urkunde zum Ausdruck kommenden Vollmachtzwecks liegen.

### b) Generalvollmacht

Eine Generalvollmacht gibt dem Bevollmächtigten regelmäßig eine über Handlungsvollmacht (§ 54 HGB) und Prokura (§ 48 HGB) hinausreichende umfassende Vertretungsmacht.<sup>23</sup> Eine solche Generalvollmacht kann ggf. als Vorsorgevollmacht ausgelegt werden.<sup>24</sup>

### c) Bankvollmacht und Kontovollmacht

Bank- und Kontovollmacht unterscheiden sich begrifflich darin, ob die Vertretungsmacht die gesamte Geschäftsverbindung zwischen dem Vollmachtgeber und der betreffenden Bank (Bankvollmacht) oder nur ein vorhandenes Konto bzw. Depot (Kontovollmacht) umfasst.<sup>25</sup> Die – regelmäßig formularmäßig erteilte – Kontovollmacht kann auch so ausgestaltet sein, dass sie für sämtliche unter einer bestimmten Kundenstamnummer geführten Konten/Depots gilt.<sup>26</sup> Mit der begrifflichen Differenzierung sind im vorliegenden Zusammenhang keine wesentlichen Unterschiede verbunden. Die Bank- bzw. Kontovollmacht kann mit Wirkung über den Tod hinaus (transmortale Vollmacht) oder aber bezogen – erst – auf den Todesfall (postmortale Vollmacht) erteilt werden;<sup>27</sup> beide Vollmachtenformen unterscheiden sich inhaltlich nur hinsichtlich ihres Beginns. Die in der Praxis gebräuchlichen Vollmachtenformulare der Geldinstitute sehen in der Regel die Fortgeltung einer lebzeitig erteilten Konto- oder Depotvollmacht über den Tod des Erblassers hinaus vor.<sup>28</sup>

16 Zur Nachrangigkeit der rechtlichen Betreuung gegenüber einer wirksam erteilten Vorsorgevollmacht vgl. BGH FamRZ 2012, 969.

17 Palandt/Götz, BGB, 72. Aufl., Einf v § 1896 Rn. 4 ff.; Uhlenbruck, ZInsO 2009, 612.

18 Zu Haftungsfragen bei einer ihrem Wortlaut nach einschränkungslos an das Vorliegen eines ärztlichen Attests geknüpften Vollmacht zur Vertretung in Vermögensangelegenheiten vgl. OLG Koblenz WM 2007, 1785.

19 Palandt/Götz, BGB, 72. Aufl., Einf v § 1896 Rn. 5; vgl. auch OLG Köln BeckRS 2013, 01040.

20 OLG Frankfurt ZEV 2012, 378 = BeckRS 2011, 22737.

21 Zimmermann, BKR 2007, 226, 226 f.

22 OLG Hamm WM 2003, 2066, 2068 = WuB IV A § 168 BGB 1.04 Roth; Rotter/Placzek, Bankrecht § 18 Rn. 13; Bartsch, jurisPR-BKR 8/2009 Anm. 2.

23 Schramm/Dauber in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 32 Rn. 1.

24 Palandt/Götz, BGB, 72. Aufl., Einf v § 1896 Rn. 5.

25 Schramm/Dauber in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 32 Rn. 6, 8. Allerdings wird in den banküblichen Formularen ggf. auch die Konto-/Depotvollmacht auf »die gesamte Geschäftsverbindung« bezogen.

26 Lwowski in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 34 Rn. 21.

27 Schramm/Dauber in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 32 Rn. 46; Madaus, ZEV 2004, 448.

28 Rotter/Placzek, Bankrecht, § 18 Rn. 12. S. auch das Muster bei Lwowski in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 34 Rn. 20.

Trans- und postmortale Vollmacht verleihen dem Bevollmächtigten die Befugnis, innerhalb der ihm eingeräumten Vertretungsmacht mit Wirkung für und gegen die Erben, jedoch beschränkt auf den Nachlass zu verfügen.<sup>29</sup> Hierzu muss der Bevollmächtigte die Erben, für die er handelt, nicht namhaft machen.<sup>30</sup> Die Weigerung der Bank, Weisungen eines wirksam Bevollmächtigten auszuführen, kann eine Pflichtwidrigkeit in Bezug auf das auf die Erben übergegangene Rechtsverhältnis (z.B. den Girovertrag) darstellen und daher Schadensersatzansprüche nach § 280 Abs. 1 BGB auslösen.<sup>31</sup> Für trans- wie postmortale Vollmachten besteht grundsätzlich ein großes praktisches Bedürfnis, weil sie die wirtschaftliche Kontinuität im Rechtsverkehr mit der Bank unabhängig von einer ansonsten regelmäßig erst mit zeitlicher Verzögerung beizubringenden erbrechtlichen Legitimation sichern.<sup>32</sup>

Nach Auffassung des OLG Hamm<sup>33</sup> erlischt eine (transmortale) Vollmacht infolge Konfusion, wenn der Bevollmächtigte den Vollmachtgeber allein beerbt; § 164 BGB setze eine Personenverschiedenheit zwischen dem Vertreter und dem rechtsgeschäftlich Vertretenen voraus, an der es fehle, wenn und sobald der Vertreter alleiniger Rechtsnachfolger des Vertretenen werde. Demgegenüber geht das OLG München<sup>34</sup> für eine postmortale Vollmacht davon aus, diese behalte auch dann ihre Wirkung, wenn der Bevollmächtigte – durch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung beschränkter – Alleinerbe sei. Diese Sichtweise dürfte zutreffend und für die transmortale Vollmacht ebenso zugrunde zu legen sein.<sup>35</sup> Es ist kein durchgreifender Grund ersichtlich, den bevollmächtigten (Allein-)Erben schlechter zu stellen als einen sonstigen Dritten. Das Erbrecht kann unklar, streitig oder sogar unerkannt unwirksam sein. In diesem Fall besteht ein erhebliches praktisches Bedürfnis für die Befugnis des – tatsächlichen oder angeblichen – (Allein-)Erben, jedenfalls aufgrund der Vollmacht wirksam für den Nachlass handeln zu können. Abgesehen davon dürfte eine dem (Allein-)Erben erteilte Vollmacht jedenfalls Rechtswirkung entfalten. Wollte man das anders sehen, entzöge man der gerade auf den Todesfall bezogenen postmortalen Vollmacht zumindest in Fällen der Alleinerbschaft vollständig ihre Funktion, weil sie in dem Moment, in dem sie bestimmungsgemäß überhaupt erst wirken soll, erlöschen würde.

29 OLG Frankfurt ZEV 2012, 377, 378; *Schramm/Dauber* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 32 Rn. 46; *Rotter/Placzek*, Bankrecht, § 18 Rn. 14.

30 OLG Frankfurt ZEV 2012, 377, 378 mwN.

31 *Rotter/Placzek*, Bankrecht, § 18 Rn. 14.

32 *Schramm/Dauber* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 32 Rn. 47; *Madaus*, ZEV 2004, 448.

33 ErbR 2013, 187 = BeckRS 2013, 06211.

34 FamRZ 2013, 402 = ErbR 2013, 33 m. zust. Anm. *Wendt*.

35 Vgl. auch *Palandt/Ellenberger*, BGB 72. Aufl. § 168 Rn. 4; *Schramm/Dauber* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 32 Rn. 47.

Gemäß Nr. 5 Satz 1 der AGB-Banken kann die Bank zur Klärung der Verfügungsberechtigung unter anderem die Vorlage eines Erbscheins (§§ 2353 ff. BGB) verlangen; nach Satz 2 der Bestimmung kann sie hierauf verzichten, wenn ihr eine Ausfertigung oder eine beglaubigte Abschrift der letztwilligen Verfügung (Testament, Erbvertrag) nebst zugehöriger Eröffnungsniederschrift (§ 348 Abs. 1 Satz 2 FamFG) vorgelegt wird.<sup>36</sup> In der Praxis machen Banken von dieser Verzichtsmöglichkeit oftmals keinen Gebrauch, um das Risiko einer falschen Testamentsauslegung von sich selbst abzuwenden und weil die Eröffnung des Testaments als solche noch keine Gewähr für dessen Wirksamkeit bietet.<sup>37</sup> Nach Nr. 5 Satz 3, 4 AGB-Banken darf die Bank den in einem eröffneten Testament als Erbe Bezeichneten dann nicht als Berechtigten ansehen, wenn ihr bekannt oder infolge Fahrlässigkeit nicht bekannt geworden ist, dass der Genannte – z.B. nach Anfechtung oder wegen Nichtigkeit des Testaments – nicht verfügungsberechtigt war. Das korrespondiert mit der gesetzlichen Regelung, wonach einer Leistung auf Vorlage des eröffneten Testaments kein gesetzlicher Gutgläubensschutz zukommt. Wie der Bundesgerichtshof im Jahre 2005 – allerdings für einen Sachverhalt, in dem die AGB der Banken oder Sparkassen nicht vereinbart waren – entschieden hat, ist ein Erbe, abgesehen von »Sonderregelungen«, von Gesetzes wegen grundsätzlich nicht verpflichtet, sein Erbrecht gerade durch einen Erbschein nachzuweisen.<sup>38</sup> Vielmehr habe er auch die Möglichkeit, diesen Nachweis in anderer Form zu erbringen. Ein eröffnetes öffentliches Testament stelle in der Regel einen solchen ausreichenden Nachweis dar. Die beklagte Bank habe daher gegen ihre Vertragspflichten verstoßen, indem sie die dort begehrte Umschreibung des Darlehenskontos von der Vorlage eines Erbscheins abhängig gemacht habe. Weitergehend hat das LG Lüneburg<sup>39</sup> angenommen, ein Geldinstitut verstoße durch die Verweigerung der Auszahlung von Nachlassguthaben gegen seine vertraglichen Verpflichtungen, wenn es – bei wirksamer Vereinbarung der AGB-Banken bzw. AGB-Sparkassen – die Vorlage

36 Nach OLG Hamm WM 2013, 221 = ZEV 2012, 678 = NJW-Spezial 2012, 744 ist die Regelung in Nr. 5 Abs. 1 AGB-Sparkassen wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam; die Revision ist beim BGH unter dem Az. XI ZR 401/12 anhängig. Von der Wirksamkeit der Klausel geht hingegen OLG Celle NJW 1998, 82 aus; im Ergebnis ebenso OLG Saarbrücken, Urt. v. 11.10.2012 – 8 U 345/11-95, n.v. Zur Wirksamkeitsfrage vgl. auch *Starke*, NJW 2005, 3184, 3186 f.; *Mischke/Nouvertiné*, ZErB 2005, 234; *Werkmüller*, BKR 2005, 318; *Schröder/Meyer*, NJW 2006, 3252, 3253 f.; *Keim*, WM 2006, 753, 754 f.; *Gahle*, ZEV 2009, 304, 305; *Bartsch*, jurisPR-BKR 2/2013 Anm. 4.

37 Vgl. *Rotter/Placzek*, Bankrecht, § 18 Rn. 10 mwN.

38 BGH WM 2005, 1432, 1433 = NJW 2005, 2779 = ZEV 2005, 388 m. Anm. *Werkmüller* = BKR 2005, 316 = MDR 2005, 1352. Ebenso BGH FamRZ 2005, 515, 516 = BGH-Report 2005, 558. *Rotter/Placzek*, Bankrecht, § 18 Rn. 9. Zum Nachweis der Erbfolge durch Vorlage eines notariellen Testaments und des Eröffnungsprotokolls vgl. auch LG München I NJW 2007, 3445.

39 ZEV 2009, 303 m. Anm. *Gahle*; vgl. auch LG Berlin BeckRS 2010, 06534 zur Frage, wann das Verlangen der Bank nach Vorlage eines Erbscheins rechtsmissbräuchlich ist.



eines Erbscheins verlange, obgleich ihm ein notarielles Testament sowie eine beglaubigte Abschrift des Eröffnungsprotokolls vorgelegt werde, sofern die letztwillige notarielle Verfügung klar und eindeutig sei.

Schadensersatzrechtlich gewissermaßen umgekehrt gesehen ist das OLG Frankfurt<sup>40</sup> davon ausgegangen, ein Kreditinstitut genüge seiner Pflicht, im Erbfall eines Kunden die erbrechtliche Verfügungsberechtigung zu prüfen (Ziff. 20 der Depotbedingungen), wenn ihm ein notariell beurkundetes Testament des Erblassers vorgelegt werde, das auf einen früheren Erbvertrag mit abweichender Erbeinsetzung Bezug nehme, die aus dieser Abweichung folgende Unwirksamkeit der späteren testamentarischen Verfügung jedoch erst im Wege einer Vertragsauslegung erkennbar werde. Das gelte jedenfalls dann, wenn sowohl Erbvertrag als auch Testament vom selben Notar beurkundet worden seien und das Kreditinstitut, das im Tagesgeschäft zu einer umfangreichen eigenen Prüfung und Auslegung erbrechtlicher Dokumente nicht verpflichtet sei, auf die notarielle Prüfung der Wirksamkeit der testamentarischen Verfügung vertraut habe.

Die dem Ehepartner eines Kontoinhabers erteilte transmortale Kontovollmacht berechtigt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich weder zu Lebzeiten des Erblassers noch nach dessen Tod zur Umschreibung des Kontos auf den Bevollmächtigten; die Bank wird durch eine solche Maßnahme im Verhältnis zum Erben des Kontoinhabers nicht leistungsfrei.<sup>41</sup>

### 3. Widerruf der Vollmacht

Nach dem Grundsatz des § 168 Satz 2 BGB ist die einmal erteilte Vollmacht unabhängig vom Fortbestand des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses frei widerruflich. Mit dem Tode des Vollmachtgebers treten dessen Erben in seine Rechtsposition ein und geht daher das Widerrufsrecht auf sie über. Die Erben können also die vom Erblasser erteilte Vollmacht jederzeit ohne Begründung widerrufen, sofern das Widerrufsrecht nicht ausdrücklich oder stillschweigend vertraglich wirksam ausgeschlossen wurde.<sup>42</sup> Wird der Vollmachtgeber von mehreren Personen beerbt, kann nach herrschender Auffassung<sup>43</sup> jeder der

Miterben einzeln den Widerruf der Vollmacht – mit Wirkung nur für sich selbst – erklären. Das Vertretungsrecht des Bevollmächtigten hinsichtlich des oder der weiteren Miterben bleibt hiervon unberührt; der Bevollmächtigte kann insoweit von seiner Vollmacht jedoch fortan nur noch gemeinsam mit dem bzw. den widerrufenden Miterben Gebrauch machen. Selbst wenn der Widerruf rasch und unproblematisch erklärt werden kann, bleibt er freilich nicht selten ein »stumpfes Schwert«, weil er die Wirkungen vom Bevollmächtigten bis dahin wirksam getroffener Maßnahmen nicht rückwirkend beseitigen kann.

## II. Auskunftsansprüche des Erben

Um die Chancen möglicher Leistungsansprüche gegen den Bevollmächtigten zuverlässig beurteilen zu können, ist der Erbe auf die Beschaffung von Informationen angewiesen. Als Informationsquellen kommen dabei vor allem die Bank, bei der der Erblasser seine Konten geführt und Depots unterhalten hat, sowie der Vertreter selbst in Betracht.

### 1. Auskunftsansprüche gegen die Bank

In ihrer Eigenschaft als Rechtsnachfolger (§ 1922 BGB) des verstorbenen Kontoinhabers sind die Erben ebenso Vertragspartner der Bank, wie es der Erblasser zu seinen Lebzeiten war. Eine Informationspflicht der Bank ergibt sich deshalb insbesondere aus dem hinsichtlich des Girokontos des Erblassers bestehenden Girovertrag mit Kontokorrentabrede, einem Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstvertragscharakter iSv § 675 BGB, in den die Erben mit dem Erbfall eingerückt sind. Rechtsgrundlage ihres Auskunftsverlangens ist dann § 666 BGB. Danach ist das Kreditinstitut insbesondere verpflichtet, dem Kunden über den Stand des Kontos Kontoauszüge zu erteilen, die fortlaufend alle Änderungen wiedergeben. Auf Grund der Kontokorrentabrede (§ 355 HGB) muss das Kreditinstitut ferner in den vereinbarten Zeitabständen Rechnungsabschlüsse fertigen und übermitteln, die ein Saldoanerkennnis herbeiführen sollen.<sup>44</sup> Soweit die Bank die entsprechenden Informationsansprüche des Kontoinhabers in der Regel schon während der laufenden Geschäftsbeziehung mit dem Erblasser erfüllt hat, steht das einem erneuten Informationsverlangen des Erben als dessen Rechtsnachfolger nicht von vorneherein entgegen.

40 RNotZ 2011, 611 = Zerb 2011, 275 = BeckRS 2011, 18927 m. Anm. *Litzenburger*, FD-ErbR 2011, 321918. Zur fehlenden Schadensersatzpflicht einer Bank, die bei Vorlage eines privatschriftlichen Testaments auf einem Erbschein besteht vgl. AG Mannheim, WM 2007, 2240, 2241; zur Problematik insgesamt s. auch *Litzenburger* in BeckOK BGB, § 2232 Rn. 21 ff.

41 BGHZ 180, 191 Rn. 15 m. Anm. *Bartsch*, jurisPR-BKR 8/2009 Anm. 2; *Roglmeier*, jurisPR-FamR 22/2009 Anm. 5.

42 Zum Ausschluss des Widerrufsrechts vgl. BGH WM 2010, 1218 Rn. 16; Palandt/*Ellenberger*, BGB, 72. Aufl. § 168 Rn. 6 mwN; *Schramm/Dauber* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 32 Rn. 15 mwN; *Trimborn von Landenberg*, Die Vollmacht vor und nach dem Erbfall, 2. Aufl., § 2 Rn. 2.

43 Palandt/*Weidlich*, Einf v § 2197 Rn. 13; *Schramm/Dauber* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 32 Rn. 51 mwN;

*Trimborn von Landenberg*, Die Vollmacht vor und nach dem Erbfall, 2. Aufl., § 2 Rn. 37. Nach anderer Ansicht handelt es sich bei der Ausübung des Widerrufsrechts um eine Maßnahme der Nachlassverwaltung iSv § 2038 Abs. 1 Satz 1 BGB, die nur durch alle Miterben gemeinschaftlich erfolgen kann (*Madaus*, ZEV 2004, 448, 448 f.) bzw. ist das Widerrufsrecht ein Nachlassgegenstand iSv § 2040 Abs. 1 BGB (hiergegen aber *MünchKommBGB/Gergen*, 5. Aufl., § 2040 Rn. 12), über den die Miterben nur gemeinsam verfügen können.

44 BGH NJW 1985, 2699. Zur Informationspflicht des Zahlungsdienstleisters nachdem neuen Zahlungsdienstrecht vgl. auch § 675d, Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Art. 245 §§ 1–16 EGBGB.

Nach § 666 BGB hat der Inhaber eines Girokontos gegen das kontoführende Kreditinstitut einen Auskunftsanspruch, der auch Vorgänge betrifft, über die das Kreditinstitut den Kunden bereits unterrichtet hat, und der nicht nur die Erteilung von Kontoauszügen, sondern auch zusätzliche Auskünfte umfasst, soweit sie zur Überprüfung der Richtigkeit einzelner Buchungen erforderlich sind. Dieser Anspruch gegen die Bank ist nicht auf den Fall beschränkt, dass dem Kunden die Unterlagen ohne sein Verschulden abhandengekommen sind. Sofern sein Auskunftsverlangen nicht mutwillig oder missbräuchlich erscheint, ist es vielmehr unerheblich, wie und warum der Kunde in die Lage geraten ist, erneut um Auskunft bitten zu müssen.<sup>45</sup> Der aus der Geschäftsverbindung des Kontoinhabers sich ergebende Anspruch gem. §§ 675, 666 BGB auf – erneute – Auskunft geht mit dem Tode des Erblassers auf dessen Erben über.<sup>46</sup> Die Verpflichtung der Bank zur nochmaligen Auskunft unterliegt zudem keinen festen zeitlichen Beschränkungen. Sie entfällt insbesondere nicht etwa jeweils für die Zeiträume, für die ein Rechnungsabschluss zu einem Saldoanerkennnis nach § 355 HGB geführt hat.<sup>47</sup> Der Auskunftsanspruch des Inhabers eines Girokontos gegen das kontoführende Kreditinstitut erlischt ferner nicht mit Ablauf der sechs- bzw. zehnjährigen handelsrechtlichen Aufbewahrungsfrist (§ 257 HGB), wenn die zur Auskunftserteilung benötigten Unterlagen bei dem Kreditinstitut noch tatsächlich vorhanden sind.<sup>48</sup> Der Anspruch aus § 666 BGB setzt zudem nicht voraus, dass die begehrte Auskunft der Vorbereitung eines weiter gehenden anderen Anspruchs dienen soll. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs genügt vielmehr das allgemeine Interesse des Auftraggebers, die Tätigkeit des Auftraggebers zu kontrollieren.<sup>49</sup> Einem durch die Erteilung der nochmaligen Auskunft auf Seiten des Kreditinstituts verursachten Aufwand wird dadurch Rechnung getragen, dass die Bank die Auskunft grundsätzlich nur Zug um Zug gegen Kostenerstattung erteilen muss.<sup>50</sup>

Ist Rechtsnachfolger des Kontoinhabers nicht nur eine Einzelperson, sondern eine Erbengemeinschaft (§§ 2032 ff. BGB), so kann zum einen fraglich sein, ob jeder einzelne Miterbe einen individuellen, nur auf sich selbst bezogenen

Informationsanspruch hat,<sup>51</sup> oder der Auskunftsanspruch (der Erbengemeinschaft) nach § 2039 Satz 2 BGB zwar von jedem Miterben alleine geltend gemacht werden kann, aber nur mit der Maßgabe der Auskunfterteilung an alle Mitglieder der Erbengemeinschaft. Die Praxis behilft sich in dieser Frage wohl damit, dass auf das Auskunftsverlangen eines Miterben hin die Unterlagen von der Bank an alle Miterben gesandt werden,<sup>52</sup> soweit diese sämtlich bekannt sind.<sup>53</sup> Für den Sonderfall einer aus zwei Erben bestehenden Erbengemeinschaft, von denen einer zugleich als Testamentsvollstrecker bestimmt ist, dem in dieser Funktion von der Bank bereits Auskunft erteilt wurde, hat das AG Kaiserslautern<sup>54</sup> einen Individualanspruch des anderen Miterben auf Auskunfterteilung nur an sich alleine anerkannt; der Miterbe könne nicht auf seinen Auskunftsanspruch gegenüber dem Testamentsvollstrecker gemäß § 2218 Abs. 1, § 666 BGB verwiesen werden, sondern habe in der Erbaueinandersetzung ein berechtigtes Interesse daran, die Vollständigkeit und Richtigkeit der Auskünfte des Testamentsvollstreckers überprüfen zu können.

Zum anderen kann fraglich sein, wie zu verfahren ist, wenn nicht alle Miterben mit der Geltendmachung eines Auskunftsanspruchs gegen die Bank einverstanden sind. Das ist vor allem denkbar, wenn einzelne Miterben verhindern wollen, dass sie persönlich betreffende frühere Verfügungen des Erblassers den anderen Beteiligten bekannt werden. Grundsätzlich geht auch das ursprünglich dem Erblasser zustehende Recht auf Geheimhaltung auf die Erbengemeinschaft über; diese wird »Geheimnisherr«.<sup>55</sup> Indes wird man bezweifeln dürfen, ob dem Bankgeheimnis Rechtswirkung zwischen den Mitgliedern der Erbengemeinschaft untereinander zukommt. Schutzzweck des Bankgeheimnisses ist neben dem Recht der Bank, im Sinne eines »Berufs- und Geschäftsgeheimnisses« im Kreditgewerbe eine betriebliche Geheimosphäre aufzubauen, der Schutz des Kunden gegenüber Dritten.<sup>56</sup> Ausgehend von dieser zweifachen Schutzrichtung entfaltet das Bankgeheimnis des Erblassers aber keinerlei Schutzzweck innerhalb des – bei einer Erbengemeinschaft aus mehreren Personen bestehenden – »Geheimnisherrn« selbst.<sup>57</sup> Erst recht dient es wohl nicht dem Schutz eines

45 BGH NJW 1989, 1601, 1601 f.; NJW 2001, 1486, 1486 f.

46 BGHZ 104, 107, 109 = NJW 1989, 1601.

47 BGH NJW 1985, 2699, 2700.

48 BGH NJW 2001, 1486, 1487.

49 BGH NJW 2012, 58, 59; NJW 2001, 1486.

50 BGH NJW 2001, 1486, 1488. *Nobbe*, WM 2008, 185, 190 f. Zur Frage der Entgelthöhe bei Klauselmäßiger Festlegung vgl. OLG Frankfurt ZIP 2013, 452 (n. rskr.; Az. der Revision XI ZR 66/13).

51 Dafür: *Osterloh-Konrad*, ErbR 2012, 326, 329 f. in Anlehnung an die Bruchteilsgemeinschaft an einem Grundstück betreffende Entscheidung BGH NJW 1996, 656 f.; vgl. auch *Trimborn von Landenberg*, Die Vollmacht vor und nach dem Erbfall, 2. Aufl., § 3 Rn. 55.

52 *Osterloh-Konrad*, ErbR 2012, 326, 329 f.

53 Zur denkbaren Vorgehensweise, wenn einzelne Miterben unbekannt sind, *Trimborn von Landenberg*, Die Vollmacht vor und nach dem Erbfall, 2. Aufl., § 3 Rn. 51.

54 AG Kaiserslautern ZEV 2011, 585.

55 *Bunte* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 7 Rn. 8 mwN.

56 *Bunte* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 7 Rn. 9.

57 Zutreffend *Osterloh-Konrad*, ErbR 2012, 326, 330. Im Ergebnis ebenso *Trimborn von Landenberg*, Die Vollmacht vor und nach dem Erbfall, 2. Aufl., § 3 Rn. 55.

Miterben, der möglicherweise aus eigennützigen Motiven verhindern will, dass die anderen Miterben umfassende Informationen über das Konto des Erblassers betreffende Vorgänge erhalten. Es kann deshalb nicht als Begründung herangezogen werden, um das von einem Miterben geltend gemachte Auskunftersuchen zurückzuweisen, solange nicht alle Miterben die Bank von ihrer Verschwiegenheitspflicht befreit haben. Eine andere Betrachtung liefe in der praktischen Konsequenz auf die Annahme einer Verschwiegenheitspflicht der Bank im Verhältnis zum Kontoinhaber selbst hinaus, was mit Sinn und Zweck des Bankgeheimnisses unvereinbar erscheint. Anders könnte allenfalls dann zu entscheiden sein, wenn Anhaltspunkte für einen entgegenstehenden ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen des Erblassers, der die Erben-gemeinschaft als Rechtsnachfolgerin bindet, bestünden.<sup>58</sup> Denkbar ist zwar auch, dass die Bank sich auf das Bankgeheimnis eines etwaigen Zuwendungsempfängers – sei es ein Mitglied der Erben-gemeinschaft selbst, sei es ein außenstehender Dritter – beruft, den sie im Rahmen der Auskunfterteilung über die das Konto des Erblassers betreffenden Verfügungen offenbaren müsste. Insoweit spricht aber vieles dafür, eine mögliche Kollision zwischen dem Auskunftsanspruch der Erben-gemeinschaft und dem Bankgeheimnis des Zuwendungsempfängers durch eine Interessenabwägung zugunsten der Erben zu lösen. In diesem Sinne hat der Bundesgerichtshof jedenfalls in Bezug auf den Auskunftsanspruch (§§ 675, 666 BGB) des Erben gegen die Bank, mittels dessen der Erbe seine eigene Auskunftspflicht gegenüber einem Pflichtteilsberechtigten (§ 2314 Abs. 1 BGB) erfüllen will, entschieden.<sup>59</sup> Diese Erwägungen dürften auf die hier in Rede stehende Konstellation zu übertragen sein.

## 2. Auskunftsansprüche gegen den Bevollmächtigten

### a) Auskunftsanspruch nach §§ 662, 666 BGB bzw. § 675 Abs. 1, § 666 BGB

In der Praxis steht als Mittel der Informationsbeschaffung der im Wege der Rechtsnachfolge auf den oder die Erben übergegangene Auskunftsanspruch des Erblassers gegen den Bevollmächtigten im Vordergrund, der sich aus §§ 662, 666 BGB ergeben kann, wenn der in Bezug auf das Außenverhältnis erteilten Vollmacht im Innenverhältnis zwischen Vertreter und Erblasser ein Auftrag zugrunde lag. Handelte es sich bei diesem Grundverhältnis um eine – entgeltliche – Geschäftsbesorgung, wurde der Bevollmächtigte also für seine Vertretungstätigkeit bezahlt, findet § 666 BGB über die Verweisung in § 675 Abs. 1 BGB Anwendung.<sup>60</sup> Die Vorschrift des § 666

BGB gegründet dabei zu Lasten des Auskunftsschuldners drei verschiedene, ihrem Inhalt nach voneinander zu unterscheidende Informationspflichten, nämlich

- die Benachrichtigungspflicht (»dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben«), § 666 Fall 1 BGB,
- die eigentliche Auskunftspflicht (»auf Verlangen über den Stand des Geschäfts Auskunft zu erteilen«), § 666 Fall 2 BGB, sowie
- die Rechenschaftspflicht (»nach der Ausführung des Auftrags Rechenschaft abzulegen«), § 666 Fall 3 BGB.

In Bezug auf ein etwaiges Auftragsverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Vertreter stellt sich regelmäßig die Frage der Abgrenzung zu einem bloßen Gefälligkeitsverhältnis, das mit dem Auftrag die Merkmale der Fremdnützigkeit sowie der Unentgeltlichkeit gemeinsam<sup>61</sup> hat. Ist der Bevollmächtigte – wie häufig eingewandt wird – bloß aus reiner Hilfsbereitschaft, d.h. gefälligkeitshalber für den Vollmachtgeber tätig geworden, scheidet ein Auskunftsanspruch der Erben nach § 666 BGB aus übergegangenem Recht des Erblassers aus; in Betracht kommt dann allenfalls ein – subsidiäres – Auskunftsverlangen nach § 242 BGB aus eigenem Recht<sup>62</sup> des oder der Erben. Da sowohl Auftrag als auch Gefälligkeitsverhältnis durch die Merkmale der Fremdnützigkeit und der Unentgeltlichkeit gekennzeichnet werden, ist maßgebliches Unterscheidungskriterium der – beim Gefälligkeitsverhältnis fehlende – Rechtsbindungswille von Vollmachtgeber und Vertreter.<sup>63</sup> Unerheblich ist demgegenüber, welcher Art die in Rede stehende Tätigkeit ist. Denn der Begriff der Geschäftsbesorgung i.S.v. § 662 BGB umfasst nicht nur die Vornahme von Rechtsgeschäften im wirtschaftlichen Bereich, sondern auch rein tatsächliche Handlungen wie etwa die bloße faktische Weiterleitung von Geldmitteln an Dritte, sofern es sich dabei um eine Tätigkeit handelt, die an sich der Sorge des Auftraggebers obläge und durch die dessen Interesse gefördert wird.

Ob ein Rechtsbindungswille vorhanden ist, ist nicht nach dem – nicht in Erscheinung getretenen – inneren Willen des Leistenden zu beurteilen, sondern danach, ob der Leistungsempfänger unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auf einen solchen Willen schließen musste. Es kommt darauf an, wie sich dem objektiven Beobachter das Handeln des Leistenden darstellt. Eine vertragliche Bindung wird deshalb insbesondere dann zu bejahen sein, wenn erkennbar ist,

<sup>58</sup> Vgl. BGH NJW 1989, 1601, 1602.

<sup>59</sup> BGH NJW 1989, 1601, 1602. S. auch *Trimborn von Landenberg*, Die Vollmacht vor und nach dem Erbfall, 2. Aufl., § 3 Rn. 55.

<sup>60</sup> Vgl. auch *Horn/Schabel*, NJW 2012, 3473, 3474.

<sup>61</sup> Palandt/Sprau, BGB, 72. Aufl., Einf v § 662 Rn. 4.

<sup>62</sup> Vgl. auch *Muscheler*, ZEV 2007, 186.

<sup>63</sup> BGH NJW-RR 1997, 1007; OLG Zweibrücken OLGR 2005, 132, 132 f.

- dass für den Leistungsempfänger wesentliche Interessen wirtschaftlicher Art auf dem Spiel stehen und
- er sich auf die Zusage des Leistenden verlässt oder
- wenn der Leistende an der Angelegenheit ein rechtliches oder wirtschaftliches Interesse hat.

Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, kann dem Handeln der Beteiligten nur unter besonderen Umständen ein rechtlicher Bindungswille zugrunde gelegt werden. Ein Bindungswille wird deshalb in der Regel bei dem sogenannten Gefälligkeitshandeln des täglichen Lebens, bei Zusagen im rein gesellschaftlichen Verkehr oder bei Vorgängen, die diesen ähnlich sind, zu verneinen sein. Ob durch Erklärungen oder ein sonstiges Verhalten ein Auftragsvertrag zustande kommt oder nur eine keine rechtlichen Bindungen erzeugende »Gefälligkeitshandlung« vorliegt, hängt hiernach von den Umständen des Einzelfalls ab und ist daher im Prozess eine Sache tatrichterlicher Würdigung.<sup>64</sup>

Generell wird man dabei sagen können: Wird jemand mit einer gewissen Regelmäßigkeit und Häufigkeit für einen anderen tätig und hat diese Tätigkeit eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung, dürfte in der Regel von einem Rechtsbindungswillen der Beteiligten, d.h. von einem Auftragsverhältnis auszugehen sein.<sup>65</sup> Dabei können aus der Instanzrechtsprechung folgende Beispielfälle als Orientierung dienen:

- Der pauschale Vortrag, der Kontobevollmächtigte habe sich um ein Sparkonto »kümmern« sollen, reicht zur Darlegung eines Auftrags nicht aus.<sup>66</sup>
- Überweist der 90jährige Erblasser den Betrag von über 500 000 DM (Erlös aus dem Verkauf von Grundbesitz) auf das gemeinsame Konto seines Enkels und dessen Ehefrau, weil Letztere ihn überzeugt hat, sie sei in der Lage, das Geld zu besseren Konditionen anzulegen, spricht bereits die Höhe der Summe, bei der erhebliche Vermögenswerte des Großvaters auf dem Spiel stehen, gegen eine bloß unverbindliche Gefälligkeit.<sup>67</sup>
- Wird regelmäßig ein größerer Geldbetrag (monatlich 3 000 DM) abgehoben und anschließend bei der Vollmachtgeberin abgeliefert, die auf dieses Vorgehen wegen Mobilitätsschwierigkeiten angewiesen ist, scheidet ein rechtlich unverbindliches reines Gefälligkeitsverhältnis aus, wenn dem Vertreter bewusst ist, das die

Vollmachtgeberin auf die sorgfältige, pünktliche und ordnungsgemäße Erledigung angewiesen ist.<sup>68</sup>

- Übernimmt der Sohn über viele Jahre hinweg sämtliche mit den Spar- und Bankkonten zusammenhängenden Geschäfte der Mutter, mit der er im selben Haushalt lebt, und hebt er in diesem Rahmen insgesamt über 30 000 DM von den Konten ab, geht seine Tätigkeit über ein unverbindliches Gefälligkeitsverhältnis hinaus.<sup>69</sup>
- Hat der Erblasser eine Vorsorgevollmacht erteilt, die den Bevollmächtigten berechtigt, den Erblasser in allen Vermögens-, Renten- oder Versorgungs-, Steuer- und sonstigen Rechtsangelegenheiten zu vertreten, das Vermögen des Erblassers zu verwalten und über Vermögensgegenstände zu verfügen, so liegt der Erteilung einer derart umfangreichen Vollmacht nicht nur ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis, sondern ein Auftragsverhältnis zugrunde.<sup>70</sup> Umgekehrt kann allein aus der Erteilung einer bloßen Kontovollmacht nicht auf einen rechtlichen Bindungswillen im Sinne eines Auftrags geschlossen werden.<sup>71</sup>
- Die Tätigkeit des Bevollmächtigten muss nicht den Rang einer »eigenständigen Vermögensverwaltung« haben.<sup>72</sup> Wird aber für den im Seniorenheim lebenden, gesundheitlich beeinträchtigten Vollmachtgeber über einen längeren Zeitraum die Regelung der Vermögensangelegenheiten mittels einer Bankvollmacht übernommen, ist von einem Auftragsverhältnis auszugehen.<sup>73</sup>
- Entspricht es dem objektiven Willen von Eltern auf der einen und deren Sohn auf der anderen Seite, dass der Sohn für die ordnungsgemäße Durchführung der Verwaltung zweier Liegenschaften einstehen soll, die aus einem verpachteten landwirtschaftlichen Anwesen, aus dem in knapp neun Jahren ca. 112 000 € Pachteinahmen erzielt werden, sowie einem große Ländereien umfassenden und gleichfalls verpachteten »Familienstammsitz« bestehen, weil der Vater sich wegen seiner angegriffenen Gesundheit hierzu nicht mehr in der Lage sieht, kann mit Rücksicht auf die wirtschaftliche Dimension sowie den weiteren Beweggrund, die Liegenschaften im Familienbesitz zu halten, von einem

64 BGH BeckRS 2012, 14989 Rn. 14 – 16; *Horn/Schabel*, NJW 2012, 3473.

65 *Osterloh-Konrad*, ErbR 2012, 326, 330.

66 OLG Brandenburg BeckRS 2009, 10120.

67 OLG Brandenburg BeckRS 2008, 13148. BGH BeckRS 2012, 14989 hat eine in der Höhe des übergebenen Geldbetrages zum Ausdruck kommende wirtschaftliche Bedeutung schon bei einer Summe von 5 000 € angenommen.

68 OLG Naumburg NJOZ 2003, 655, 656.

69 OLG Köln OLG 1995, 51; die Entscheidung betrifft entgegen der Annahme von *Trimborn von Landenberg*, Die Vollmacht vor und nach dem Erbfall, 2. Aufl., § 3 Rn. 17 nicht ein unverheiratetes Paar, sondern das Verhältnis Mutter/Kind.

70 OLG Brandenburg BeckRS 2012, 20726.

71 OLG Brandenburg BeckRS 2009, 10120; OLG Köln BeckRS 2013, 1040.

72 Zumindest missverständlich daher OLG Brandenburg BeckRS 2009, 10120.

73 Vgl. OLG Bremen ZEV 210, 480; OLG München BeckRS 2012, 14122.



Rechtsbindungswillen und somit von einem Auftragsverhältnis auszugehen sein.<sup>74</sup>

Für die den Abschluss eines Auftragsvertrages – d.h. also in der Regel das Vorliegen eines Rechtsbindungswillens der Beteiligten – rechtfertigenden Tatsachen trägt der Gläubiger des Auskunftsanspruchs nach § 666 BGB die Darlegungs- und Beweislast.<sup>75</sup> Diese umfasst auch den Inhalt des Auftrags und die dem Beauftragten dabei ggf. nach § 665 BGB erteilten Weisungen,<sup>76</sup> was dann streitentscheidend sein, kann, wenn es für die geltend gemachten Ansprüche rechtserheblich darauf ankommt, mit welchen genauen Aufgaben der Bevollmächtigte beauftragt wurde.

#### aa) Ausnahmefall: Das Verhältnis von Ehegatten untereinander

Für die eheliche Lebensgemeinschaft gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Besonderheit, dass unter Eheleuten regelmäßig selbst dann kein Auftragsverhältnis iSv § 662 BGB besteht, wenn einer von ihnen die Wirtschaftsführung nahezu allein übernimmt und die verfügbaren Mittel im Wesentlichen aus den Einkünften oder dem Vermögen des anderen Ehegatten zufließen. Deshalb kann der andere Ehegatte von dem die Wirtschaftsführung wahrnehmenden Ehegatten weder nach Auftragsrecht noch auf Grund eines eigenständigen familienrechtlichen Anspruchs die Rückzahlung von Geldern verlangen, deren familienbezogene Verwendung dieser Ehegatte nicht belegen kann. Eine unmittelbare oder analoge Anwendung des § 667 BGB kommt hier nicht in Betracht.<sup>77</sup> Auch nach diesem Grundsatz ist es zwar die Annahme eines zwischen Ehegatten bestehenden (Vermögens-)Verwaltungsvertrags nicht ausgeschlossen; hieran sind aber keine geringen Anforderungen<sup>78</sup> zu stellen.

Die obergerichtliche Rechtsprechung hat die vom Bundesgerichtshof zur Ehe angestellten Erwägungen in der Folgezeit verschiedentlich auf andere Lebenssituationen mit engem persönlichem Einschlag – etwa auf das Verhältnis zwischen der Großmutter und ihrem Enkel, der sie in sein Haus aufgenommen hat<sup>79</sup> sowie auf eine ungefähr 20 Jahre lang bestehende nichteheliche Lebensgemeinschaft<sup>80</sup> – übertragen. Das OLG Köln hat die Übertragung auf einen Sachverhalt, in dem der Sohn über viele Jahre hinweg sämtliche mit den Spar- und

Bankkonten zusammenhängenden Geschäfte seiner Mutter übernommen hatte, mit der er zeitweise im selben Haushalt lebte, abgelehnt,<sup>81</sup> dagegen in einem neueren Urteil<sup>82</sup> – insoweit allerdings ohne jegliche Auseinandersetzung sowohl mit der vorgenannten früheren Entscheidung als auch der zwischenzeitlich ergangenen gegenseitigen höchstrichterlichen Rechtsprechung (dazu sogleich) – ein die Annahme eines Auftrags ausschließendes besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Mutter und Kind bejaht. Der Bundesgerichtshof hat allerdings inzwischen klargestellt, dass die Rechtsprechungsgrundsätze, wonach zwischen Eheleuten ein Auftragsverhältnis i.S.d. §§ 662 ff. BGB selbst dann nicht besteht, wenn sie übereingekommen sind, während ihres Zusammenlebens die Aufgabebereiche in der Weise zu regeln, dass einer von ihnen die Wirtschaftsführung allein übernimmt und die verfügbaren Mittel im Wesentlichen aus den Einkünften oder dem Vermögen des anderen Ehegatten zufließen, auf Fallgestaltungen mit sonstigem familiären oder personalen Einschlag nicht übertragbar sind.<sup>83</sup> Im Hinblick auf die vermögensrechtliche Annäherung an die Ehe ist allerdings zu erwägen, die vom Bundesgerichtshof für die eheliche Lebensgemeinschaft entwickelten Grundsätze jedenfalls auf Eingetragene Lebenspartnerschaften iSv § 1 LPartG ebenfalls anzuwenden.<sup>84</sup>

Hat nach den vorstehenden Entscheidungen des Bundesgerichtshofs der innerhalb der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht die Wirtschaft führende Ehegatte keinen Auskunftsanspruch nach § 666 BGB gegen den anderen Teil, ändert sich an dieser Situation durch den Erbfall nichts. Ein Recht, dass dem Verstorbenen nicht zustand, kann nicht nach § 1922 BGB auf dessen Erben übergehen.

#### bb) Verzicht auf den Auskunftsanspruch

Der Vollmachtgeber kann grundsätzlich auf die Ansprüche aus § 666 BGB ausdrücklich oder konkludent verzichten;<sup>85</sup> ein solcher Verzicht (§ 397 BGB) bindet auch die Erben.

##### (1) Konkludenter Verzicht

Einen stillschweigenden Verzicht iSv § 397 BGB auf die Ansprüche aus § 666 BGB wird man mit Rücksicht auf die endgültigen Rechtswirkungen einer solchen Vereinbarung nur in engen Ausnahmefällen und bei Vorliegen

74 OLG Düsseldorf BeckRS 2009, 18495; s. dazu auch BGH BeckRS 2009, 18376.

75 OLG Brandenburg BeckRS 2009, 10120; Palandt/Sprau, BGB, 72. Aufl., § 667 Rn. 10; Horn/Schabel, NJW 2012, 3473, 3476.

76 BGH-NJW-RR 2004, 927; Horn/Schabel, NJW 2012, 3473, 3476 mwN.

77 BGH NJW 2000, 3199, 3200.

78 BGH NJW 2000, 3199, 3200.

79 OLG Naumburg BeckRS 2008, 11185.

80 OLG Düsseldorf ZEV 2007, 184, 185; s. auch OLG Zweibrücken OLGR 2005, 132, 133.

81 OLG Köln OLGR 1995, 51; die Entscheidung betrifft entgegen der Annahme von *Trimborn von Landenberg*, Die Vollmacht vor und nach dem Erbfall, 2. Aufl., § 3 Rn. 17, nicht ein unverheiratetes Paar.

82 OLG Köln BeckRS 2013, 01040.

83 BeckRS 2008, 17591 = ZErB 2009, 91; zustimmend *Osterloh-Konrad*, ErbR 2012, 326, 330 f.

84 *Trimborn von Landenberg*, Die Vollmacht vor und nach dem Erbfall, 2. Aufl., § 3 Rn. 16; vgl. auch *Muscheler*, ZEV 2007, 186.

85 BGH NJW 2001, 1131; OLG München BeckRS 2012, 14122; OLG Hamm BeckRS 2012, 18422; *Horn/Schabel*, NJW 2012, 3473, 3475.

ganz besonderer Umstände annehmen dürfen, die von dem in Anspruch genommenen Bevollmächtigten darzulegen und ggf. zu beweisen sind. Ein solcher Verzicht kommt grundsätzlich in Betracht, wenn der Auftraggeber während langjähriger Verwaltung niemals Rechnungslegung verlangt hat.<sup>86</sup> Die Abgrenzung zu Fallgestaltungen, in denen die Geltendmachung von Auskunftsansprüchen – nur – nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) ausgeschlossen ist (dazu nachfolgend unter cc), ist daher fließend. Die Anforderungen an die Annahme eines Verzichts sind jedoch höher als diejenigen an eine Treuwidrigkeit.<sup>87</sup> Allein mit der Absprache, dass der Beauftragte nach freiem Ermessen und ohne vorherige Einholung von Weisungen handeln darf, ist noch keine Befreiung von Informationspflichten verbunden.<sup>88</sup>

Im Zusammenhang mit einem etwaigen stillschweigenden Verzicht auf die Ansprüche aus § 666 BGB ist mit Blick auf etwaige Leistungsansprüche ein Urteil des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 2000<sup>89</sup> zu beachten. Danach erfasst ein etwaiger Verzicht des Berechtigten auf die Rechte aus § 666 BGB jedenfalls nicht sämtliche, bei genauer Abrechnung sich ergebenden Zahlungsansprüche; vielmehr kann hier – allenfalls – der Schluss gerechtfertigt sein, mit dem Verzicht auf Rechenschaft sei stillschweigend zugleich auf verhältnismäßig unwesentliche Spitzen von Zahlungsansprüchen (Abrundung einer Summe auf einen glatten Betrag oder Nichtberücksichtigung von Kleinbeträgen) verzichtet worden.

## (2) Ausdrücklicher Verzicht

Will der Vollmachtgeber – insbesondere im Vorgriff auf den späteren Erbfall – Auskunfts- und Rechenschaftspflichten des Bevollmächtigten gegenüber den künftigen Erben ausschließen, ist zu einer ausdrücklichen Verzichtsvereinbarung zu raten, die umfassend oder auch inhaltlich (etwa der Höhe nach) beschränkt sein kann.<sup>90</sup> Ein solcher Ausschluss kann individualvertraglich<sup>91</sup> insbesondere mit Wirkung nur für die Erben geregelt werden, wie der Bundesgerichtshof bereits in einer Entscheidung aus dem Jahre 1989<sup>92</sup> anerkannt hat. Danach erlöschen die auftragsrechtlichen Pflichten des Beauftragten mit dem Tode des Erblassers, wenn dieser in einer Generalvoll-

macht ausdrücklich bestimmt hat, dass seine von ihm beauftragte Lebensgefährtin hinsichtlich der von ihr zu Lasten seines Vermögens getroffenen Verfügungen nur ihm höchstpersönlich Rechenschaft schulde und dies nach seinem Tode zu respektieren sei.

Die Darlegungs- und Beweislast für einen von ihm geltend gemachten ausdrücklichen bzw. konkludenten Verzicht des Berechtigten auf die Ansprüche aus § 666 BGB liegt nach den allgemeinen Grundsätzen der Beweislastverteilung bei dem in Anspruch genommenen Bevollmächtigten.

## cc) Verstoß gegen Treu und Glauben

Die Geltendmachung der Informationsansprüche aus § 666 BGB kann darüber hinaus im Einzelfall ausnahmsweise gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstoßen und deshalb ausgeschlossen sein. Das ist in der Rechtsprechung seit langem grundsätzlich anerkannt<sup>93</sup> und wird vor allem in Beziehungen mit familiärem oder sonstigem personalen Einschlag angenommen, die regelmäßig von besonderen persönlichen Bindungen der Beteiligten untereinander geprägt sind. In solchen Fallgestaltungen kann es das schützenswerte Vertrauen des Auftragnehmers begründen, er brauche sich nicht darauf einzurichten, künftig einmal im Detail Rede und Antwort stehen und Nachweise führen zu müssen, wenn der Geschäftsherr eine Rechnungslegung über einen längeren Zeitraum nicht verlangt hat. Andernfalls würden wünschenswerte Hilfeleistungen im engen persönlichen Umfeld mit unvertretbaren Risiken für den Helfer belastet und auf Vertrauen gründende zwischenmenschliche Beziehungen rechtlichen Notwendigkeiten (Quittungserfordernissen etc.) unterworfen, die im täglichen Leben weder üblich sind noch von juristischen Laien zu überblicken wären.<sup>94</sup> In den Verhaltensweisen des Erblassers, um die es in den betreffenden Fällen in der Regel geht, liegt zwar mangels eindeutiger Erklärung rechtstechnisch kein Verzicht auf den Informationsanspruch. Indes handelt treuwidrig, wer – als Vollmachtgeber oder dessen Rechtsnachfolger – ohne erkennbaren äußeren Anlass plötzlich doch eine detaillierte Abrechnung über die vergangenen Jahre verlangt.<sup>95</sup> Die praktische Schwierigkeit dürfte vor allem darin liegen, die für die Annahme von Treuwidrigkeit ausreichenden Vorgänge von bloßer altersbedingter Passivität des Vollmachtgebers abzugrenzen, die allein noch keinen Vertrauenstatbestand begründen kann.<sup>96</sup> Beispielhaft ist hier auf drei Urteile des OLG Düsseldorf<sup>97</sup> sowie jeweils

86 Vgl. Staudinger/Martinek, BGB (Bearb 2006), § 666 Rn. 18

87 Zutreffend Horn/Schabel, NJW 2012, 3473, 3475.

88 Palandt/Sprau, BGB, 72. Aufl., § 666 Rn. 1 mwN.

89 NJW 2001, 1131.

90 Formulierungsvorschläge bei Horn/Schabel, NJW 2012, 3473, 3476.

91 Zur Frage, inwiefern ein anfänglicher Verzicht des Vollmachtgebers gegen § 138 BGB verstoßen kann vgl. Trimborn von Landenberg, Die Vollmacht vor und nach dem Erbfall, 2. Aufl., § 3 Rn. 171 f.; dazu, inwiefern ein formularmäßiger Verzicht gemäß § 307 BGB unwirksam sein kann vgl. Trimborn von Landenberg, Die Vollmacht vor und nach dem Erbfall, 2. Aufl., § 3 Rn. 167 f. unter Hinweis auf BGH NJW 1994, 1861, 1862 (Ausschluss der Benachrichtigungspflicht bei Vermögensverwaltungsverträgen).

92 BGH WM 1989, 1813 = NJW-RR 1990, 131.

93 S. BGHZ 39, 87, 92 f. mwN zur reichsgerichtlichen Rechtsprechung.

94 BGH NJW 2012, 58, 59 mwN.

95 Osterloh-Konrad, ErbR 2012, 326, 331.

96 Trimborn von Landenberg, Die Vollmacht vor und nach dem Erbfall, 2. Aufl., § 3 Rn. 187.

eine Entscheidung des OLG Hamm<sup>98</sup> und des OLG Schleswig<sup>99</sup> zu verweisen.

Nach ebenfalls gefestigter Rechtsprechung kann der Bevollmächtigte gegenüber dem Auskunftsverlangen einen Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) dann nicht einwenden, wenn sich nachträglich berechtigte Zweifel an der Zuverlässigkeit des Vertreters und der Auftragsdurchführung ergeben. In einem solchen Fall können die Ansprüche aus § 666 BGB trotz jahrelangen Zuwartens des Berechtigten wieder geltend gemacht werden, und zwar auch mit Wirkung für die Vergangenheit; Letzteres wird zum Teil auch dahingehend formuliert, dass die Ansprüche wieder »aufleben«.<sup>100</sup> An die Annahme berechtigter Zweifel stellt die Rechtsprechung hohe Anforderungen, da der Beauftragte, der sich aufgrund besonderer Umstände auf den Wegfall seiner Rechnungslegungspflicht eingestellt habe, häufig nicht mehr dazu in der Lage sein werde, den ihm nachträglich noch abverlangten Beweis zu führen, bloße Zweifel an seiner Zuverlässigkeit daher leicht einer Verurteilung in der Sache gleichkommen könnten. Diese Konsequenz wird nur für vertretbar erachtet, wenn hinreichende Gründe für eine insgesamt pflichtwidrige Geschäftsführung sprechen.<sup>101</sup> Zahlreiche der veröffentlichten Entscheidungen beschäftigen sich in erster Linie mit der Frage, ob sich aus dem – späteren – Prozessverhalten des Bevollmächtigten begründete Zuverlässigkeitsbedenken ergeben, wozu die Rechtsprechung jedoch nur in besonders gelagerten Fällen tendiert. So sollen »einzelne Irrtümer und kleinere Unregelmäßigkeiten, welche die Redlichkeit des Beauftragten im ganzen nicht in Frage stellen« nicht ausreichen.<sup>102</sup> Dass der Prozessvortrag des Bevollmächtigten »in einigen Punkten Unstimmigkeiten und Widersprüche« aufweist, »die zumindest den Verdacht begründen, daß er den Rechtsstreit nicht in jedem Stadium des Verfahrens mit der gebotenen Offenheit und Sorgfalt geführt«<sup>103</sup> habe, ist ebenfalls für nicht hinreichend erachtet worden. Das Gleiche gilt für den durch die schriftsätzlichen Erklärungen des Bevollmächtigten im Prozess erweckten Eindruck, er »mauere«, wobei sich die betreffenden Erklärungen »bei näherem Hinsehen ... jedoch als zwar einsilbig, aber richtig« erwiesen hätten.<sup>104</sup>

Teilweise hat sich die Rechtsprechung aber auch inhaltlich mit der Art und Weise der Auftragsdurchführung

selbst befasst. So hat das OLG Hamm<sup>105</sup> berechtigte Zweifel aus dem erheblichen Umfang der ungeklärten Verfügungen des Bevollmächtigten sowie daraus hergeleitet, dass nachvollziehbare Erklärungen zur Verwendung der Geldmittel weitgehend fehlten. Vermag der Beauftragte demgegenüber die Verwendung zu plausibilisieren, kann das Ergebnis anders ausfallen.<sup>106</sup>

Die tatsächlichen Umstände, aus denen sich der von ihm geltend gemachte Einwand der Treuwidrigkeit des Auskunftsverlangens ergeben soll, muss der Bevollmächtigte als Auskunftsschuldner darlegen und beweisen. Hingegen trägt der Auftraggeber bzw. im Nachlassfall der Erbe als Auskunftsgläubiger die Darlegungs- und Beweislast für solche Tatsachen, die Zweifel an der Zuverlässigkeit des Bevollmächtigten und seiner Geschäftsführung rechtfertigen,<sup>107</sup> da – wenn sie vorliegen – hierdurch die vom Auskunftsschuldner erhobene Einrede aus § 242 BGB entkräftet ist, der Auskunftsanspruch also einredefrei besteht.

#### dd) Sonstige Einwände des Beauftragten

Der auf Auskunft in Anspruch genommene Bevollmächtigte kann ferner den Erfüllungseinwand (§ 362 BGB) erheben oder sich darauf berufen, ihm sei die Erfüllung des Auskunftsbegehrens unmöglich. Für das eine wie das andere trägt er nach allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast.<sup>108</sup> Unmöglichkeit der Auskunftserteilung ist dabei freilich nicht allein deshalb anzunehmen, weil Informationsbeschaffung oder -gewährung infolge des Zeitablaufs und der informellen Handhabung der Zuwendungen auch für den Bevollmächtigten mit Schwierigkeiten verbunden sein mögen. Die Berufung auf Erinnerungslücken reicht ebenso wenig aus wie die pauschale Behauptung, keine detailliertere Auskunft zu Zeitraum und Höhe etwaiger finanzieller Zuwendungen mehr geben zu können. Der Auskunftsschuldner ist vielmehr gehalten, sein Erinnerungsvermögen »gehörig an[-zu]spannen« und »alle zumutbaren Möglichkeiten zu erschöpfen,« um seiner Verpflichtung nachzukommen.<sup>109</sup> Soweit von einem Geldinstitut – unter bestimmten Voraussetzungen (s.o. unter II. 1.) – nochmalige Auskunft selbst dann verlangt werden kann, wenn der ursprüngliche Auskunftsanspruch bereits durch Erteilung von Kontoauszügen etc. erfüllt worden war, dürften sich diese Grundsätze zumindest auf das Verhältnis zu einer »reinen« Privatperson als Auskunftsschuldner, die in der Regel weder über eine vergleichbare Organisation und

97 OLG Düsseldorf OLGR 1999, 6 = BeckRS 1998, 08321; ZEV 2007, 184, 185 m. Anm. *Muscheler*; BeckRS 2009, 18495.

98 OLG Hamm BeckRS 2012, 18422.

99 OLG Schleswig NJW-RR 2010, 1720; vgl. dazu *Osterloh-Konrad*, ErbR 2012, 326, 331.

100 *Osterloh-Konrad*, ErbR 2012, 326, 331.

101 OLG Düsseldorf BeckRS 2009, 18495.

102 OLG Düsseldorf BeckRS 2009, 18495.

103 OLG Düsseldorf, OLGR 6, 9.

104 OLG Schleswig NJW-RR 2010, 1720.

105 OLG Hamm ZEV 2008, 600, 601.

106 Vgl. OLG Düsseldorf BeckRS 2009, 18495.

107 *Osterloh-Konrad*, ErbR 2012, 326, 331.

108 Zur Erfüllung vgl. auch *Trimborn von Landenberg*, Die Vollmacht vor und nach dem Erbfall, 2. Aufl., § 3 Rn. 164.

109 OLG Hamm BeckRS 2010, 18006.

Buchhaltung verfügt noch ähnlichen Dokumentationspflichten unterliegt, kaum übertragen lassen.<sup>110</sup> Die Sachverhalte, für die in der Literatur zudem der Verwirkungseinwand als denkbare Verteidigung des Auskunftsschuldners gegenüber dem Informationsanspruch des Vollmachtgebers bzw. dessen Erben erörtert wird, unterscheiden sich praktisch nicht wesentlich von den Fällen des sog. Treuwidrigkeitseinwands (s.o. unter II. 2. a) cc).<sup>111</sup> Da auch für den Verwirkungseinwand der Schuldner darlegungs- und beweispflichtig ist, ergeben sich unter diesem Gesichtspunkt gleichfalls keine Unterschiede.

Der Bevollmächtigte kann sich schließlich auf Verjährung des Auskunftsanspruchs berufen. Gemäß § 195 BGB gilt für den Anspruch aus § 666 BGB die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren, die mit der Entstehung des Anspruchs beginnt (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Seiner Benachrichtigungspflicht (§ 666 Fall 1 BGB) muss der Beauftragte aus eigener Initiative nachkommen; sie ist nicht selbstständig einklagbar.<sup>112</sup> Für die – regelmäßig im Vordergrund des Interesses stehenden – Ansprüche auf Auskunftserteilung (§ 666 Fall 2 BGB) sowie auf Ablegung von Rechenschaft (§ 666 Fall 3 BGB) gilt Folgendes:

Der Auskunftsanspruch (§ 666 Fall 2 BGB) setzt ein Verlangen des Geschäftsherrn voraus. Es handelt sich um einen sogenannten verhaltenen Anspruch, der dadurch gekennzeichnet ist, dass der Schuldner die Leistung nicht von sich aus erbringen muss bzw. nicht leisten darf, bevor sie der Gläubiger verlangt. Der Anspruch nach § 666 Fall 2 BGB begründet eine aus dem Auftragsverhältnis folgende – dauernde – unselbstständige Nebenpflicht. Daher beginnt die Verjährung des Auskunftsanspruchs nach § 666 Fall 2 BGB nicht vor Beendigung des Auftragsverhältnisses. Wie weit die zu erteilenden Auskünfte zurückreichen müssen, ist deshalb keine Frage der Verjährung der Forderung, sondern eine solche ihres Inhalts oder ihrer Verwirkung.<sup>113</sup> Insofern gilt nichts anderes als für den Anspruch nach § 666 Fall 3 BGB, der grundsätzlich erst nach Beendigung des Auftrags entsteht.<sup>114</sup> Geht man davon aus, dass das Auftragsverhältnis – jedenfalls bei einer Vorsorgevollmacht bzw. einem umfassenden Vermögensverwaltungsauftrag – erst mit dem Tod des Vollmachtgebers endet, kann erst ab diesem Zeitpunkt die Verjährungsfrist laufen.<sup>115</sup> Soweit bei auf Dauer angelegten Geschäftsbesorgungsverhältnissen eine Rechenschaftslegung kraft ausdrücklicher oder stillschweigender Abrede auch in periodischen Zeitabschnitten verlangt

werden kann, handelt es sich aber bei einem Recht, periodische Rechenschaftslegung vor Beendigung des Geschäftsbesorgungsverhältnisses zu fordern, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs<sup>116</sup> gleichfalls um einen so genannten verhaltenen Anspruch, dessen Verjährung entsprechend § 695 Satz 2, § 696 Satz 3 BGB erst mit seiner Geltendmachung beginnt. Da rechtliche Auseinandersetzungen der hier in Rede stehenden Art in der Regel wenn nicht schon vor dem Tod des Erblassers, so doch jedenfalls üblicherweise in zeitlichem Zusammenhang mit dem Erbfall geführt werden, wird der Eintritt der Verjährung selten eine streitentscheidende Rolle spielen.

### b) Auskunftsanspruch gemäß § 242 BGB

Lag im Verhältnis von Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem kein Auftrag iSv § 662 BGB vor, kommt als Grundlage eines Auskunftsverlangens des Erben regelmäßig nur der allgemeine Auskunftsanspruch aus § 242 BGB in Betracht. Das materielle Recht kennt zwar keine allgemeine Auskunftspflicht; niemand ist also rechtlich verpflichtet, bestimmte Tatsachen einem anderen allein deshalb zu offenbaren, weil dieser an der Kenntnis ein (rechtliches) Interesse hat. Nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) besteht ein Auskunftsanspruch aber dann, wenn zwischen den Beteiligten besondere rechtliche Beziehungen vertraglicher oder außervertraglicher Art bestehen, die es mit sich bringen, dass der Auskunftbegehrende entschuldbar über das Bestehen und den Umfang seines Rechts im Unklaren und deshalb auf die Auskunft des Verpflichteten angewiesen ist, während dieser die Auskunft unschwer erteilen kann und dadurch nicht unbillig belastet wird.<sup>117</sup> Diese in der Rechtsprechung gebräuchliche Formel enthält mithin fünf einzelne Voraussetzungen,<sup>118</sup> von denen das Bestehen des vorbereitenden Auskunftsanspruchs nach Treu und Glauben abhängt:

- Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten,
- Ungewissheit des Anspruchstellers über seine Rechtsposition,
- Entschuldbarkeit dieser Ungewissheit,
- keine anderweitige Informationsmöglichkeit,
- Auskunftserteilung für den Anspruchsgegner unschwer möglich und zumutbar.

Dabei werden allerdings die beiden Kriterien eines zwischen den Beteiligten bestehenden Rechtsverhältnisses sowie der Entschuldbarkeit der Ungewissheit des An-

110 *Horn/Schabel*, NJW 2012, 3473, 3475 f.

111 Vgl. etwa OLG Brandenburg BeckRS 2012, 20726.

112 OLG Schleswig BeckRS 2011, 28866.

113 BGH NJW 2012, 917, 918 f.

114 BGH NJW 2012, 58, 61.

115 OLG Brandenburg BeckRS 2012, 20726; *Trimborn von Landenberg*, Die Vollmacht vor und nach dem Erbfall, 2. Aufl., § 3 Rn. 196.

116 BGH NJW 2012, 58, 61.

117 NJW 2003, 3624, 3625 mwN.

118 *Osterloh-Konrad*, ErbR 2012, 299, 303.



spruchstellers in der Rechtsprechung nicht ausnahmslos durchgehalten. Vielmehr ist ein Auskunftsanspruch auch in Fällen zugebilligt worden, in denen ein Verschulden des Anspruchstellers an der Informationsnot durchaus zweifelhaft war und in denen sich überhaupt erst aus der erstrebten Auskunft ergeben konnte, ob ein Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten bestand.<sup>119</sup> Sozusagen »unabdingbar« sind daher in der Rechtsprechungspraxis letztlich nur die drei Merkmale der auf Seiten des Anspruchstellers bestehenden Ungewissheit als solcher, der fehlenden anderweitigen Informationsmöglichkeit sowie der Möglichkeit und Zumutbarkeit der Auskunftserteilung durch den Anspruchsgegner.

Der allgemeine Auskunftsanspruch aus § 242 BGB verschafft dem Anspruchsteller eine gegenüber dem auf § 666 BGB gestützten Informationsbegehren deutlich schwächere Rechtsposition. Während der Anspruch nach § 666 BGB nicht dadurch ausgeschlossen wird, dass die erstrebte Information auch bei anderen Stellen – insbesondere Kreditinstituten<sup>120</sup> – eingeholt werden

kann,<sup>121</sup> ist derjenige aus § 242 BGB subsidiär, besteht also nur dann, wenn die Auskunft nicht anderweit erteilt werden kann.<sup>122</sup> Zudem fehlt dem Anspruch gemäß § 666 BGB die Beschränkung, dass die Auskunft nur erteilt werden muss, wenn dies dem Anspruchsgegner un schwer möglich und zumutbar ist. Im Rahmen eines auf § 242 BGB gestützten Informationsbegehrens können daher vom Bevollmächtigten wesentlich weniger eigene Nachforschungen verlangt werden als nach § 666 BGB; in der Regel wird sich die Erfüllung des Anspruchs aus § 242 BGB daher auf die Mitteilung des aktuell vorhandenen Wissens des Anspruchsgegners beschränken.<sup>123</sup>

### c) Ansprüche nach §§ 809, 810 BGB

Eine insbesondere auch im vorliegenden Zusammenhang geringe praktische Rolle<sup>124</sup> spielen die Besichtigungs- und Einsichtnahmemöglichkeiten nach §§ 809 f. BGB, auf die daher, ohne auf Einzelheiten näher einzugehen, hier nur hingewiesen werden kann.

(Der Aufsatz wird in Heft 08/2013 fortgeführt.) 

119 Im Einzelnen *Osterloh-Konrad*, ErbR 2012, 299, 303 f. Vgl. aber auch OLG Köln BeckRS 2013, 01040, wo der Auskunftsanspruch gemäß § 242 BGB mit der Begründung verneint wird, zwischen den Parteien als Miterben bestehe keine Sonderverbindung, die einen allgemeinen Auskunftsanspruch begründe.

120 OLG Düsseldorf ZEV 2007, 184, 185.

121 OLG München BeckRS 2012, 14122; *Horn/Schabel*, NJW 2012, 3473, 3474.

122 OLG Düsseldorf ZEV 2007, 184, 185.

123 *Osterloh-Konrad*, ErbR 2012, 299, 305 f.; vgl. auch OLG Düsseldorf ZEV 2007, 184, 185: Unzumutbarkeit der nachträglichen Rechenschaftsablegung über einen Zeitraum von 10 Jahren.

124 *Osterloh-Konrad*, ErbR 2012, 299, 301 sowie 326, 327.