

# Aufsätze

## »Mein letzter Wille ist ...« – manchmal unwirksam

von Judith Neu, Rechtsanwältin, und Martin Lang, Rechtsanwalt, München

### Rechtliche Probleme von Heimbewohnertestamenten. Die Ausnahmegenehmigung nach § 14 Abs. 6 HeimG als eine praktikable Lösung?

»Mein Erbe wird, wer mich zuletzt pflegt.« Solche und ähnliche Testamente kennen wir alle. Das statistische Lebensalter steigt stetig. In einer vergreisenden Gesellschaft geht die Angst um, am Ende des Lebens alleine gelassen vor sich hin zu vegetieren. Familiengefüge brechen auseinander. Arbeitslosigkeit fordert von den Kindern Mobilität, oft auch europaweit. Auch Doppelverdienerehen, Haupt- und Nebenjobs führen dazu, dass für die Pflege der eigenen Eltern oft zu wenig oder überhaupt keine Zeit mehr bleibt. Da liegt es nahe, dass Heimbewohner Zeit, Zuwendung und Pflege, die ihnen vom Heimpersonal entgegen gebracht werden, finanziell belohnen möchten. Der Gesetzgeber hat dem jedoch deutlich Schranken gesetzt.

#### A. § 14 Abs. 1 und Abs. 5 HeimG und sein Inhalt

§ 14 Abs. 1 HeimG untersagt es Heimträgern, sich von oder zugunsten von Bewohnern oder Bewerbern um einen Heimplatz Geld oder geldwerte Leistungen über das im Heimvertrag vereinbarte Entgelt hinaus versprechen oder gewähren zu lassen, wobei Abs. 2 HeimG verschiedene Ausnahmen zulässt.

§ 14 Abs. 5 HeimG erweitert das Verbot des Abs. 1 dahingehend, dass es auch der Heimleitung, den Beschäftigten oder sonstigen Mitarbeitern des Heimes untersagt ist, sich von oder zugunsten von Bewohnern neben dem vom Träger erbrachten Arbeitsentgelt Geld oder geldwerte Leistungen für die Erfüllung der Pflichten aus dem Heimvertrag versprechen oder gewähren zu lassen, soweit es sich hierbei nicht nur um geringwertige Aufmerksamkeiten handelt.

§ 14 Abs. 1 und Abs. 5 HeimG stellen Verbotsnormen im Sinne des § 134 BGB dar, die nicht nur einseitige Rechtsgeschäfte wie die testamentarische Erbeinsetzung<sup>1</sup> erfassen, sondern auch einen Erbvertrag nach §§ 1941, 2274 ff.

1 LPK-HeimG/Plantholz, § 14 Rn. 5.

BGB, da dieser ebenfalls zugunsten des Vertragspartners wirkt.<sup>2</sup>

#### B. Anwendungsbereich

Als Heime im Sinne des § 1 Abs. 1, S. 1 HeimG gelten nicht nur Alters- und Pflegeheime, sondern alle Einrichtungen, die hilfsbedürftige Personen aufnehmen, ihnen Wohnraum überlassen sowie Betreuung und Verpflegung zur Verfügung zu stellen. Außerdem müssen sie in ihrem Bestand von Wechsel und Zahl der Bewohner unabhängig sein und entgeltlich betrieben werden.<sup>3</sup>

Daher sind auch Hausgemeinschaften von Bewohnern einbezogen, mit denen eine permanent anwesende Bezugsperson zusammenwohnt, die Verrichtungen in ihrem festgelegten Aufgabenbereich durchführt. Durch diese Person wird das Leben der Bewohnergemeinschaft im Sinne einer Versorgungsgarantie organisiert.<sup>4</sup> Allerdings fallen reine Wohngemeinschaften älterer, pflegebedürftiger oder behinderter Personen in der Regel nicht in den Anwendungsbereich des Heimgesetzes, weil sie keine derartige Organisationsstruktur aufweisen.<sup>5</sup>

#### C. Schutzzweck

§ 14 HeimG verfolgt im Wesentlichen drei Ziele:

*Erstens* soll verhindert werden, dass die Hilf- und Arglosigkeit alter und pflegebedürftiger Menschen in finanzieller Hinsicht ausgenutzt wird. Sie sollen davor bewahrt werden, für Pflegeleistungen ein zusätzliches oder überhöhtes Entgelt zu entrichten, das über das vertraglich vereinbarte hinausgeht (Verbot der Doppeltzahlung).<sup>6</sup> Heimbewohner sind besonders vor finanzieller Ausbeutung zu schützen, da Heimträger, Heimleitung und -personal vielfältige Möglichkeiten haben, auf die Lebenssituation der Bewohner Einfluss zu nehmen.<sup>7</sup>

2 Gitter-Schmitt, Heimgesetz-Kommentar, § 14 VIII Nr. 2.

3 Siehe auch BayObLG FamRZ 1999, S. 1311.

4 LPK-HeimG/Krahmer, § 1, Rn. 10.

5 LPK-HeimG/Krahmer, § 1, Rn. 11.

6 BT-Drucks. 7/180, S. 12, 15.

7 Kunz/Butz/Wiedemann, Heimgesetz-Kommentar, § 14 Rn. 1.

Zweitens soll der Heimfriede bewahrt werden. Durch die Gewährung von finanziellen Zusatzleistungen besteht die Gefahr dass eine unterschiedliche (privilegierende oder benachteiligende) Behandlung der Heimbewohner eintritt.<sup>8</sup> Das Heimklima soll vor finanziellem Konkurrenzdruck freigehalten werden.<sup>9</sup> Ansonsten wären gerade die finanziell schwach gestellten Bewohner besonders benachteiligt. Die Gefahr einer Privilegierung bzw. Diskriminierung tritt allerdings dann nicht ein, wenn der Spender anonym bleibt.<sup>10</sup>

Drittens soll durch § 14 HeimG die Testierfreiheit der Heimbewohner gesichert werden. Die Vorschrift soll alte Menschen davor bewahren, dass ihr Recht auf freie Verfügung von Todes wegen durch offenen oder versteckten Druck faktisch gefährdet wird.<sup>11</sup>

§ 14 Abs. 5 HeimG soll darüber hinaus verhindern, dass Bewohner das Gefühl entwickeln, sich die Unterstützung der Personen, auf die sie angewiesen sind, durch zusätzliche Beträge erkaufen zu müssen.<sup>12</sup>

#### D. Tatbestandsvoraussetzungen des § 14 Abs. 1 und Abs. 5 HeimG: »Sich-versprechen-lassen« – »Sich-gewähren-lassen«

I. »Sich-versprechen-lassen« ist die Annahme eines Angebotes, das auf die Verschaffung eines Vermögensvorteils gerichtet ist und zwar unabhängig davon, ob es tatsächlich zu einer Vermögensverfügung kommt. Das Versprechen wird auch dann vom Verbotstatbestand umfasst, wenn das zugrunde liegende Rechtsgeschäft unwirksam ist oder es später wird, z. B. bei ex-tunc Nichtigkeit gemäß § 142 BGB, da der Bewohner sich trotz dessen Ungültigkeit an dieses gebunden fühlen mag oder sich eine nicht gewollte Privilegierung des Bewohners eingestellt hat.<sup>13</sup>

II. »Sich-gewähren-lassen« bedeutet, dass der Träger den Vermögensvorteil annimmt, um ihn im eigenen Interesse zu nutzen.<sup>14</sup> Gemeint ist also nicht nur die einseitige Erklärung des Gebers (»Gewähren«), sondern es muss auch der Empfangsakt durch den Träger hinzukommen.

III. Beide Tatbestandsvoraussetzungen setzen also die Kenntnis der in § 14 Abs. 1 und Abs. 5 HeimG benannten Verbotsadressaten von der begünstigenden Zuwendung voraus. Dies ist eine dem Schutzzweck des Gesetzes im-

manente Folge, da eine Privilegierung von Bewohnern oder Anwendung psychischen Druckes aufgrund einer Vermögenszuwendung nur da erfolgen kann, wo das Wissen um eine solche gegeben ist.

Somit sind solche Rechtsgeschäfte und Verfügungen eines Heimbewohners zugunsten eines Verbotsadressaten wirksam, von denen der Begünstigte zu dessen Lebzeiten keine Kenntnis hat. Für die Kenntnis des Heimträgers genügt aber das Wissen eines Mitarbeiters, den der Heimträger als Ansprechpartner für die Heimbewohner bestimmt hat und der wegen seiner Stellung im Heim wesentlichen Einfluss auf die konkrete Situation der Heimbewohner ausüben kann, auch wenn der Mitarbeiter zur rechtsgeschäftlichen Vertretung des Heimträgers gegenüber den Heimbewohnern nicht berechtigt ist.<sup>15</sup>

#### IV. Übersteigen des Entgelts nach § 5 HeimG

Um dem Schutzzweck der Norm, insbesondere dem Verbot der Doppelleistungen Rechnung zu tragen, gilt das Verbot des § 14 Abs. 1 HeimG nur, wenn der Heimträger sich geldwerte Vorteile für die in § 5 HeimG beschriebenen Leistungen versprechen oder gewähren lässt, die über das bereits nach § 5 HeimG vereinbarte Entgelt hinausgehen.

Die Erhebung von Entgelten für nicht vom Heimvertrag erfasste, rechtlich nicht notwendig vorzuhaltende Sonderleistungen bleibt also grundsätzlich zulässig. Dies ergibt sich schon aus § 14 Abs. 2, Nr. 1 HeimG, der die Abgeltung anderer als der nach § 5 HeimG vereinbarten Leistungen ausdrücklich vom Verbot des Abs. 1 herausnimmt.<sup>16</sup> So ist es dem Heimträger beispielsweise auch erlaubt, Theatervorstellungen, Ausflugsfahrten etc. extra zu berechnen. Kritisch ist hier aber anzumerken, dass finanziell schlechter gestellte Heimbewohner faktisch von diesen Freizeitveranstaltungen oft ausgeschlossen sind und dies dazu führen kann, dass sich unter den Bewohnern ein Hierarchiegefüge bildet.

#### V. Geringwertige Aufmerksamkeiten

Das Verbot des § 14 Abs. 5 HeimG gilt nicht, soweit es sich um geringwertige Aufmerksamkeiten handelt. Das sind Zuwendungen, die als Anerkennung oder zur Pflege eines guten Verhältnisses zu keiner nennenswerten Vermögensmehrung führen. Maßgeblich ist hierbei der Verkehrswert, der nach allgemeiner Ansicht bei ca. 25 Euro liegt.<sup>17</sup>

8 BT-Drucks. 7/180, S. 12; 11/5120 S. 17 f.

9 OLG Frankfurt/Main NJW 2001, 1505.

10 Kunz/Butz/Wiedemann, Heimgesetz-Kommentar, § 14 Rn. 25.

11 BT-Drucks. 11/5120, S. 17

12 LPK-HeimG/Plantholz, § 14 Rn. 19.

13 Dahlem/Giese/Igl/Klie/Igl, Heimgesetz § 14 Rn. 11; LPK/Plantholz, § 14 Rn. 8.

14 Dahlem/Giese/Igl/Klie/Igl, Heimgesetz-Kommentar, § 14 Rn. 12.

15 BayObLG MDR 1993, 244.

16 LPK-HeimG/Plantholz, § 14 Rn. 9.

17 Kunz/Butz/Wiedemann, Heimgesetz-Kommentar, § 14 Rn. 12.

## E. Betroffener Personenkreis und Einbeziehung Dritter bei Umgehung des Verbotes

### I. Betroffener Personenkreis des § 14 Abs. 1 und Abs. 5 HeimG

Dem reinen Gesetzeswortlaut nach ist der betroffene Personenkreis klar umrissen:

§ 14 Abs. 1 HeimG bezieht sich auf den Träger des Heimes, d. h. diejenige juristische oder natürliche Person, die das Heim betreibt.

Unter § 14 Abs. 5 HeimG hingegen fallen sämtliche in einem Heim beschäftigte Personen, unabhängig davon, ob sie hauptberuflich, nebenberuflich, als Festangestellte, freie Mitarbeiter oder ehrenamtlich tätig sind. Es kommt insoweit nicht darauf an, ob der Heimbedienstete zum Arzt- oder Pflegepersonal zu rechnen ist. Entscheidend ist vielmehr, dass die Leistungen schon im Entgelt der Bewohner enthalten sind, dass es sich also nicht um zusätzliche Leistungen handelt, sondern um solche, die ohnehin aufgrund des Heimvertrages geschuldet sind.<sup>18</sup>

Der Zusammenhang einer Zuwendung an eine der in § 14 Abs. 5 HeimG genannten Personen mit erbrachten oder noch zu erbringenden Leistungen aus dem Heimvertrag wird hierbei bis zum Beweis des Gegenteils vermutet. Im Regelfall ist deshalb aus der Begünstigung eines Heimmitarbeiters zu schließen, dass diese durch das Heimverhältnis veranlasst wurde.<sup>19</sup> Erst dann, wenn nach dem Schutzzweck des § 14 Abs. 5 HeimG ein Zusammenhang zweifelsfrei ausgeschlossen werden kann, ist der Nachweis der anderweitigen Kausalität geführt und § 14 Abs. 5 HeimG nicht anwendbar.<sup>20</sup>

### II. Die Ausweitung des Verbotstatbestandes auf Dritte

In den letzten Jahren wurden die Gerichte vielfach mit Konstellationen beschäftigt, in denen nicht nur die in § 14 HeimG direkt genannten Personen mit Zuwendungen bedacht wurden, sondern auch externe Dritte, die aber in einem Näheverhältnis zu dem oben genannten Personenkreis stehen. Daher galt es, Kriterien aufzustellen, ob, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen Zuwendungen an diese ebenfalls dem Verbotsgesetz unterliegen.

1. Ob die Unwirksamkeit derartiger Verfügungen mit einer analogen Anwendung des § 14 HeimG oder mit einer verbotenen Umgehung des § 134 BGB begründet wird, ist eine eher dogmatische Frage, die in der Praxis im Ergebnis keinen Unterschied macht.<sup>21</sup> Maßgeblich allein für die – wie auch immer gearteten – Anwendbarkeit des § 14 Abs. 1 und Abs. 5 HeimG ist der hinter der Norm stehende Gesetzeszweck.

3. Nach der sich so entwickelten und inzwischen gefestigten Rechtsprechung kann der durch § 14 Abs. 1 und Abs. 5 HeimG verbotene Erfolg auch herbeigeführt werden, wenn die verbotene Zuwendung nicht an den Verbotsadressaten selbst, sondern an eine ihm nahe stehende oder sonst verbundene Person geht und dadurch eine mittelbare bzw. indirekte Begünstigung des Verbotsadressaten erfolgt.<sup>22</sup>

Zu beachten ist dabei allerdings, dass die Zuwendung an einen Angehörigen eines Verbotsadressaten diesem als Begünstigung nur dann zugerechnet werden kann, wenn er Kenntnis davon hat.<sup>23</sup> Denn nur dann kann der von § 14 HeimG missbilligte Erfolg eintreten und das Heimverhältnis beeinträchtigt werden. Darüber hinaus kann nur durch eine derartige Einschränkung der Testierfreiheit aus Art. 14 GG Rechnung getragen werden.

Ebenso wie beim Heimpersonal selbst, gilt in Fällen der Begünstigung Dritter bis zum Beweis des Gegenteils die Vermutung, dass sich die bedachte Person entsprechende Vermögensvorteile allein aufgrund des durch den Heimaufenthalt begründeten Vertrauensverhältnisses hat verschaffen lassen.<sup>24</sup>

### F. Analoge Anwendung von § 14 Abs. 5 HeimG außerhalb der klassischen Heimunterbringung?

Nicht nur in einem Heim werden häufig Verfügungen zugunsten von Personen getroffen, die unmittelbar am Leben des Verfügenden beteiligt sind und dieses sogar wesentlich mit beeinflussen und gestalten. Während Heimbewohnern durch das Heimgesetz ein recht umfangreicher Schutz zukommt, lässt dieser in anderen Konstellationen doch sehr zu wünschen übrig.

18 Gitter-Schmitt, Heimgesetz-Kommentar, § 14 VIII Abs. 5, Nr. 1.

19 BayObLG NJW-RR 2001, 296.

20 BayObLG NJW-RR 2001, 296; BGH FamRZ 1990, 617; OLG Düsseldorf FamRZ 1998, 193.

21 Vgl. hierzu die Ausführungen von Ziegert ZErB 2003, 166 ff.

22 BayObLG NJW 2000, 1961; OLG Düsseldorf FamRZ 1998, 193.

23 BayObLG NJW-RR 2001, 296.

24 OLG Frankfurt/Main NJW 2001, 1504.

## I. Ambulanter Pflegedienst

1. Hat der Erblasser zugunsten von Angestellten eines ambulanten Pflegedienstes, die ihn in seinem eigenen Haus versorgt haben, eine Verfügung getroffen oder diese testamentarisch bedacht, ist nach der Rechtsprechung § 14 HeimG nicht analog anwendbar.<sup>25</sup> Die Norm betrifft nach Wortlaut, Sinn und Zweck ausschließlich das Verhältnis von Heimbewohner zu Heimleiter bzw. Heimangestellten. Eine entsprechende Anwendung soll mangels vergleichbarer Interessenlage ausscheiden. Da der Erblasser die Dienste des ambulanten Pflegedienstes in seinem Umfeld und für sich alleine in Anspruch nimmt, gibt es keine anderen »Bewohner« mit denen ein friedliches Zusammenleben gestört werden könnte oder denen gegenüber es zu einer Privilegierung oder Benachteiligung kommen könnte. Zwar könnte man anführen, dass ein Abhängigkeitsverhältnis wie bei einer Heimunterbringung in einem gewissen Umfang vorliegt, doch hat der Erblasser unproblematisch die Möglichkeit, bei Unzufriedenheit oder aus anderen Gründen die Pflegekraft oder den Pflegedienst zu wechseln.

2. Die Unwirksamkeit eines Testamentes zugunsten eines Mitarbeiters eines ambulanten Pflegedienstes kann nach der Rechtsprechung auch nicht pauschal mit einem Verstoß gegen die guten Sitten gemäß § 138 Abs. 1 BGB begründet werden.<sup>26</sup> Vielmehr ist erforderlich, dass der Pfleger die pflegerische Tätigkeit in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise ausgenutzt oder missbraucht hat, um auf die Entscheidung des Erblassers einen von der Rechtsordnung missbilligten Einfluss zu nehmen. Schon im Hinblick auf die durch das Grundgesetz gewährleistete Testierfreiheit bedarf es hier einer restriktiven Anwendung der Norm. Darüber hinaus kann es nicht sein, dass dieser Erblasser schlechter gestellt ist als einer, der ein Heim bewohnt und seinen dortigen Pfleger in einer letztwilligen Verfügung berücksichtigen möchte. Denn letzterem verbietet § 14 Abs. 5 HeimG nicht die Errichtung des Testamentes per se. Zur Unwirksamkeit des Testamentes kommt es nur, wenn der Begünstigte hiervon Kenntnis erlangt und die Zuwendung annimmt. Für die Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB muss daher in beiden Fällen der gleiche restriktive Maßstab gelten.

## II. Betreuer

Man könnte annehmen, dass eine Person, die aufgrund einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung unter Betreuung steht und sich dadurch in einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis zu ihrem Betreuer befin-

det, des gleichen Schutzes bedarf wie ein Heimbewohner zu einem Heimmitarbeiter. Das sieht die Rechtsprechung jedoch bisher anders.

§ 14 HeimG wird nach der h. M. auf das Verhältnis von Betreuer und Betreutem nicht analog angewandt. Der Grund dafür liegt nach der Rechtsprechung darin, dass nicht von einer generellen Rechtsähnlichkeit der Sachverhalte ausgegangen werden kann, die Voraussetzung für eine Analogie wäre.<sup>27</sup> Auch stelle eine analoge Anwendung des § 14 HeimG einen unzulässigen Eingriff in die Testierfreiheit dar. Die Entscheidung darüber, ob Abhängigkeiten, die sich aus einem Betreuungsverhältnis ergeben, Einschränkungen der Testierfreiheit nach sich ziehen sollten, muss nach Ansicht der Rechtsprechung dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben. Dieser hat bisher eine diesbezügliche Regelung nicht getroffen, so dass nur die allgemeinen Vorschriften, insbesondere § 138 Abs. 1 BGB weiterhelfen können.

Zwar erscheint die Annahme der Sittenwidrigkeit insbesondere dann nahe liegend, wenn die Betreuung gerade den Bereich der Vermögensvorsorge umfasst oder der Betreuer unmittelbaren Einfluss auf den Lebensbereich des Betreuten hat, doch verlangt die Rechtsprechung einzelfallspezifisch, dass der Betreuer seine Stellung dazu missbraucht hat, die Entscheidungsfreiheit des Betreuten in rechtlich anstößiger Weise zu beeinträchtigen.<sup>28</sup> Eine Einschränkung der Testierfreiheit durch die Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB kommt nur in Betracht, wenn sich das Verdikt der Sittenwidrigkeit auf eine klare, deutlich umrissene Wertung des Gesetzgebers oder allgemeine Rechtsauffassung stützen kann.<sup>29</sup> Eine Wertung des Gesetzgebers, dass eine letztwillige Zuwendung an den Betreuer als sittenwidrig anzusehen ist, ist jedoch bisher nicht vorhanden.

## III. Zivildienstleistender

Unabhängig davon, ob sie in einem Heim, bei einem ambulanten Pflegedienst oder in sonstiger Weise tätig sind, gilt für Zivildienstleistende die spezielle Regelung des § 78 Abs. 2 Zivildienstgesetz i. V. m. § 19 Soldatengesetz. Danach dürfen sie Belohnungen und Geschenke in Bezug auf ihre berufliche Tätigkeit nur mit Zustimmung des Dienstherrn annehmen. Die Genehmigung umfasst hierbei auch die Annahme einer Erbschaft.<sup>30</sup>

25 OLG Düsseldorf FGPrax 2001, 122; LG Bonn NJW 1999, 2977.

26 OLG Düsseldorf FGPrax 2001, 122.

27 BayObLG NJW 1998, 2370.

28 BayObLG NJW 1998, 2371.

29 BayObLG FGPrax 2003, 36.

30 BVerwG NJW 1996, 2319.

Nicht abschließend geklärt ist die Rechtsfolge bei einer ohne Zustimmung erfolgten Annahme. Zum einen wird die Ansicht vertreten, dass das Rechtsgeschäft unter Anwendung des § 134 BGB nichtig sein sollte,<sup>31</sup> zum anderen, dass seitens des Zivildienstleistenden eine Pflicht zur Ausschlagung aus § 78 Abs. 2 ZDG i. V. m. § 19 Soldatengesetz als einer dienstvertraglichen Verbotsnorm bestehe.<sup>32</sup>

### G. Verfassungsmäßigkeit des § 14 HeimG und Wirksamkeit eines Testamentes zugunsten der in § 14 Abs. 1 und Abs. 5 HeimG benannten Personen

Abschließend geklärt ist seit eines Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 03.07.1998<sup>33</sup> die Frage der Verfassungsmäßigkeit des in § 14 HeimG enthaltenen Testierverbotes.

Da § 14 HeimG nur *Vorteilsversprechen* verbietet, schließt die Norm testamentarische Verfügungen zugunsten des in § 14 Abs. 1 und Abs. 5 HeimG benannten Personenkreises nicht aus, die dem Betroffenen nicht mitgeteilt und gleichsam im Stillen angeordnet werden.<sup>34</sup> Nach ständiger Rechtsprechung ist bei fehlender Kenntnis des Betroffenen das Testament stets wirksam,<sup>35</sup> da auf diese Weise der Schutzzweck der Norm nicht verletzt werden kann. Möchte der Erblasser seinen letzten Willen dem Betroffenen mitteilen, kann er die Wirksamkeit seiner Verfügung dadurch sichern, dass er gemäß § 14 Abs. 6 HeimG vorher eine entsprechende Erlaubnis bei der Heimaufsichtsbehörde einholt.<sup>36</sup> Damit stellt das Testierverbot des § 14 HeimG eine verhältnismäßige Einschränkung der Testierfreiheit dar.

### H. Ausnahmegenehmigung nach § 14 Abs. 6 HeimG

#### I. Inhaltliche Anforderungen an die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung

Gemäß § 14 Abs. 6 HeimG kann die Heimaufsichtsbehörde<sup>37</sup> in Einzelfällen Ausnahmen von den Verboten der Abs. 1 und 5 zulassen, soweit

- der Schutz der Bewohner die Aufrechterhaltung der Verbote nicht erfordert und
- die Leistung noch nicht versprochen und gewährt worden ist.

Die Heimaufsichtsbehörde wird gemäß § 23 Abs. 1 HeimG durch die jeweilige Landesbehörde bestimmt.<sup>38</sup>

1. Die Prüfung des Merkmals des Bewohnerschutzes hat sich am Schutzzweck der Abs. 1 und 5 zu orientieren. Maßgeblich ist der Schutz des versprechenden oder gewährenden Bewohners einerseits, der sich nicht zur Vornahme von Verfügungen unter Druck gesetzt fühlen soll, sowie der Schutz der übrigen Bewohner auf der anderen Seite.<sup>39</sup> In diesem Zusammenhang ist insbesondere die Frage zu stellen, ob eine Ausnahme dazu führen könnte, dass sozial besser gestellte Bewohnerinnen und Bewohner aufgrund ihres Vermögens im gleichen Heim einen höheren Grad an Zuwendung erreichen als weniger begüterte Heimbewohnerinnen und -bewohner.<sup>40</sup> Weiterhin muss feststehen, dass der Heimbewohner sein Vermögen freiwillig und ohne Druck hergibt.<sup>41</sup>

Dieser Sachverhalt ist gemäß § 24 VwVfG von Amts wegen zu ermitteln. Im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes sind die Behörden daher als erstes gehalten, mit den Bewohnern vor Ort selbst zu sprechen und dabei eigene Ermittlungen anzustellen. Nur so stehen der Wille des Verfügenden und die Tatsache, dass die Willensbildung freiwillig und ohne Druck erfolgte, fest. Das kann am ehesten geklärt werden, wenn der Bewohner von der Behörde in einem persönlichen Gespräch über seine Motive befragt wird. Dadurch erhält der Heimbewohner sowohl sicherere Kenntnis von der bestehenden Rechtslage als auch Gelegenheit, seine Zuwendungsabsicht rechtzeitig vor der Abgabe einer rechtsgeschäftlichen Erklärung zu überdenken.<sup>42</sup>

Sind die entscheidungserheblichen Tatsachen dennoch nicht zu ermitteln, liegt die materielle Beweislast im Rahmen einer Entscheidung über eine Ermessensreduzierung auf Null bei demjenigen, der die Ausnahme beantragt, da § 14 Abs. 1 und 5 HeimG repressive Verbote mit Ausnahmeverbehalt darstellen.

2. Die Genehmigung hat zu erfolgen, *bevor* das Versprechen abgegeben ist oder die Zuwendung vorgenommen

31 BayObLG NJW 1995, 3260.

32 Vgl. die Ausführungen von Koos ZEV 1997, 435 ff.

33 BVerfG NJW 1998, 2964.

34 BVerfG a. a. O.

35 BayObLG NJW 1992, 55 ff.

36 BVerfG a. a. O.

37 Eine Auflistung aller Heimaufsichtsbehörden in Deutschland findet sich unter: <http://www.socialnet.de/branchenbuch/2227.html>, letzter Aufruf: 23.10.2006.

38 Eine Auflistung der jeweiligen landesrechtlichen Regelungen findet sich bei Dahlem/Giese/Igl/Klie/Böttcher/Giese, HeimG-Kommentar, § 23 Rn. 8.

39 Dahlem/Giese/Igl/Klie/Igl, Heimgesetz-Kommentar, § 14 Rn. 26.

40 BT-Drucks. 11/5120, S. 18.

41 BVerwG NJW 1988, 985.

42 BVerwG NJW 1988, 985.