



NOTARKAMMER
KOBLENZ

Arbeitsunterlagen
zur
Weiterbildungsveranstaltung

*für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter
der Notarinnen und Notare im Kammerbezirk*

„Aktuelles zur Vorsorgevollmacht“

*am 8. Mai 2019
in Koblenz*

Referent:

*Dr. Florian Spitzer
Notar in Linz am Rhein*

Betreuung, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung

Dr. Florian Spitzer
Notar in Linz am Rhein

**Interne Weiterbildungsveranstaltung für Notarmitarbeiter der
Notarkammer Koblenz**

Koblenz, den 08. Mai 2019

**Das Skript beruht auf und zitiert aus dem Buch „Aktuelle Fragen
zu Betreuungsrecht, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung“
des Deutsches Anwaltsinstitut e.V., Fachinstitut für Notare**

Teil A Betreuung

I. Befugnisse des Betreuers

1. Höchstpersönliche Rechtsgeschäfte

Grenzen der gesetzlichen Vertretungsmacht des Betreuers bestehen dort, wo die höchstpersönliche Natur des Geschäfts eine Stellvertretung verbietet bzw. das Gesetz - ausdrücklich - ein **persönliches Handeln** des Betroffenen verlangt.

Beispiele:

- Eheschließung (§ 1311 BGB)
- Eingehung einer eingetragenen Lebenspartnerschaft (§ 1 Abs. 1 LPartG)
- Errichtung oder Widerruf einer letztwilligen Verfügung (§§ 2064, 2274 BGB)

Neben diesen Angelegenheiten, die **nie** zum Aufgabenkreis eines Betreuers gehören können, gibt es Rechtsgeschäfte, bei denen eine gesetzliche Vertretung nur zulässig ist, wenn der **Betreute selbst geschäftsunfähig ist**.

Beispiele:

- Anerkennung der Vaterschaft (§ 1596 Abs. 1 S. 3 BGB)
- Abschluss eines Erb- und Pflichtteilsverzichtsvertrages auf Seiten des Erblassers (§ 2347 Abs. 2 S. 2 BGB)
- Abschluss eines Ehevertrages (§ 1411 Abs. 1 S. 4, Abs. 2 S. 1 BGB).

2. Vertretungsverbote

Fall: Die B ist geistig behindert und steht deswegen unter Betreuung. Da beide Elternteile der B bereits verstorben sind, wurde ihre Schwester S (u.a. für die Vermögenssorge) zur Betreuerin bestellt. Als der Bruder von S und B unverheiratet und kinderlos stirbt, werden die Schwestern in Ermangelung eines Testamentes kraft Gesetzes Miterben. Das Amtsgericht erteilt einen entsprechenden Erbschein. Nun soll das Hausgrundstück des Bruders, das dieser bis zu seinem Tod bewohnt hatte, von S veräußert werden. Problem?

Beschränkungen der gesetzlichen Vertretungsmacht ergeben sich u.a. aus dem Gesichtspunkt der **Interessenkollision** und damit insbesondere aus § 1795 BGB, der über die Verweisungsnorm des § 1908i Abs. 1 S. 1 BGB auch im Betreuungsrecht Anwendung findet. Wichtig sind hier v.a. § 1795 Abs. 2 (i.V. mit § 181 BGB) sowie § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

aa) Insichgeschäft

Der Betreuer kann gem. §§ 1795 Abs. 2, 181 BGB den Betreuten nicht wirksam vertreten bei einem Insichgeschäft, bei dem er **auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts auftritt**. Dies ist bei mehrseitigen Rechtsgeschäften der Fall, wenn der Betreuer auf der einen Seite als Vertreter des Betreuten, auf der anderen Seite im eigenen Namen (sog. Selbstkontrahieren) oder im Namen eines Dritten (sog. Mehrvertretung) handelt.

Beispiele:

- Erbauseinandersetzungvereinbarung, wenn sowohl der Betreuer als auch der Betreute Mitglieder der Erbengemeinschaft sind,

Im o. a. **Fall** kann S zwar als Betreuerin ihrer Schwester beim Abschluss des Kaufvertrages mit dem Dritten wirksam vertreten. Denn insoweit liegen parallele und keine gegenläufigen Willenserklärungen vor. Soll aber gleichzeitig eine **Erbauseinandersetzung** erfolgen (die bspw. auch dann vorliegt, wenn der Kaufpreis zum einen Teil auf das Konto der B, zum anderen auf das Konto der S überwiesen werden soll) ist S von einer Vertretung der B ausgeschlossen. Tritt S gleichwohl als Vertreterin auf, wäre der Vertrag entsprechend § 177 BGB schwebend unwirksam. Erforderlich ist daher die Bestellung eines Ergänzungsbetreuers gem. § 1899 Abs. 4 BGB, der den Vertrag schließen bzw. genehmigen kann.

bb) Rechtsgeschäft mit Ehegatten und Verwandten des Betreuers

Nach **§ 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB** kann der Betreuer den Betreuten ferner nicht wirksam vertreten bei einem Rechtsgeschäft zwischen dem Betreuten und dem **Ehegatten oder einem Verwandten (in gerader Linie) des Betreuers**. Bei dieser Regelung handelt es sich um eine familienrechtliche Erweiterung des § 181 BGB. Im Ergebnis werden dadurch

gesetzliche Vertreter stärkeren Beschränkungen unterworfen als gewillkürte Vertreter, für die nur § 181 BGB gilt.

cc) **Ausnahmen**

Ausgenommen von den Vertretungsverboten des § 1795 BGB sind - in teleologischer Reduktion der Vorschrift - Rechtsgeschäfte, die dem Betreuten lediglich einen **rechtlichen Vorteil** i. S. von § 107 BGB bringen sowie Rechtsgeschäfte, die ausschließlich in der **Erfüllung einer Verbindlichkeit** bestehen (vgl. § 1795 Abs. 1 Nr. 1, § 181 BGB).

3. **Gerichtliche Genehmigungserfordernisse**

aa) **Genehmigungspflicht**

Bei zahlreichen Rechtsgeschäften ist die Wirksamkeit des Handelns des Betreuers zusätzlich von der Genehmigung des Betreuungsgerichts abhängig, so z. B. nach den §§ 1904 bis 1908 BGB und § 1908i Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. den Vorschriften aus dem Minderjährigenvormundschaftsrecht. Für die notarielle Praxis am bedeutsamsten sind die Fälle des § 1821 und § 1822 Nrn. 1 bis 4, 6 bis 13 BGB (v. a. § 1821 Abs. 1 Nr. 1, 4 BGB).

Beispiele:

- Verkauf von Grundbesitz des Betreuten;
- Auflassung eines Grundstücks, an dem Betreuer als Gesamthänder berechtigt ist;
- Belastung des Grundstücks des Betreuten mit einer Grundschuld, auch auf Grund von Belastungsvollmacht;
- Bewilligung einer Auflassungsvormerkung;
- entgeltlicher Erwerb eines Grundstücks für den Betreuten;
- Zustimmung zur Aufhebung eines belasteten Rechts gem. § 876 BGB;
- Verfügung über dem Betreuten zustehendes Wohnungsrecht;
- Ausschlagung einer dem Betreuten angefallenen Erbschaft nach § 1822 Nr. 2 BGB.

bb) **Erteilung der Genehmigung**

Für die Erteilung der betreuungsgerichtlichen Genehmigung gelten die §§ 1828 ff. BGB entsprechend (§ 1908i Abs. 1 S. 1 BGB). Das Betreuungsgericht prüft von Amts wegen (§ 26 FamFG) die **Gesetzmäßigkeit** und sonstige **Wirksamkeit** des Rechtsgeschäfts.

Geprüft wird in diesem Zusammenhang insbesondere, ob das Rechtsgeschäft sittenwidrig ist bzw. gegen ein **Vertretungsverbot** oder das **Schenkungsverbot des § 1804 BGB** verstößt. Bei Grundstücksveräußerungen ist daher auch von Amts wegen der Verkehrswert des Grundbesitzes zu ermitteln, z. B. durch Ermittlungen der Bodenrichtwerte und ggf. Einholung eines Sachverständigengutachtens.

Ist das Rechtsgeschäft aus irgendeinem Grund unwirksam, darf die Genehmigung nicht erteilt werden. Ansonsten hängt die Erteilung der Genehmigung davon ab, ob der Vertrag im **Ganzen gesehen für den Vertretenen vorteilhaft** ist.

Maßgeblich für die hierüber zu treffende Ermessensentscheidung des Betreuungsgerichts ist üblicherweise das objektive Wohl des Mündels, d. h. seine materiellen (wirtschaftlichen) Interessen. Im Betreuungsrecht hat sich dagegen - zumindest im vermögensrechtlichen Bereich - das Betreuungsgericht entsprechend § 1901 Abs. 3 BGB **vorrangig an den Wünschen des Betreuten** auszurichten.

Ist aber beispielsweise eine Grundstücksveräußerung aus wirtschaftlichen Gründen dringend notwendig, etwa weil mit dem Erlös aus der Veräußerung des Ferienhauses in Spanien die Zwangsversteigerung des vom Betreuten bewohnten Hausgrundstücks in Deutschland abgewendet werden soll, kann die Veräußerung trotz entgegenstehenden Willens des Betreuten vom Betreuungsgericht genehmigt werden. Gleiches gilt, wenn das nicht mehr bewohnbare Haus des Betreuten weiter zu verfallen droht und der Betreute nicht in der Lage ist, die hohen Sanierungskosten zu tragen.

Eine für die Praxis wichtige Entscheidung in Bezug auf die Genehmigungsfähigkeit von Grundstücksverkäufen durch den Betreuer hat im Übrigen unlängst der 12. Zivilsenat des BGH erlassen. In seiner Entscheidung hat er in Bezug auf den Verkauf von nicht mehr selbst genutztem Grundbesitz einer betreuten Person durch den Betreuer folgende Richtlinien aufgestellt:

- Ein Grundstücksverkauf entspricht in der Regel dem Wohl und Interessen des Betreuten, wenn er erforderlich ist, um den laufenden Unterhalt des Betreuten zu bestreiten oder sonstige Verbindlichkeiten zu begleichen.
- Besteht keine wirtschaftliche Notwendigkeit für die Veräußerung, kommt es in erster Linie auf den (aktuell oder früher geäußerten) **Willen des Betreuten** bezüglich der Veräußerung des Grundbesitzes an.
- Lässt sich kein Wille des Betreuten feststellen, hat eine Gesamtabwägung stattzufinden. Bei den in diesem Zusammenhang in erster Linie anzustellenden wirt-

schaftlichen Erwägungen ist einer Vermietung des Grundbesitzes grundsätzlich der Vorrang zu geben, da hieraus laufende Einkünfte für den Betroffenen erzielt werden können. Ein Verkauf des Grundbesitzes kommt nur in Betracht, wenn eine Vermietung ausscheidet oder ein größerer aktueller Geldbedarf besteht.

cc) Genehmigungsverfahren nach altem und neuem Recht

Ein genehmigungspflichtiges Rechtsgeschäft, das vom Betreuer ohne die Genehmigung des Betreuungsgerichts abgeschlossen worden ist, bedarf der nachträglichen Genehmigung des Gerichts (vgl. § 1829 Abs. 1 S. 1 BGB). Es ist solange **schwebend unwirksam**. Wirksam wird das Rechtsgeschäft allerdings nicht bereits mit der Erteilung der gerichtlichen Genehmigung, sondern gem. § 1829 Abs. 1 S. 2 BGB erst dann, wenn diese **dem anderen Teil durch den Vormund (Betreuer) mitgeteilt** worden ist. Durch dieses Verfahren, das für alle gesetzlichen Vertreter gilt, soll dem gesetzlichen Vertreter eine Überlegungsfrist eingeräumt werden, ob er an dem von ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäft auch nach Erteilung der Genehmigung noch festhalten will; die Regelung bezweckt also einen Schutz des gesetzlichen Vertretenen vor einem möglicherweise übereilt abgeschlossenen Rechtsgeschäft.

Denn der Beschluss über die Genehmigung wird gem. § 40 Abs. 2 S. 1 FamFG erst mit formeller **Rechtskraft** (vgl. § 45 FamFG, wonach die formelle Rechtskraft eines Beschlusses nicht eintritt, bevor die Frist für die Einlegung des zulässigen Rechtsmittels o. a. abgelaufen ist) wirksam. Dies hat das Gericht auch ausdrücklich in der Entscheidung auszusprechen (§ 40 Abs. 2 S.2 FamFG).

Damit hat der Beteiligte die Möglichkeit, die Rechtmäßigkeit der gerichtlichen Entscheidung im **Beschwerdeweg** überprüfen zu lassen.

Dem regelmäßigen Interesse der Beteiligten an einer zügigen Abwicklung der entsprechenden Rechtsgeschäfte trägt das Gesetz durch die nach § 63 Abs. 2 Nr. 2 FamFG auf **zwei Wochen verkürzte Beschwerdefrist** Rechnung.

Die Frage, wie dem Kind, Betreuten oder Pflegling rechtliches Gehör zu gewähren ist, hat der Gesetzgeber ebenfalls geregelt. Denn § 41 Abs. 3 FamFG bestimmt, dass ein Beschluss, der die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts zum Gegenstand hat, auch demjenigen bekannt zu geben ist, für den das Rechtsgeschäft genehmigt wird. In betreuungsrechtlichen Fällen ist dies der **Betreute**. Dadurch soll gewährleistet werden, dass der Rechtsinhaber selbst Kenntnis von der Entscheidung erlangt und das Geschäft nicht ohne seine Einbeziehung abgewickelt werden kann.

Um das Interesse des Dritten am dauerhaften Bestand der Entscheidung zu schützen, ist die gerichtliche Genehmigung nicht nur mit formeller, sondern auch mit materieller Rechtskraft ausgestattet.

dd) Probleme der notariellen Praxis; Verfahrensablauf

Zusammenfassend betrachtet stellt sich der Verfahrensablauf bei einem genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäft, beispielsweise dem Verkauf eines Grundstücks des Betreuten durch seinen Betreuer, nach neuer Rechtslage wie folgt dar:

- Nach der Beurkundung teilt der Notar dem zuständigen Betreuungsgericht den Vertragsschluss mit und übersendet eine Ausfertigung der Urkunde. Hierbei erbitet er die Erteilung der notwendigen Genehmigung und Zustellung der Genehmigung (auch) an den Notar unter Verweis auf die im Vertrag enthaltene Doppelvollmacht. Ggf. sollte der Notar das Gericht um die Bestellung eines Verfahrenspflegers ersuchen (wenn evtl. beim Betreuten Geschäftsunfähigkeit gegeben ist). Schließlich bittet der Notar um die Übersendung des Rechtskraftzeugnisses mit Eintritt der Rechtswirksamkeit des Beschlusses.
- Liegt dem Notar das Rechtskraftzeugnis vor, teilt er auf Grund der Doppelvollmacht als Vertreter des Betreuers sich selbst als Vertreter des anderen Vertragsteils die Genehmigung mit und nimmt diese Mitteilung im Namen des anderen Vertragsteils entgegen. Hierüber wird eine notarielle Eigenurkunde errichtet.
- Erst anschließend erfolgen die Eintragung der Vormerkung und die Mitteilung der Kaufpreisfälligkeit.

ee) Sonderproblem: Tod des Betreuten im laufenden Genehmigungsverfahren

Fall: *Der Betreuer V verkauft den Grundbesitz des Betreuten B zu notarieller Urkunde vom 12.05.2016 an Käufer K. Die anschließend eingeholte betreuungsgerichtliche Genehmigung wird am 22.12.2016 erteilt und dem Notar am 29.12.2016 zugestellt. Noch bevor der Urkundsnotar von der im Kaufvertrag erteilten Doppelvollmacht Gebrauch gemacht hat, erfährt er durch Anruf des Vertreter V, dass B am 24.12.2016 verstorben ist. Wie ist weiter zu verfahren?*

Mit dem Tod des Betreuten **endet** die Betreuung und damit auch grundsätzlich die dem Betreuten eingeräumte **Vertretungsmacht** (Ausn.: §1908i Abs. 1 S. 1 i.V. mit §§ 1893, 1698a, b BGB).

Nach dem Tod des Betreuten ist daher grundsätzlich **kein Raum mehr für die Erteilung oder Verweigerung der betreuungsgerichtlichen Genehmigung**. In entsprechender Anwendung des § 1829 Abs. 3 BGB tritt vielmehr die Genehmigung der Erben des Betreuten an die Stelle der Genehmigung des Betreuungsgerichts.

Dabei spielt es keine Rolle, ob der Betreute

- 1) vor Erlass des Genehmigungsbeschlusses,
- 2) nach Erlass des Genehmigungsbeschlusses, aber vor Rechtskraft des Genehmigungsbeschlusses,
- 3) nach Rechtskraft des Genehmigungsbeschlusses, aber vor Mitteilung an den anderen Vertragsteil nach § 1829 BGB

verstorben ist. In allen Fällen ist eine **Genehmigung durch die Erben** des zwischenzeitlich verstorbenen Betreuten erforderlich: In den genannten Fällen kann die Genehmigung nicht mehr wirksam werden. Selbst wenn der Notar nach dem Tode des Betreuten in Unkenntnis des Sterbefalls von der ihm erteilten Doppelvollmacht (u. a. zur Mitteilung der Genehmigung an den anderen Vertragsteil) Gebrauch macht, führt dies nicht zur Wirksamkeit des Vertrages. Denn mit dem Tode des Betreuten erlischt nicht nur das Amt des Betreuers und seine Vertretungsmacht, sondern damit auch die von ihm im eigenen Namen (nicht im Namen des Betreuten!) erteilte (Doppel-) Vollmacht.

*Im **Fall** wird daher der Urkundsnotar die Beteiligten darauf hinweisen, dass zum weiteren Vollzug des Kaufvertrages die Einholung der Genehmigung der Erben des Betreuten erforderlich ist.*

Teil B Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung

1. Argumente für die notarielle Beurkundung

Gemeint ist hier die notarielle Beurkundung in Abgrenzung zur Beglaubigung der Unterschrift. Die Beurkundung ist zu empfehlen. Einige Autoren meinen sogar, dass ein Notar, der Vorsorgevollmachten nur beglaubigt, seine Amtspflichten verletzt.

a) Willensermittlung und zweifelsfreie Wiedergabe im Text

Das notarielle Beurkundungsverfahren sichert in optimaler Weise, dass das vom Vollmachtgeber Gewollte mit dem im Text Enthaltenen übereinstimmt und richtig zum Ausdruck kommt. Im Regelfall findet zunächst ein Vorgespräch mit dem Notar oder einem seiner Mitarbeiter statt. Auf dessen Grundlage wird der Entwurf ausgearbeitet. Dieser wird dem Mandanten übersandt. Bei der Beurkundung wird der Text dann vollständig vorgelesen, noch einmal erklärt, genehmigt und unterschrieben. Dieses „gestreckte“ bzw. „gestufte“ Verfahren sichert, dass der Vollmachtgeber umfassend informiert und beraten wird; später kann er sich kaum darauf berufen, er habe Bedeutung und Tragweite seiner Erklärung nicht erfasst.

b) Höherer Beweis- und Aussagewert der Beurkundung

Der Laie kennt die Feinheiten des notariellen Beurkundungsrechts in der Regel nicht. Dennoch bringt er einem mit Schnur gebundenen und regelmäßig mit einem Urkundsdeckel versehenen Dokument, das mit den Worten „vorgelesen, genehmigt und unterschrieben“ endet, erfahrungsgemäß mehr Vertrauen entgegen als einem Text, an dessen Ende nur eine Unterschrift beglaubigt wurde.

c) Höhere „Flexibilität“ der Beurkundung

Die unterschriftsbeglaubigte Vollmacht gibt es nur ein einziges Mal im Original, Ausfertigungen können davon nicht erstellt werden. Der Beweis- und Aussagewert von beglaubigten Abschriften ist eingeschränkt.

Bei der beurkundeten Vollmacht bleibt die Urschrift beim Notar. Für den Rechtsverkehr können vom Notar und/ oder später Ausfertigungen und einfache Abschriften erteilt werden.

Gestaltungsmöglichkeiten bei der Ausfertigung:

- Die Erteilung von Ausfertigungen an den Bevollmächtigten kann von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht werden. Solche Gestaltungen können allerdings zu Problemen führen.
- Weitere Ausfertigungen können erteilt werden. Wer außer dem Vollmachtgeber weitere Ausfertigungen verlangen kann, bedarf dabei einer genauen Ausgestaltung in der Urkunde (vgl. § 51 Abs. 1, 2 BeurkG). Auch sollte in der Urkunde geregelt werden, wem die Ausfertigung zu übersenden ist.

- Gem. § 49 Abs. 5 BeurkG können Urkundsausfertigungen auf Antrag auch auszugsweise erteilt werden. Das gibt zum Beispiel die Möglichkeit, für den Verkehr mit Banken und anderen Geschäftspartnern, Vollmachtausfertigungen zu erteilen, die nur den vermögensrechtlichen Teil der Urkunde enthalten.

d) Prüfung der Geschäftsfähigkeit

aa) Prüfungspflichten des Notars

Bei Beurkundungen ist der Notar gem. § 11 BeurkG verpflichtet, die Geschäftsfähigkeit zu prüfen. Das gibt der beurkundeten Vollmacht einen „Vertrauensvorsprung“. In der Praxis ist es nicht ganz einfach, die Geschäftsfähigkeit „gegen“ die Aussage in der Urkunde zu beweisen. Umso ärgerlicher ist es, wenn Notare gelegentlich diese Prüfungspflicht nicht ernst nehmen.

Dem Rechtsverkehr sind die besonderen Prüfungspflichten des Notars oft nicht bekannt. Daher spricht vieles dafür- wie bei letztwilligen Verfügungen gem. § 28 BeurkG- im Urkundstext ausdrücklich auf die Prüfung hinzuweisen. Das stärkt die „Außenwirkung“ der Vollmacht.

Die Feststellung der fehlenden Geschäftsfähigkeit volljähriger Personen kann der Praxis erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Prozessual bzw. beweisrechtlich gilt: Ein Erwachsener ist so lange als geschäftsfähig anzusehen, wie die Geschäftsunfähigkeit dem Gericht nicht nachgewiesen wird: Geschäftsfähigkeit ist die Regel; Geschäftsunfähigkeit die Ausnahme. Für den Notar besteht bei Beurkundung eine Prüfungspflicht erst dann, wenn sich für ihn - insbesondere aus dem äußeren Erscheinungsbild eines Beteiligten oder aus den die Beurkundung begleitenden Umständen - konkrete Bedenken ergeben. § 11 BeurkG begründet nämlich für den Notar die tatsächliche Vermutung, dass ein volljähriger Beteiligter voll geschäftsfähig ist. Der Notar braucht grds. auch nicht danach zu fragen, ob der Beteiligte unter Betreuung steht. Die Bestellung eines Betreuers hat rechtlich keine Auswirkungen auf die Geschäftsfähigkeit des Betroffenen; aus ihr wird sich aber oft ein Indiz für fehlende Geschäftsfähigkeit ergeben. Weitere Anhaltspunkte können die Heimunterbringung des Betroffenen, die Einschaltung eines ambulanten Pflegedienstes, der vereinbarte Außentermin, das Ausgehen der Initiative für die Beurkundung von einem Dritten und nicht zuletzt besonders hohes Lebensalter sein.

Wenn kranke oder gebrechliche Menschen beteiligt sind, ist immer besondere Aufmerksamkeit geboten. Der Notar ist gehalten, sich aufdrängenden Zweifeln an der Geschäfts-

fähigkeit nachzugeben. Die Geschäftsfähigkeit muss der Notar selbst prüfen und zu einem Ergebnis kommen. Ein Gespräch mit dem Beteiligten ist dabei unverzichtbar; die erforderliche Zeit muss sich der Notar nehmen; Vorgespräche können auch Mitarbeiter führen. Manchmal ist es hilfreich, das Gespräch alleine mit dem möglicherweise Geschäftsunfähigen zu führen und die anderen Beteiligten hinauszuschicken. Dabei gilt es zu bedenken: In der Regel wird der Betroffene den Notar nicht kennen. Das Fehlen von vertrauten Personen und die alleinige Anwesenheit von Fremden können zu Unsicherheiten und zu Blockaden führen. Sachdienlich ist es vielfach, Themen anzusprechen oder Fragen zu stellen, die außerhalb des Beurkundungsgegenstandes liegen. Leider nicht immer nur unverfänglich kann der Notar dabei Fragen stellen, die die örtliche und zeitliche Orientierung betreffen. Auch die Merkfähigkeit kann unauffällig getestet werden. Aus den Antworten des Betroffenen können sich wichtige Hinweise zu seinem Einsichts- und Urteilsvermögen ergeben. Maßgeblich ist, dass der Beteiligte aus der Sicht des Notars in der Lage ist, eigene Willensentscheidungen zu fassen und diese in nachvollziehbarer Form zum Ausdruck zu bringen. Er muss zu einer freien Urteils- und Willensbildung in der Lage sein. Das beinhaltet auch das Recht, scheinbar unsinnige und unvernünftige Entscheidungen zu treffen.

Gleichzeitig darf man die Möglichkeiten des Notars nicht überschätzen. Er ist medizinischer Laie. Von ihm kann die Durchführung psychiatrischer Tests - z. B. durch den Einsatz von Screeningverfahren - und ihre Dokumentation weder erwartet noch verlangt werden. Leicht kann sonst ein falscher Eindruck entstehen. Wissen sollte der Notar allerdings, dass Menschen mit beginnender oder fortschreitender Demenz vielfach ein sog. **Fassadenverhalten** entwickeln. Dieses erlaubt ihnen- wenigstens kurzfristig- ein unauffälliges und höfliches Gespräch. Kognitive Defizite können sie so leicht verschleiern. Am ehesten durchschauen lässt sich dies durch Fragen, die komplexe Antworten verlangen. Die Feststellungen des Notars haben die Qualität einer Zeugenaussage, nicht die eines Sachverständigen. Die Wahrnehmungen des Notars zur Geschäftsfähigkeit sind von der Beweiskraft des § 418 ZPO umfasst, nicht dagegen seine abschließende Bewertung der Geschäftsfähigkeit.

Aufgrund des Gesprächs wird der Notar zu einem der folgenden Ergebnisse kommen:

- a) Er ist von der fehlenden Geschäftsfähigkeit überzeugt.
- b) Er ist von der erforderlichen Geschäftsfähigkeit überzeugt.
- c) Beim Notar bleiben Zweifel, ob Geschäftsfähigkeit vorliegt.

Ablehnen darf (und soll) der Notar die Beurkundung dann, wenn an der fehlenden Geschäftsfähigkeit kein vernünftiger Zweifel mehr möglich ist. Bleiben Zweifel, sollte der Notar einerseits beurkunden und andererseits seine Zweifel in der Urkunde niederlegen. Hat der Notar keinerlei Zweifel an der Geschäftsfähigkeit, bedarf es grds. keiner besonderen Feststellung in der Urkunde. Etwas anderes gilt nur in Fällen von § 11 Abs. 2 BeurkG. Das Verlangen nach Beurkundung hat dabei von den Urkundsbeteiligten selbst auszugehen: So muss der Notar keine Vorsorgevollmacht beurkunden, die nur die Angehörigen, nicht aber der Vollmachtgeber selbst fordern.

Eine Vollmacht, in der der Notar an der Geschäftsfähigkeit festhält, ist in der Praxis allerdings weitgehend wertlos. Sie wird im Rechtsverkehr kaum Anerkennung finden.

Ratsam wird es in allen >>Grenzfällen<< regelmäßig sein, eine zeitnahe Begutachtung durch einen Facharzt (Neurologe, Psychiater) anzuregen. Atteste von Hausärzten sind nur ein eingeschränktes Beweismittel, da es sich nicht um Sachverständige handelt; dennoch können sie dem Notar eine gewisse Hilfestellung geben, da gerade Hausärzte ihre Patienten lange und gut kennen. Andererseits sollen empirische Untersuchungen ergeben haben, dass von solchen Medizinern psychische Erkrankungen nur bei etwa der Hälfte der Patienten erkannt werden.

Nicht übersehen werden darf: Der Notar muss selbst zu einer Entscheidung über die Geschäftsfähigkeit kommen. Obwohl er selbst kein Fachmann ist, darf er die Feststellung Dritter nicht „ungeprüft“ übernehmen. Liegt ein ärztliches Attest vor, spricht vieles dafür, es zur Urkunde zu nehmen; dann ist es auch Urkundsausfertigungen und Abschriften beizufügen. In der Praxis werden immer wieder sog. „luzide Intervalle“ behauptet. In einer Entscheidung legt das OLG München dar, dass es solche bei chronischen Demenzerkrankten fast nicht gibt.

Zweifel an der Geschäftsfähigkeit und Wahrnehmung über eine schwere Krankheit sind gem. § 11 BeurkG in einem Vermerk stets anzugeben. Liegt ein ärztliches Attest vor, sollte es - natürlich mit Einverständnis des Vollmachtgebers - zur Urkunde genommen werden. Dann ist es allerdings auch bei Urkundsausfertigungen und Urkundsausfertigungen beizufügen. Wenn ein Beteiligter schwer krank ist, soll der Notar dies gem. § 11 Abs.2 BeurkG in der Niederschrift vermerken und angeben, welche Feststellung er über die Geschäftsfähigkeit getroffen hat. Aber auch Vorsorgevollmachten, die von Schwerkranken errichtet werden, sind häufiger als sonstige Urkunden Gegenstand von Anfechtungen mit

der Behauptung, dass der Kranke nicht mehr im Vollbesitz seiner Kräfte gewesen sei. Aus solchen Streitigkeiten ergibt sich nicht selten, dass der Notar als Zeuge vernommen werden soll. Lange Zeit nach Errichtung der Urkunde ist der Notar auf seine Erinnerung angewiesen. Den Feststellungen in der Urkunde und/ oder in den Nebenakten kommt dann eine besondere Bedeutung zu. Das Gesetz unterscheidet grundsätzlich nicht zwischen körperlichen und psychischen Krankheiten. Der Vermerk nach § 11 BeurkG ist grds. bei jeder Krankheit zu machen. Dennoch trifft den Notar keine Pflicht jeden Beteiligten zu fragen, ob er unter einer schweren Krankheit leidet. Die Pflicht ist auf die Fälle beschränkt, in denen sich aus dem äußeren Erscheinungsbild oder aus den dem Notar gegebenen Informationen Hinweise auf eine schwere Krankheit ergeben. Fraglich ist, wie mit Erkrankungen umzugehen ist, die offenkundig ohne Auswirkungen auf die geistige Gesundheit bleiben (z. B.: der Mandant sitzt nach einem Sportunfall im Rollstuhl). Einige Autoren meinen, dass man sich bei rein körperlichen Krankheiten auf eine kurze Feststellung in der Urkunde beschränken kann, dass keine Zweifel an der Geschäftsfähigkeit bestehen. Nach anderer Ansicht kann und muss der Tatbestand von § 11 Abs. 2 BeurkG auf die Fälle teleologisch reduziert werden, bei denen Auswirkungen der Krankheit auf die geistige Gesundheit nicht auszuschließen sind. Wer im Notariat erscheint und im Vorgespräch erzählt, eine vor kurzem erhaltene Krebsdiagnose veranlasse ihn zur Errichtung einer Vorsorgevollmacht, bei dem halte ich einen Vermerk nach § 11 Abs.2 BeurkG für nicht erforderlich. Ohnehin erscheint die Anknüpfung an die „schwere Krankheit“ nur bedingt sachgerecht: Die Wahrscheinlichkeit der Beeinträchtigung der geistigen Fähigkeit bei „schwerer Krankheit“ ist nicht größer als im hohen Alter. Letzteres ist nicht immer mit schweren Krankheiten verbunden. In jüngster Zeit hat *Litzenburger* die Rechtswirksamkeit der Vermerkplicht gem. § 11 Abs.2 BeurkG unter verfassungsrechtlichen Aspekten in Hinblick auf die Bestimmungen des Antidiskriminierungsgesetzes in Frage gestellt. Zu Recht verweist er darauf, dass die Vermerkplicht an die Beobachtungen eines medizinischen Laien geknüpft und damit nur an bereits vom „äußeren Erscheinungsbild“ auffällige Situationen. Litzenburger plädiert für einen grundsätzlich restriktiven Umgang mit der Vermerkplicht.

bb) Erfordernis der vollen Geschäftsfähigkeit oder nur der Einsichtigkeit

Unstreitig ist: Soweit Vollmachten zu **rechtsgeschäftlichem Handeln** ermächtigen sollen, bedarf es der Geschäftsfähigkeit. Dabei erkennt die ganz h. M. keine relative bzw. partielle Geschäftsfähigkeit an; sie erlaubt somit keine Differenzierung nach der Schwierigkeit des Geschäfts.

Unterschiedliche Auffassungen werden vertreten, soweit es um **nichtvermögensrechtliche Angelegenheiten**, insbesondere im persönlichen Bereich, geht. Berücksichtigt man jedoch die Komplexität und Tragweite einer solchen „zukunftsgerichteten“ Vollmacht, spricht mehr dafür, nicht allein (was dogmatisch allerdings korrekt wäre) Einsichts- und Einwilligungsfähigkeit ausreichen zu lassen, sondern auch hier Geschäftsfähigkeit zu verlangen. Im praktischen Ergebnis dürfte es zumindest kaum Unterschiede geben: Einwilligungsfähig ist nämlich derjenige, der über die natürliche Einsichtsfähigkeit verfügt, Art, Bedeutung, Tragweite und Risiken einer Maßnahme zu erfassen und seinen Willen danach auszurichten.

Bei **Patientenverfügungen** soll es ebenfalls nicht auf die Geschäftsfähigkeit, sondern die Einwilligungsfähigkeit ankommen, also das natürliche Einsichts- und Steuerungsvermögen des Erklärenden. Berücksichtigt man jedoch auch hier die Komplexität des Themas und vor allem die Zukunftsgerichtetheit der Erklärung, so gibt es - vielleicht mit Ausnahmen des „verständigen Minderjährigen“- kaum einen Fall, wo ein nicht Geschäftsfähiger das ausreichende Einsichtsvermögen zum Errichten einer Patientenverfügung hat.

Bei Anordnungen bzw. Wünschen zur Betreuung kommt es nach der Rechtsprechung des BGH weder auf die Geschäftsfähigkeit noch die natürliche Einsichtsfähigkeit an. Einem geäußerten Wunsch haben die Gerichte zu entsprechen, sofern die Bestellung der gewünschten Person nicht dem Wohl des Betroffenen zuwiderläuft.

cc) Sonderproblem: Prüfungspflichten des Notars bei Beglaubigungen

Bei Unterschriftsbeglaubigungen ist die Rechtslage anders. Grundsätzlich muss der Notar bei einer Unterschriftsbeglaubigung lediglich prüfen, ob es Gründe gibt, die Amtstätigkeit abzulehnen. Das ist einerseits der Fall, wenn er von der Unrechtmäßigkeit des Geschäfts überzeugt ist, andererseits aber auch, wenn er von der fehlenden Geschäftsfähigkeit überzeugt ist. Im Übrigen soll der Notar nach ganz herrschender Meinung überhaupt nicht verpflichtet sein, die Geschäftsfähigkeit näher zu prüfen. Konsequenterweise besteht regelmäßig auch keine Vermerkplicht, wenn der Notar lediglich Zweifel an der Geschäftsfähigkeit hat. Das alles wird mit einem Umkehrschluss aus § 11 BeurkG begründet. Allerdings ist dem Notar nicht verwehrt, einen Hinweis über seine Zweifel an der Geschäftsfähigkeit in den Beglaubigungsvermerk aufzunehmen. Eine Ausnahme wird von Teilen der Literatur in den Fällen gemacht, in denen der Notar den Entwurf der Erklärung selbst gefertigt hat, unter dem er die Beglaubigung vornimmt. Hierzu wird ausgeführt: Mit der Ferti-

gung des Entwurfs übernimmt der Notar eine besondere Verantwortung für den Inhalt. Deshalb soll § 11 Abs. 1 Satz 2 BeurkG (Hinweispflicht) analog gelten.

Vorzugswürdig ist folgende Ansicht: Die notarielle Urkunde darf keinen falschen Schein vermitteln. Werden im Rechtsverkehr unterschriftsbeglaubigte Erklärungen vorgelegt, so gehen Dritte regelmäßig von deren materiell-rechtlicher Wirksamkeit aus. Diesem Vertrauen wird der Notar nur gerecht, wenn er grds. bei Unterschriftsbeglaubigungen nicht anders verfährt als bei Beurkundungen von Willenserklärungen. Der Notar darf keinen Beitrag dazu leisten, dass unwirksame Urkunden in den Rechtsverkehr gelangen. Ein starkes Argument dafür findet sich in dem EuGH-Urteil vom 09.03.2017 (Rechtssache Pierring). Dort ging es um eine österreichische Regelung, die dazu führt, dass die Unterschriftsbeglaubigung durch einen tschechischen Anwalt im österreichischen Grundbuchverfahren nicht anerkannt wurde. Der EuGH sah die den freien Dienstleistungsverkehr beschränkende Regelung im österreichischen Recht als verhältnismäßig an. Sie diene der Gewährleistung der Rechtssicherheit von Grundstückstransaktionen und der Funktionsfähigkeit des Grundbuchs. Sinngemäß heißt es in dem Urteil: In Österreich beschränkt sich die Beteiligung des Notars nämlich nicht darauf, die Identität einer Person, die das Dokument unterzeichnet hat, zu bestätigen, sondern sie impliziert auch, dass der Notar Kenntnis vom Inhalt des fraglichen Rechtsakts erhält, damit er sich der „Ordnungsmäßigkeit der geplanten Transaktion vergewissert“ und die „Geschäftsfähigkeit des Antragstellers“ überprüft (so ausdrücklich Rn. 64 des Urteils). Der EuGH betont die Rolle des Notars für die Rechtssicherheit und -wirksamkeit von Rechtsakten.

Unabhängig von einer Reaktion des Gesetzgebers sollten Zweifel an der Geschäftsfähigkeit daher auf jeden Fall im Beglaubigungsvermerk festgehalten werden. M.E. gilt daher: Beglaubigt der Notar, obwohl er Zweifel an der Geschäftsfähigkeit des Betroffenen hat, die Unterschrift unter einer weit reichenden Vorsorgevollmacht und nimmt er keinen entsprechenden Hinweis auf seine Bedenken in den Beglaubigungsvermerk auf, verletzt er seine Amtspflichten.

e) Beurkundungspflicht von Vollmachten und andere „schwächere“ Formvorschriften

Vollmachten sind im Grundsatz nicht formgebunden. Viele Ratgeberbücher, die sich an Laien wenden, betonen infolgedessen, dass die Schriftlichkeit ausreicht. Leider wird oft nicht deutlich, dass die reine Schriftlichkeit in vielen Fällen doch nicht genügt.

Es gibt eine Reihe von praktisch bedeutsamen Formvorschriften, die unmittelbar oder mittelbar auch für Vollmachten von Bedeutung sind. An erster Stelle ist hier auf die Formenstrenge des Registerrechts hinzuweisen: Diese führt im Ergebnis dazu, dass Vollmachten, die in Grundbuch- oder in Handelsregisterangelegenheiten ausreichen sollen, **in öffentlicher Urkunde erteilt** sein müssen (vgl. § 29 Abs. 1 GBO, § 12 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Abs. 1 HGB). Auch für Erbausschlagungen sieht § 1945 Abs. 3 S. 1 BGB eine öffentliche Urkunde vor. Vollmachten in nichtvermögensrechtlichen Angelegenheiten müssen (soweit sie Gesundheits- und Unterbringungsangelegenheiten betreffen) mindestens dagegen „nur“ schriftlich erteilt sein (vgl. §§ 1904 Abs. 5 S. 2 und 1906 Abs. 5 S. 1 BGB).

Eine Pflicht zur Beurkundung i.e.S. von Vollmachten sieht das Gesetz praktisch nur in einem Fall vor. Aus § 492 Abs. 4 S. 1 BGB ergibt sich: Vollmachten für **Verbraucherdarlehensverträge** müssen die gleichen Mindestangaben enthalten wie der Darlehensvertrag selbst; eine Ausnahme gilt nur für notariell beurkundete Vollmachten (§ 492 Abs. 4 S. 2 BGB). Da die später anstehenden Geschäfte bei der Erteilung einer Vorsorgevollmacht nicht absehbar sind, bedeutet das im praktischen Ergebnis: Ein Verbraucherdarlehen kann vom Bevollmächtigten nur aufgrund einer **beurkundeten** Vorsorgevollmacht abgeschlossen werden.

2. Probleme der Vorsorgevollmacht im vermögensrechtlichen Bereich

a) Bedingte und unbedingte Vollmachten

aa) Die Problematik

Bei nichtvermögensrechtlichen Angelegenheiten, insbesondere Gesundheitsangelegenheiten, stellt sich das Problem kaum: Solange eine Verständigung mit dem Patienten noch möglich ist, wird (und muss) der Arzt mit ihm die weitere Behandlung besprechen. Im vermögensrechtlichen Bereich besteht jedoch immer die Gefahr, dass der Bevollmächtigte aufgrund der Vollmacht bereits zu einer Zeit tätig wird, zu der der Vollmachtgeber noch

in der Lage ist, selbst zu handeln und dies auch will. In der Gestaltungspraxis geht es um das Spannungsverhältnis zwischen dem Bedürfnis nach weit reichender Vollmachtserteilung einerseits und der Abwehr von Missbrauchsrisiken andererseits.

bb) Die „bedingte“ Vollmacht ist tot

Insbesondere ältere Muster von Vorsorgevollmachten enthielten sinngemäß oft folgende Formulierungen:

„Diese Vollmacht wird aufschiebend bedingt für den Fall erteilt, dass ich infolge einer körperlichen und/oder geistigen Erkrankung in meiner Entscheidungsfähigkeit so eingeschränkt bin, dass ich meine Angelegenheit nicht mehr selbst regeln kann.“

Die Zulässigkeit einer solchen Einschränkung der Vollmacht steht außer Zweifel; die praktischen Probleme einer derartig bedingten Vollmacht liegen auf der Hand.

Besonders deutlich wird das in Grundbuchangelegenheiten, wo der Bedingungseintritt in der Form des § 29 GBO, also **in öffentlicher Urkunde, nachgewiesen** werden muss. Zwischenzeitlich liegen viele Gerichtsurteile vor, deren Ergebnis eindeutig ist: Der Bedingungseintritt ist bei derartigen Formulierungen nicht in öffentlicher Urkunde nachzuweisen. Selbst ein ärztliches Attest, auf dem die Unterschrift des Arztes beglaubigt ist, beweist nämlich nicht den Bedingungseintritt in öffentlicher Urkunde, da die inhaltliche Richtigkeit der ärztlichen Erklärung nicht an der formellen Beweiskraft der Urkunde nach § 415 ZPO teilnimmt.

b) Vollmachten mit „Ausfertigungssperre“

Eine Vollmacht, die der Bevollmächtigte nicht vorlegen kann, ist in der Praxis vielfach wertlos. Um Missbräuche zu verhindern, wird (und wurde insbesondere) daher teilweise vorgeschlagen, dem Bevollmächtigten die Ausfertigung erst auszuhändigen, wenn Geschäftsunfähigkeit oder Betreuungsbedürftigkeit eingetreten sind.

Insbesondere bei notariell beurkundeten Vorsorgevollmachten scheint § 51 Abs. 2 BeurkG einen „Königsweg“ zu bieten: Der Notar kann angewiesen werden, Ausfertigungen erst dann zu erteilen, wenn ihm die Geschäftsunfähigkeit oder die Betreuungsbedürftigkeit durch ein ärztliches Zeugnis nachgewiesen ist. Zu Recht lehnen die Notare diese Gestaltungsvariante meist ab, denn sie verlagert die Nachweisprobleme auf den Notar.

Abgesehen von der Fälschungsgefahr, ist ein solches Zeugnis nicht einfach zu erhalten (vor allem, wenn der Arzt den Hintergrund kennt); vielfach wird das Zeugnis nicht hinreichend klar sein; zu regeln wäre wohl auch, welcher Arzt ein solches Zeugnis ausstellen muss. Akzeptiert der Notar ausnahmsweise ein solches Verfahren, dann sollte er - vor allem aus Haftungsgründen - im Text der Vollmacht klarstellen, dass er weder zur Prüfung der Richtigkeit der ärztlichen Bescheinigung verpflichtet ist, noch bei Widersprüchen oder nicht auszuräumenden Zweifeln Ausfertigungen der Vollmacht erteilen darf.

c) Die im Außenverhältnis unbedingte Vollmacht

In der Praxis hat sich als „vorzugswürdig“ weitgehend durchgesetzt, im Außenverhältnis unbeschränkte Vollmachten zu erteilen und lediglich im Innenverhältnis Verwendungsbeschränkungen vorzusehen. Das „Können“ geht dann weiter als das „Dürfen“. Bei der Ausgestaltung ist es ganz wichtig, die Trennung von Innen- und Außenverhältnis im Text der Vollmacht sprachlich und in der Abfassung im Übrigen so eindeutig wie irgend möglich zum Ausdruck zu bringen.

Natürlich steht und fällt diese Gestaltungsvariante mit dem entsprechenden Vertrauensverhältnis zwischen den Beteiligten: Fehlt es am Vertrauen, sollte keine umfassende Vorsorgevollmacht erteilt werden. Der Vollmachtgeber ist dem Bevollmächtigten auch nicht „ausgeliefert“. Bevollmächtigte sind gegenüber dem Vollmachtgeber - im Innenverhältnis meist nach Auftragsrecht - rechenschaftspflichtig und ggf. auch schadensersatzpflichtig.

3. Gestaltung des Wirksamwerdens der Vollmacht

a) Wirksamwerden der Vollmacht und „Besitz“ des Vollmachtstextes

Eine Vorsorgevollmacht ist regelmäßig eine reine Innenvollmacht. Sie wird gegenüber dem Bevollmächtigten erklärt durch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung (§ 167 Abs. 1 Alt. 1 BGB). Sie wird mit Zugang wirksam. Zunächst aber muss sie abgegeben werden. Zweifelhaft ist, ob eine zu Hause aufbewahrte Vollmacht, von der der Bevollmächtigte nichts weiß und die er erst nach dem Tod oder der Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers findet, bereits „abgegeben“ wurde. Die Abgabe setzt nämlich voraus, dass die Erklärung „auf den Weg“ gebracht wurde - es muss das Notwendige für den Zugang getan worden sein. Vieles spricht allerdings dafür, dass bereits das „Einlegen“ der Vollmacht in die Schublade als „Abgabe“ anzusehen ist; immerhin erfolgt dies in der Erwartung, dass der Text später aufgefunden wird. Regelmäßig ist jedoch in der Pra-

xis dringend zu empfehlen, dass dem Bevollmächtigten gleich nach der Beurkundung **wenigstens eine Abschrift** der Urkunde zugeleitet wird, was für den Zugang, da § 130 Abs. 1 BGB dispositiv ist, regelmäßig ausreicht. Ohnehin sollte niemand eine Vorsorgevollmacht erteilen, ohne nicht vorher mit dem Bevollmächtigten gesprochen zu haben.

Materiell-rechtlich bedeutet das: Ein wirksam Bevollmächtigter kann grundsätzlich auch dann aufgrund der ihm erteilten Vollmacht handeln, wenn er die Vollmacht nicht vorlegt. Lediglich die Rechtsscheinwirkungen knüpfen an die Vorlage von Urschrift oder Ausfertigung an (§§ 172, 171 BGB). Nur wenn der Vertragspartner sicher sein möchte, dass sein Vertrauen auf die Vollmacht geschützt ist, dann muss er sich Urschrift oder Ausfertigung vorlegen lassen; die Vorlage einer beglaubigten Abschrift oder nur einen einfachen Abschrift genügen nicht, um die Rechtsscheinwirkungen eintreten zu lassen.

In der Praxis wird diese materiell-rechtliche Seite häufig übersehen. Der Vollmachtgeber meint, dass die Bevollmächtigung rechtlich erst wirksam wird, wenn der Bevollmächtigte Urschrift oder Ausfertigung der Vollmacht in Händen hält.

Auch wenn die Handlungsmöglichkeiten des Bevollmächtigten in der Praxis eingeschränkt sind, ist die Vollmacht materiell bereits wirksam geworden. Die Lösung der Fälle liegt in einem „technischen Trick“, mit Hilfe dessen materielles und formelles Recht in "Gleichlauf" gebracht werden: Der Besitz einer Ausfertigung der Vollmacht und das materiell-rechtliche Wirksamwerden („Schein und Sein der Vollmacht“) werden synchronisiert:

(Formulierungsmuster Wirksamwerden der Vollmacht mit Erlangung der Ausfertigung):

„Die Vollmacht wird erst wirksam, wenn der Bevollmächtigte im Besitz einer auf seinen Namen lautende Ausfertigung ist.“

Das gibt in der Praxis insbesondere die Möglichkeit, Abkömmlingen Vorsorgevollmachten zu erteilen, diesen jedoch zunächst noch keine Ausfertigungen zukommen zu lassen.

b) Sonderproblem: Wem muss die Ausfertigung erteilt sein?

Abschließend soll noch ein Praxisproblem angesprochen werden, das durch einige Entscheidungen in den letzten Jahren an Aktualität gewonnen hat.

Fallbeispiel:

Im Notariat erscheint Herr Albert Sohnemann und will im Namen seiner Mutter einen Grundstückskaufvertrag abschließen. Er legt eine weit reichende Vorsorgevollmacht vor, in der seine Mutter ihren Söhnen Albert und Berthold Vollmacht erteilt hat - jedem mit dem Recht zur Einzelvertretung. Die von Albert Sohnemann vorgelegte Vollmachtsausfertigung lautet aber nicht auf ihn, sondern auf seinen Bruder Berthold. Hier fragt sich, ob die vorgelegte Vollmacht als Legitimationsgrundlage ausreicht?

Lösung:

Die früher herrschende Meinung berief sich zumeist auf eine Entscheidung des OLG Köln und meinte „Ausfertigung ist Ausfertigung“. Zur Begründung lässt sich anführen, dass das Gesetz bei Ausfertigungen als Legitimationsgrundlage nicht daran anknüpft, wem sie erteilt wurde. Die Ausfertigung vertritt die Urschrift; auch diese wird niemandem erteilt. Das OLG München entschied in zwischenzeitlich drei Urteilen im gegenteiligen Sinn: Wenn die vorgelegte Ausfertigung einem anderen Bevollmächtigten erteilt wurde, ist sie keine ausreichende Legitimationsgrundlage und verkörpert nicht die Rechtsinhaberschaft, auf die sich der Rechtsverkehr verlassen darf. Das OLG Naumburg hat im gleichen Sinne entschieden.

Welche Folgerungen sollte die Praxis aus den Entscheidungen ziehen?

- Zunächst ist jedem Notar dringend zu empfehlen, darauf zu achten, dass ein Bevollmächtigter bei anstehenden Beurkundungen eine Vollmachtsausfertigung vorlegt, die auf ihn lautet. Kann er das nicht, sollte der Notar wenigstens auf die damit verbundene Rechtsunsicherheit hinweisen und seine Zweifel in der Urkunde festhalten.
- Bei der Ausgestaltung von Vollmachten empfiehlt es sich, ausdrücklich klarzustellen, dass der Bevollmächtigte im Besitz einer „auf ihn lautenden Ausfertigung der Vollmacht“ ist. Rechtlich von Bedeutung ist das jedoch praktisch nur dann, wenn in einer Urkunde mehreren Personen Vollmacht erteilt wird.

c) Sonderproblem: Das Erteilen weiterer Ausfertigungen

Während es von einer unterschiftsbeglaubigten Vollmacht immer nur ein Original gibt, ist es bei der beurkundeten Vollmacht möglich, später noch weitere Ausfertigungen zu erteilen (§ 51 BeurkG).

Die notarielle Urkunde sollte unbedingt regeln, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen, (weitere) Ausfertigungen erteilt werden dürfen. Sagt die Urkunde dazu nichts, können sie nur vom Vollmachtgeber (oder seinem Rechtsnachfolger) verlangt werden. Der Bevollmächtigte hat dagegen kein Antragsrecht gem. § 51 Abs. 1 BeurkG. Das ist problematisch, weil sich der Bedarf nach weiteren Ausfertigungen oft erst zeigen wird, wenn der Vollmachtgeber gesundheitlich nicht mehr in der Lage ist, den Antrag beim Notar zu stellen. Deshalb sind alle Gestaltungen problematisch, in denen die Erteilung weiterer Ausfertigungen von der Zustimmung des Vollmachtgebers abhängig gemacht wird.

In der notariellen Praxis hat sich vielfach eingebürgert, dem Bevollmächtigten das **uneingeschränkte Recht** zu geben, sich auf sein einseitiges Verlangen weitere Ausfertigungen erteilen zu lassen.

4. Vollmachten über den Tod hinaus

a) Grundsätze

Die Auslegungsregelung der §§ 168 S. 1, 672 S. 1, 675 BGB scheint klar: Im Zweifel gilt eine Vollmacht über den Tod hinaus. Da die Gerichte dies gelegentlich anders gesehen haben (unter Verweis darauf, dass die Vollmacht funktionell die Betreuung ersetzen soll), empfiehlt sich dennoch eine entsprechende ausdrückliche Klarstellung im Text der Vollmacht.

Vorteile der transmortalen Vollmacht:

- Die Handlungsfähigkeit (für den Nachlass) wird gesichert, auch wenn noch kein Erbnachweis vorgelegt werden kann. Die langen Bearbeitungszeiten bei den Gerichten machen transmortale Vollmachten dann fast unverzichtbar, wenn nach dem Todesfalle - beispielsweise bei Unternehmern - kurzfristig Entscheidungen getroffen werden müssen.
- In einigen Fällen ist die Nachlassabwicklung ohne Erbschein möglich, wenn eine transmortale Vollmacht vorliegt.
- Der Bevollmächtigte kann handeln, ohne dass von ihm ein „Lebensnachweis“ des Vollmachtgebers gefordert werden kann.

Der Bevollmächtigte vertritt nach dem Tod des Vollmachtgebers den oder die Erben.

b) Sonderproblem: Der Bevollmächtigte ist (möglicher) Alleinerbe oder alleiniger Vorerbe

Es war eine Entscheidung des OLG Hamm, die den „Auslöser“ für eine Mehrzahl von Gerichtsurteilen und vielen Veröffentlichungen in der Fachliteratur bildete. In der Argumentation zunächst ebenso schlüssig wie gleichzeitig überraschend meint das OLG Hamm, dass eine Vollmacht erlischt, wenn der Bevollmächtigte Alleinerbe ist (Gedanke der Konfusion). Daraus wird der Schluss gezogen: Sobald es möglich erscheint, dass der Bevollmächtigte Alleinerbe ist, kann er nicht mehr aufgrund der Vollmacht handeln - die Erbfolge muss dann positiv geklärt werden, um sicher sein zu können, dass die Vollmacht tatsächlich noch eingesetzt werden kann. Vor allem unter pragmatischen Aspekten erscheint die Argumentation fast widersinnig und vor allem künstlich „Der Bevollmächtigte und mögliche Alleinerbe ist doch ein „Sowieso-Berechtigter“, seine Vertretungsbefugnis ist - völlig unabhängig von seiner konkreten Rechtsstellung - auf jeden Fall gegeben. Auch wenn im Detail und in der dogmatischen Begründung vieles ungeklärt ist, wollen viele Gerichte und die große Mehrzahl der Autoren Vollmachten möglichst nicht durch eine mögliche Erbennstellung entwerten. Das bedeutet: Wenigstens solange die Alleinerbenstellung nicht sicher festgestellt und in der Urkunde dokumentiert ist bzw. sich der Bevollmächtigte darauf beruft, bleibt ein Handeln aufgrund Vollmacht möglich und zulässig.

Weitestgehend Einvernehmen scheint auf jeden Fall darüber zu bestehen, dass die Problematik dann nicht auftritt, wenn der Bevollmächtigte nicht möglicher Alleinerbe oder alleiniger Vorerbe, sondern beispielsweise nur Miterbe ist. Unter Grundbuchverfahrenszwecken darf übrigens nicht übersehen werden: Soweit eine Voreintragung der Erben im Wege der Grundbuchberichtigung erforderlich ist, ist auch ein Erbnachweis unverzichtbar.

5. Untervollmacht

In **vermögensrechtlichen Angelegenheiten** wurde die grundsätzliche Zulässigkeit der Erteilung von Untervollmachten noch nie in Frage gestellt.

Ob der Bevollmächtigte Untervollmachten erteilen kann, ist grundsätzlich eine Auslegungsfrage. Gerade bei Vorsorgevollmachten empfiehlt sich dringend eine klarstellende Regelung, weil man die Auslegung zunächst mit zwei unterschiedlichen Argumentationsrichtungen vornehmen kann: Je weiter eine Vollmacht reicht, umso eher wird man im Regelfall auch die Befugnis zur Erteilung von Untervollmachten annehmen können. Andererseits hat der personenbezogene Vertrauenscharakter bei Vorsorgevollmachten eine be-

sondere Bedeutung; das könnte gegen die Möglichkeit zur Erteilung von Untervollmachten sprechen.

Enthält der Text der Vollmacht keine ausdrücklichen Aussagen, ist es wiederum eine Frage der Auslegung, **in welchem Umfang** der Vollmachtgeber zur Erteilung von Untervollmachten berechtigt ist.

6. Befreiung von § 181 BGB

Im Gesellschaftsrecht spielt die Befreiung von § 181 BGB eine in der Praxis äußerst wichtige Rolle. Das ist bei Vorsorgevollmachten nicht der Fall - ein besonders praktisches Bedürfnis für die Befreiung besteht oft nicht. Einer der Anwendungsfälle sind Erbaueinandersetzen, wenn Vollmachtgeber und Vollmachtnehmer an der Erbengemeinschaft beteiligt sind. § 181 BGB kann bedeutsam sein, wenn ein Wohnungsrecht oder eine Rückübertragungsvormerkung gelöscht werden sollen. Ein anderer Fall sind Zustimmungserklärungen nach §§ 1365, 1369 BGB, die ein Generalbevollmächtigter und von § 181 BGB befreiter Ehegatte abgeben kann. Der Berater muss auf jeden Fall deutlich auf die Missbrauchsgefahren hinweisen, die die Befreiung zur Folge haben kann: Das bevollmächtigte Kind kann das Hausgrundstück der Eltern kostenfrei auf sich übertragen.

7. Gestaltungsmöglichkeiten bei mehreren Bevollmächtigten

- Die „psychologische“ Wirkung, wenn nur einem von mehreren Kindern Vollmacht erteilt wird, ist nicht zu unterschätzen. Eltern verkennen nicht selten, dass dies von den „übergangenen“ Kindern schnell als Misstrauensbeweis empfunden wird.
- Die wechselseitige Bevollmächtigung von Ehegatten ist einer der häufigsten Fälle in der Praxis. Insbesondere bei betagteren Ehegatten muss jedoch regelmäßig die Frage erörtert werden, ob nicht noch weitere Personen (meist die Kinder) bevollmächtigt werden sollen. Je jünger die potentiellen weiteren Bevollmächtigten sind, umso eher sollte der Notar seine Bedenken deutlich machen und die Missbrauchsgefahren betonen.
- Werden mehrere Personen bevollmächtigt, spielt die Frage der „Hierarchie“ eine besondere Rolle. Die immer wieder zu findende Gestaltungsvariante, dass die Ersatzbevollmächtigung vom Vorversterben des Hauptbevollmächtigten abhängig gemacht wird, führt schnell zu Lücken, wenn der Hauptbevollmächtigte aus

anderen Gründen (z.B. Wegzug, Krankheit) ganz oder teilweise ausfällt. Andere Ersatzanknüpfungen sind oft mit Nachweisproblemen verbunden. Wird dagegen - wie in der Praxis häufig - eine allein auf das Innenverhältnis beschränkte Regelung gewählt, so ist schon die Bezeichnung „Ersatzbevollmächtigung“ missverständlich, da sie als Bedingung missverstanden werden kann. Im Urkundstext sollte eher vom „weiteren Bevollmächtigten“ gesprochen werden.

- Das Vier-Augen-Prinzip mit Gesamtvertretung nach Außen kann zur Vermeidung von Missbräuchen beitragen. Die vielfältigen praktischen Schwierigkeiten, führen aber dazu, dass sie auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben sollte, z. B. Grundstücksgeschäfte.
- Werden mehrere Personen jeweils mit Einzelvertretungsbefugnis bevollmächtigt, so können diese sich wechselseitig kontrollieren.

8. Ausgestaltung des Grundverhältnisses

a) Rechtsnatur und Ausgestaltungsmöglichkeiten

Die Frage des Grund- oder Innenverhältnisses zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten spielte in den ersten veröffentlichten Textmustern praktisch keine Rolle. Das hat sich in den letzten Jahren geändert. Nicht wenige Autoren halten es für unverzichtbar oder wenigstens dringend empfehlenswert, das Grundverhältnis ausführlich zu gestalten. Dabei ist schon die Rechtsnatur des Grundverhältnisses nicht eindeutig. Angesichts der Bedeutung und des potentiellen Umfangs der Tätigkeit des Bevollmächtigten handelt es sich nicht unbedingt um eine reine Gefälligkeit, also ein Tätigwerden ohne Rechtsbindungswillen. Soweit ein Rechtsverhältnis vorliegt, wird man im Regelfall (also bei Unentgeltlichkeit des Tätigwerdens) von einem **Auftrag** ausgehen können. Im Einzelfall kann auch ein **Geschäftsbesorgungsvertrag**, ein Dienstvertrag oder eine Typenkombination gegeben sein.

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit wird in der Literatur Regelungsbedarf (oder wenigstens die Regelungsmöglichkeit) für folgende **Bereiche** gesehen:

- Bereithaltungspflicht des Bevollmächtigten,
- Ausführungspflicht des Bevollmächtigten,
- Aufgabenverteilung zwischen mehreren Bevollmächtigten (einschließlich Kontrollaufgaben),

- Rücksprachevorbehalte,
- Dokumentationspflichten (z.B. zum Vermögensbestand und der Vermögensentwicklung, Belegsammlungen),
- Festlegungen zur Vermögensverwaltung und -anlage,
- Festlegungen zu Wohnungen, häuslicher Unterbringung und Heimaufenthalt,
- Auskunft- und Rechenschaftspflichten,
- Beginn (Erstgebrauch), Dauer und Ende des Vorsorgeverhältnisses,
- Vergütungsfragen,
- Regelungen zu Widerrufsmöglichkeiten,
- Haftungsmaßstab und Haftungsumfang.

b) Regelfall: Die Vollmacht im engsten Familien- und Freundeskreis

Unter Beratungs- und Gestaltungsaspekten muss auch berücksichtigt werden, dass Beteiligte mit Fragen nach der Ausgestaltung des Innenverhältnisses einerseits vielfach überfordert sind und andererseits die Vollmacht schnell „überfrachtet“ wird. Im Übrigen besteht im Rechtsverkehr die Gefahr, dass Schranken aus dem Innenverhältnis auf das Außenverhältnis „durchschlagen“. Führt man den Gedanken der Ausgestaltung des Innenverhältnisses konsequent fort, dann müsste der Notar dringend empfehlen, niemals isoliert eine Vorsorgevollmacht zu beurkunden, sondern zum Termin auch die Bevollmächtigten zu laden und neben der Vollmacht gleichzeitig das Grundverhältnis zu beurkunden. Allein die damit verbundenen Mehrkosten sind den Beteiligten aber nicht zu vermitteln. Und nicht vergessen werden sollte auch: Eine umfangreiche Ausgestaltung des Innenverhältnisses führt zu einer gefährlichen „textlichen Zementierung“. Im Zeitpunkt der Beurkundung sinnvolle Regelungen werden oft einige Jahre später nicht mehr sachgerecht sein.

In den beschriebenen „Standardsituationen“ sollten regelmäßig vor allem zwei - das Innenverhältnis betreffende - Aspekte mit dem Mandanten angesprochen und inhaltlich ausgestaltet werden: Das ist einerseits die Frage der **Verwendungsbeschränkung** der Vollmacht und andererseits das **Verhältnis mehrerer Bevollmächtigter** zueinander. Notare, die meinen, sie müssten unbedingt weitergehende Regelungen in die Urkunde aufnehmen, können vorsorglich auf Betreuungs- und Auftragsrecht verweisen und ggf. die Haftung des Bevollmächtigten auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränken.

Formulierungsmuster (Innenverhältnis im Zweifel nach Auftragsrecht):

„Der Bevollmächtigte hat bei der Wahrnehmung meiner Angelegenheiten dieselben Pflichten wie ein Betreuer nach § 1901 BGB. Im Übrigen gilt Auftragsrecht.“

Aus meiner Sicht bedarf es im Regelfall keiner weitergehenden Ausgestaltung des Innenverhältnisses. Um wenigstens deutlich zu machen, dass die Problematik erkannt und bewusst von einer Regelung abgesehen wurde, kann formuliert werden:

Formulierungsmuster (keine Ausgestaltung des Innenverhältnisses):

„Festlegungen zum „Grundverhältnis“ mit dem Bevollmächtigten (z.B. Vergütung, Rechenschaftspflicht, Haftungsmaßstab) möchte ich heute nicht treffen.“

9. Schenkungen aufgrund von Vorsorgevollmachten; Verwendung von Barmitteln

Probleme bereitet es im vermögensrechtlichen Wirkungskreis der Vollmacht häufig, wenn der Bevollmächtigte aufgrund der Vollmacht Vermögensgegenstände des Vollmachtgebers voll oder teilweise unentgeltlich an sich übertragen will.

Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass eine Generalvollmacht auch zur Vornahme von Schenkungen berechtigt. Macht der Bevollmächtigte von dieser Befugnis Gebrauch, folgt hieraus nach aktueller Rspr. des BGH auch noch nicht seine Unredlichkeit.

Nach der Rspr. können aber auch Generalvollmachten im Einzelfall einschränkend ausulegen sein, insbesondere bei ganz außergewöhnlichen Geschäften, die erkennbar den Vollmachtgeber schädigen.

Ist das „Schenkungsproblem“ in der Vollmacht nicht ausdrücklich geregelt, läuft man daher Gefahr, dass die Vertretungsmacht des Bevollmächtigten bei Schenkungen oder anderen nicht voll entgeltlichen Zuwendungen (z.B. Übergabeverträgen) angezweifelt wird. Es besteht das Risiko, dass das Grundbuchamt das Fehlen der entsprechenden Vertretungsmacht reklamiert oder dass das Rechtsgeschäft zwar vollzogen wird, aber hinterher - beispielsweise von Seiten der Geschwister - Missbrauchs- und Untreuevorwürfe gegenüber dem Bevollmächtigten erhoben werden. Es droht damit nicht nur die zivilrechtliche Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts, sondern u.U. auch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Bevollmächtigten.

Abgesehen von dem eigentlichen „Schenkungsproblem“ lässt sich in den letzten Jahren feststellen, dass vermehrt **postmortal** zwischen den Erben des Bevollmächtigten und dem Bevollmächtigten um das Bestehen von **Auskunfts- und Rückforderungsansprüchen** nach möglichem Vollmachtmissbrauch gestritten wird. Liegt der Vollmacht - wie regelmäßig - ein Auftrags- bzw. Geschäftsbesorgungsverhältnis i.S. der §§ 662 ff. BGB zugrunde, bestehen grundsätzlich **Auskunfts- und Rechenschaftspflichten** (§ 666 BGB) des Bevollmächtigten. Außerdem hat der Bevollmächtigte dem Vollmachtgeber gem. § 667 BGB alles, was er zur Ausführung des Auftrags erhalten und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat, **herauszugeben**. Dieser Erstattungsanspruch ist vererblich, kann also grundsätzlich nach dem Tod des Vollmachtgebers von dessen Erben (weiter-) verfolgt werden.

In der Regel wird darum gestritten, ob und inwieweit der Bevollmächtigte vom Konto des Vollmachtgebers **abgehobene oder überwiesene Geldbeträge** auftragsgemäß - d. h. in der Regel v. a. zur Finanzierung des Lebensunterhalts des Vollmachtgebers - verwendet hat. Dabei ist davon auszugehen, dass der Bevollmächtigte die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, dass er die abgehobenen oder überwiesenen Gelder **zweckentsprechend verwendet** hat. Allerdings ist die Darlegungs- und Beweislast dahingehend abgemildert, dass der Beweis von Anknüpfungstatsachen ausreicht, die eine Schätzung der verbrauchten Mittel ermöglichen. Evtl. sollte wegen der vermehrt auftretenden Problematik bereits bei der Erteilung der Vorsorgevollmacht überlegt werden, ob und inwieweit die Auskunfts- und Rechenschaftspflichten des Bevollmächtigten ausgeschlossen oder zumindest (z.B. zeitlich oder gegenständlich) eingeschränkt werden sollen. Dies wird in erster Linie bei Bevollmächtigung des Ehegatten oder Lebenspartners in Betracht kommen. Eine derartige Vereinbarung kann jedoch auch sinnvoll sein, um z. B. einem - absehbaren - Streit zwischen Geschwistern vorzubeugen, wenn das bevollmächtigte Kind nicht zugleich zum (alleinigen) Erben eingesetzt ist.

10. Entgegennahme der Widerrufserklärung beim gemeinschaftlichen Testament für den geschäftsunfähigen Ehegatten

Fall:

Die Ehegatten M und F haben sich in einem gemeinschaftlichen Testament gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt und zu Schlusserben die gemeinsamen Kinder berufen. Nun-

mehr ist M pflegebedürftig und geschäftsunfähig. Seine Rechtsangelegenheiten werden nunmehr von seiner Ehefrau F wahrgenommen, aufgrund notariell beurkundeter Vorsorgevollmacht (Generalvollmacht), die eine Befreiung vom Verbot des § 181 BGB enthält.

F befürchtet, dass sie vor M versterben könnte. In diesem Fall soll nicht mehr M erben, sondern unmittelbar ihre Kinder. Sie möchte daher ihre wechselbezüglichen Verfügungen zu Lebzeiten des M diesem gegenüber widerrufen (vgl. § 2271 Abs. 1 BGB), wobei sie den M bei der Empfangnahme der Widerrufserklärung kraft Vollmacht vertreten will. F. fragt den Notar N, ob dies zulässig sei oder ob irgendwelche Bedenken gegen dieses Vorgehen bestünden?

Das **Recht zum Widerruf** einer wechselbezüglichen Verfügung erlischt gem. § 2271 Abs. 2 S 1 BGB erst mit dem Tod des anderen Ehegatten. Der Verlust der Geschäftsfähigkeit ist dem nicht gleichzusetzen, da der Geschäftsunfähige zwar die Fähigkeit verloren hat, wirksame Willenserklärungen abzugeben (§§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB) und entgegenzunehmen (§ 131 BGB), damit aber nicht als Rechtssubjekt aus dem Rechtsverkehr ausgeschieden ist. Die h. A. lässt daher einen Widerruf auch nach Eintritt der Geschäftsunfähigkeit beim anderen Ehegatten zu. Der Widerrufsgegner kann zwar nach erfolgtem Widerruf, der gem. § 2270 Abs. 1 BGB zur Nichtigkeit auch seiner wechselbezüglichen Verfügungen führt, keine neue letztwillige Verfügung errichten, das Recht des Widerrufswilligen, sich zu Lebzeiten des anderen noch durch Widerruf einer etwaigen Bindung an seine Verfügungen entziehen zu können, ist m.E. aber höher zu bewerten.

Der Widerruf muss dann aber gem. § 131 BGB dem **gesetzlichen Vertreter des Geschäftsunfähigen** (Betreuer i.S. der §§ 1896 ff. BGB) zugehen.

Ob der Widerruf auch wirksam gegenüber einem **General- bzw. Vorsorgebevollmächtigten** des anderen Ehegatten erfolgen kann oder ob wegen § 131 BGB, der die Wirksamkeit einer gegenüber einem Geschäftsunfähigen abgegebenen Willenserklärung davon abhängig macht, dass diese dessen gesetzlichem Vertreter zugeht, der Widerruf zwingend gegenüber dem gesetzlichen Vertreter (d.h. im Falle der Volljährigkeit des Betroffenen gegenüber dem Betreuer) des Ehegatten erfolgen muss, ist bislang noch **nicht höchstrichterlich entschieden**. In der Literatur gibt es Stimmen, die den Zugang beim

Bevollmächtigten ausreichen lassen, aber auch kritische Stimmen, die von der Notwendigkeit des Zugangs beim Betreuer ausgehen.

Praxistipp:

Solange die Rechtslage nicht höchstrichterlich geklärt ist, dürfte es sich nach dem **Grundsatz des sichersten Weges** gleichwohl empfehlen, beim Betreuungsgericht die Bestellung eines Betreuers zur Bewirkung des Zugangs aufseiten des geschäftsunfähigen Ehegatten zu beantragen. Dies gilt v. a., wenn der widerrufende Ehegatte **selbst Bevollmächtigter** des anderen Ehegatten ist, da diese Konstellation - trotz Befreiung von § 181 BGB - Wirksamkeitsbedenken hinsichtlich des Zugangs auslösen könnte (evtl. Missbräuchlichkeitsvorwurf wegen Identität von Widerrufendem und Vertreter des Widerrufsempfängers).

11. Probleme der Vorsorgevollmacht im Bereich der Personensorge und anderer nichtvermögensrechtlicher Angelegenheiten

a) Zulässigkeit

Spätestens seit Inkrafttreten des (ersten) Betreuungsrechtsänderungsgesetzes vom 25.06.1998 ist nicht mehr zu bezweifeln, dass Vollmachten auch in nichtvermögensrechtlichen - insbesondere in personenbezogenen - Angelegenheiten erteilt werden dürfen. Das ergibt sich aus den §§ 1904 und 1906 und nunmehr auch § 1906a BGB, die allerdings einen gewissen Bruch mit der deutschen Rechtstradition enthalten; diese bevorzugt bei Vollmachten abstrakte Formulierungen. Für die im Gesetz genannten Bereiche ist das **Schriftlichkeitserfordernis** und das **Ausdrücklichkeitserfordernis** festgeschrieben worden. Aus den beiden spezialgesetzlichen Bestimmungen ist wohl ein allgemeiner Grundsatz abzuleiten: Vollmachten im nichtvermögensrechtlichen (personenbezogenen) Bereich müssen schriftlich sein; sie sollten möglichst **konkret formuliert** werden.

b) Inhaltliche Ausgestaltung

Die in der Fachliteratur heute zu findenden Muster berücksichtigen fast ausnahmslos die gesetzlichen Anforderungen. Dabei werden meist folgende drei Bereiche angesprochen; sie sollten auch im Text deutlich unterschieden werden.

- Entscheidungen in Gesundheitsangelegenheiten,

- Entscheidungen zur Aufenthaltsbestimmung,
- Entscheidungen über freiheitsentziehende und -beschränkende Maßnahmen.

Bei der Ausgestaltung empfiehlt sich eine **Anlehnung an die Wortwahl des Gesetzes**. Zusätzlich zu empfehlen sind jedoch durchaus beispielhafte und erläuternde Ergänzungen. Nur eine verständliche Wortwahl, die Inhalt und Tragweite der Vollmacht deutlich werden lässt, erfüllt die vom Gesetzgeber angestrebte Warnfunktion. Nicht ausreichend ist deshalb der reine Verweis auf die einschlägigen Paragraphen statt auf die konkreten Inhalte der §§ 1904 und 1906 BGB.

Bei der Urkundengestaltung darf der am 01.09.2009 im Zusammenhang mit den Regelungen zur Patientenverfügung in Kraft getretene § 1904 Abs. 5 S. 2 BGB nicht übersehen werden.

12. Sonderfall: Die ärztliche Zwangsbehandlungsmaßnahmen

a) Vorgeschichte

Zu „Nachbesserungen“ in den gesetzlichen Regelungen wurde der Gesetzgeber vor nicht allzu langer Zeit vor allem durch zwei Entscheidungen des BVerfG gezwungen: Danach bedürfen die wesentlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug klar und bestimmter gesetzlicher Regelungen. Der BGH hat daraus abgeleitet, dass ein Betreuer auch im Rahmen einer geschlossenen Unterbringung keine Zwangsbehandlung veranlassen kann. Um die offensichtliche Lücke zu schließen, wurde das Betreuungsrecht in § 1906 BGB geändert. Diese Gesetzesänderung trat am 26.02.2013 in Kraft - sie hat Auswirkungen auf die Gestaltung von Vorsorgevollmachten.

Bei dieser Gesetzesänderung ist es allerdings nicht geblieben - wie nicht selten bei Regelungen, die sehr stark auf einen in die Kritik geratenen Einzelfall zugeschnitten sind, ergab sich schnell weiterer Ergänzungsbedarf. Die bisherige Regelung ließ eine ärztliche Zwangsbehandlung nämlich nur bei einer geschlossenen Unterbringung zu. Zwangsbehandlungen können aber auch in Situationen erforderlich werden, in denen keine Anordnung stationärer Unterbringung vorausgegangen ist. Der BGH hatte über den Fall einer Patientin zu entscheiden, deren Mobilität aus rein gesundheitlichen Gründen nicht mehr gegeben war. Eine stationäre Unterbringung lag zwar vor, sie war aber nicht angeordnet und es gab keinen Grund dafür dies zu tun. Damit fehlte es an der im Gesetz verankerten Voraussetzung für die Anordnung von ärztlichen Zwangsmaßnahmen. Das vom BGH an-

gerufene BVerfG sah darin eine verfassungswidrige Schutzlücke, die unverzüglich zu schließen sei. Schon vorher hatte das BVerfG eine hohe Messlatte für die Zulässigkeit ärztlicher Zwangsmaßnahmen aufgestellt. Der Gesetzgeber hat reagiert: Schon am 25.01.2017 lag ein Regierungsentwurf vor. Ärztliche Zwangsmaßnahmen sind danach weiterhin nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen möglich, sie setzen aber keine freiheitsentziehende Anordnung der Unterbringung mehr voraus. Die Änderungen sind am 22.07.2017 in Kraft getreten.

b) Inhalt der gesetzlichen Neuregelung

Die Neuregelungen betreffen vor allem § 1906 und den neu eingefügten § 1906a BGB. Der Gesetzgeber hat das Recht der Zwangsbehandlung vom Recht der Unterbringung nunmehr systematisch getrennt. Die Unterbringung ist in § 1906 BGB geregelt, die Zwangsbehandlung in § 1906a BGB. Alle Zwangsbehandlungen durch Ärzte setzen einen Krankenhausaufenthalt voraus; ambulante Zwangsbehandlungen und Zwangsbehandlungen in Heimen bleiben verboten. Nur in Krankenhäusern können ärztliche Zwangsbehandlungen als „ultima ratio“ auch gegen den natürlichen Patientenwillen vorgenommen werden. Im Übrigen hat der Gesetzgeber die bereits von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien für die Zwangsbehandlung im Gesetz festgeschrieben. Die vom Betreuer verfügbaren Maßnahmen stehen allerdings unter einem gerichtlichen Genehmigungsvorbehalt (§ 1906a Abs. 2 BGB).

Was für den Betreuer zutrifft, gilt entsprechend für Bevollmächtigte. Der schon oben dargestellte Grundsatz gilt auch hier: Gem. § 1906a Abs. 5 BGB muss dem Bevollmächtigten die Befugnis zur Einwilligung in die ärztliche Zwangsmaßnahme ausdrücklich erteilt werden.

c) Auswirkungen auf die Gestaltung von Vollmachten

Vorsorgevollmachten sind, wenn sie auch den Bereich der ärztlichen Zwangsmaßnahmen erfassen sollen, nach den gesetzlichen Neuregelungen wohl in vielen Fällen zu ergänzen bzw. umfassender zu formulieren. Sollen dem Bevollmächtigten insoweit möglichst umfassende Handlungsfreiheiten - möglicherweise sogar über den derzeit rechtlich möglichen Rahmen hinaus - eingeräumt werden, sollte sich der Text nicht allein auf stationäre Behandlungssituationen beschränken, sondern könnte weitergehend auch ambulante erfassen. Es spricht viel für eine möglichst weite Formulierung.

Die praktische Bedeutung der Gesetzesänderung dürfte vor allem bei (chronisch) psychisch Kranken liegen. Die typischen Fälle „notarieller Vorsorgevollmachten“ sind das nicht.

13. Erteilung von Untervollmachten

Bei **nichtvermögensrechtlichen Angelegenheiten** war und ist umstritten, ob der Bevollmächtigte Untervollmacht erteilen kann; teilweise wird die Erteilung von Untervollmachten in persönlichen Angelegenheiten für unzulässig gehalten, teilweise auch nur für nicht gewollt oder wenigstens nicht empfehlenswert. Die - nicht zuletzt auch historisch zu erklärenden - Argumente können nicht überzeugen: Das deutsche Recht kennt kein Verbot der Unterbevollmächtigung in personalen Angelegenheiten. Im Übrigen muss man sich klarmachen: Ein Betreuer müsste dann in den Fällen bestellt werden, wo der Bevollmächtigte ausfällt, obwohl diesem eine weit reichende und auch die persönlichen Angelegenheiten erfassende Untervollmacht erteilt wurde. Der Staat würde sich also einschalten, obwohl dies gerade durch die Vollmachtserteilung vermieden werden sollte; das wäre ein sogar verfassungsrechtlich problematisches Ergebnis.

Somit kann das Recht zur Erteilung von Untervollmachten auch den persönlichen Bereich betreffen. Allerdings wird man den §§ 1904, 1906, 1906a BGB wohl einen allgemeinen Grundgedanken entnehmen können: Im Bereich der Personensorge muss die Vollmacht schriftlich erteilt werden und die Bereiche, auf die sie sich bezieht, „ausdrücklich“ umfassen. Das bedeutet: Soweit die Vollmacht dem Berechtigten das Recht geben soll, im Bereich der Personensorge Untervollmacht zu erteilen, muss dies in der schriftlich erteilten Vollmacht **ausdrücklich angesprochen** werden.

14. Die Problematik der Organspende

a) Ausgangspunkt und Problemstellung

Bei genauer Betrachtung gibt es aus medizinischer und auch juristischer Sicht Berührungspunkte zwischen Organspende und Patientenverfügung. Die Problematik liegt in Folgendem: Um Organtransplantationen durchführen zu können, müssen bestimmte Lebensfunktionen bis zum Gehirntod des Spenders und auch sodann weiter bis zur Entnahme des Spenderorgans aufrechterhalten werden. Anders kann die Transplantationsfähigkeit der Organe nicht erhalten werden. Mediziner sehen sich an den gebotenen intensivmedizinischen Maßnahmen zur Vorbereitung einer Organspende wohl immer wieder durch den Wortlaut von Patientenverfügungen gehindert. Zwischen der Zunahme von

Patientenverfügungen einerseits und der abnehmenden Bereitschaft zur Organspende wird ein kausaler Zusammenhang gesehen.

Zwei wichtige Tatsachen sind in diesem Zusammenhang übrigens vielen Ratsuchenden und Beratern unbekannt:

- Als Organspender kommen nicht nur Unfallopfer in Betracht, sondern auch Menschen, die nach längerer Krankheit insb. an Hirnerkrankungen versterben.
- Auch ältere Menschen können Spender sein (nicht nur für Gewebe, sondern auch für Organe). Im Jahre 2016 verteilten sich die Organspender auf folgende Altersgruppen: 3 % der Spender waren unter 16 Jahre alt, 44 % befanden sich in der Altersgruppe 16 bis 54, 24 % in der Altersgruppe 55 bis 64 und 29 % in der Gruppe der 65-Jährigen und Älteren.

Neben der Organspende gibt es auch die Gewebespende. Diese hat weder die „politische“ noch die „psychologische“ Brisanz der Organspende. Die nachstehenden Ausführungen treffen grundsätzlich in gleicher Weise auch für die Gewebespende zu. Wer zur Organspende bereit ist, wird regelmäßig auch mit einer Gewebespende einverstanden sein, zu der als „Minus“ dann keine weiteren Ausführungen erforderlich sind.

b) Lösungsansatz zur Konfliktbewältigung

Teilweise wird eine Konfliktsituation beschrieben, die nicht selten bereits im Wege der Auslegung der Patientenverfügung gelöst werden kann: Die meisten Menschen wollen mit ihrer Patientenverfügung langes Siechtum unter ihnen lebensunwürdig erscheinenden Umständen vermeiden. Es geht ihnen nicht darum, den im Zusammenhang mit einer Organtransplantation kurzfristig erforderlichen medizinischen Eingriff zu verbieten, bei dem zum Schutze der Organe der Kreislauf für einen meist nicht lange währenden Zeitraum künstlich aufrechterhalten wird. Um den Konflikt jedoch gar nicht erst auftreten zu lassen, spricht vieles dafür, die Problematik direkt in der Patientenverfügung zu regeln.

15. Die BGH-Beschlüsse vom 06.07.2016 und 08.02.2017

Folgerungen für die Praxis

In der notariellen Praxis haben sich in den letzten Jahren die Textmuster für Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung durchgesetzt, die das Bayerische Staatsministerium der Justiz in regelmäßigen Abständen herausgibt, sie werden von einer Expertenkommission verfasst und regelmäßig aktualisiert. Ähnlich sind auch die Textbausteine, die das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz auf seinen Internetseiten veröffentlicht. Notare, die sich in ihren Mustertexten daran orientieren, müssen nicht befürchten, „unwirksame Patientenverfügungen“ zu errichten. Diese Mustertexte enthalten zunächst klare und eindeutige Formulierungen zum unmittelbaren Inhalt der Patientenverfügung; außerdem wird dem Bevollmächtigten die ausdrückliche Befugnis erteilt, über einen Behandlungsabbruch zu entscheiden (vgl. § 1904 Abs. 5 BGB). Im Übrigen sind sie etwa wie folgt aufgebaut:

- Beschreibung der Situationen, in denen sie gelten soll,
- Darstellung der Maßnahmen, die der Patient ausdrücklich wünscht,
- Darstellung der Maßnahmen, die ausdrücklich abgelehnt werden.

Entscheidend ist jedoch: Diese Muster sprechen vor allem die praxishäufige Situation der Ernährungssonde ausdrücklich an. Hier lag nämlich die Problematik letztlich beider BGH-Fälle. Recht allgemein war in den Texten festgehalten, dass keine „lebensverlängernden Maßnahmen“ ergriffen werden sollten - nähere Angaben zu den Maßnahmen selbst fehlten ganz oder weitgehend. Schon bislang entsprach es der allgemeinen Auffassung, dass folgende Formulierungen unzureichend sind: „Ich möchte in Würde sterben“ und „Ich möchte nicht an Schläuchen hängen“. Der BGH stellt nun klar, dass auch der Satz „Ich möchte keine lebensverlängernden Maßnahmen“ in der Regel nicht ausreicht, um eine „qualifizierte“ Patientenverfügung i.S.d. § 1901a Abs. 1 BGB zu errichten. Auch als Behandlungswunsch bei der Feststellung des mutmaßlichen Willens hat der Satz nur geringe Aussagekraft.

Wie man klarer und präziser formulieren kann und sollte - dazu enthalten die oben genannten Textmuster wichtige Hilfestellungen. Wenn diese Textbausteine verwendet werden, erscheint die Wahrscheinlichkeit sehr hoch, dass die Gerichte dies als qualifizierte Patientenverfügung anerkennen werden. Sollte das jedoch nicht der Fall sein, dann liegt

noch immer ein Behandlungswunsch vor oder wenigstens ein Text, aus dem sich der mutmaßliche Wille ableiten lässt, i.S.d. § 1901a Abs. 2 BGB - auch dieser ist verbindlich und von den Beteiligten zu beachten.

Problematisch erscheinen mir dagegen vor allem ältere und meist sehr kurz gehaltene Patientenverfügungen (auch Notare haben solche Texte in sehr vielen Fällen beurkundet). Für diese gilt in der Regel: Fallsituationen, in denen der medizinische Zustand einerseits stabil ist, andererseits aber auch keine Heilung oder Wiederherstellung der Gesundheit erwartet werden kann, werden nur indirekt oder gar nicht angesprochen. Auch wird die in der Praxis ganz häufig auftretende Frage, ob eine künstliche Ernährung in solchen Fällen eingeleitet oder später abgebrochen werden soll, nicht ausdrücklich erwähnt.

Unabhängig von der oben angesprochenen Frage, ob man Patientenverfügungen in regelmäßigen Abständen „aktualisieren“ bzw. „bestätigen“ sollte, muss daher festgehalten werden: Die vor 10 oder mehr Jahren errichteten Patientenverfügungen der „ersten Generation“ erreichen meist keinen Bestimmungsgrad, der sie zu „qualifizierten“ macht. Notare sind gut beraten, Mandanten darauf hinzuweisen. Kein Notar ist jedoch verpflichtet, die alten Urschriften durchzuschauen und die Beteiligten anzuschreiben.

16. Einzelfragen

a) Übermittlungsgebühren (Vollzugsgebühren)

Die Übermittlung von Daten von Vorsorgevollmachten, die der Notar beurkundet oder für die er den Entwurf gefertigt hat, an das Zentralregister der BNotK ist gebührenfrei. Früher ergab sich das ausdrücklich aus § 147 Abs. 4 Nr. 6 KostO. Heute folgt dies einerseits aus dem Fehlen eines einschlägigen Gebührentatbestands; es ergibt sich andererseits aber auch aus Vormerkung 2.1 Abs. 2 Nr. 1 bzw. Vorbemerkung 2.4.1 Abs. 4 KV.

Anders sieht es dagegen bei Vorsorgevollmachten aus, bei denen der Notar nur eine Unterschriftsbeglaubigung vorgenommen hat; übermittelt er den Antrag an das Register, so erhält er eine feste Vollzugsgebühr von 20,00 Euro nach Nr. 22124 KV.

Gesetzeszweck und Historie verbieten es dem Notar auch, Gebühren nach Nr. 22114 KV oder Nr. 22125 KV für die Erzeugung von XML-Daten zu erheben. Das gilt unabhängig

davon, dass man bei einer rein formalen Betrachtung zu einem anderen Ergebnis kommen könnte.

Die Registrierungsgebühr des Zentralen Vorsorgeregisters ist gem. Nr. 32015 KV (Sonstige Aufwendungen) in die Kostenberechnung als Durchlaufposten ohne Mehrwertsteuer aufzunehmen.

b) Wechselseitige Bevollmächtigungen

Erteilen sich mehrere Personen gegenseitig Vollmachten, z. B. die wechselseitige Bevollmächtigung von Ehegatten oder von Lebenspartnern, so liegt kein „Austauschvertrag“ vor. Es handelt sich um zwei getrennt voneinander zu bewertende Vollmachten und damit gemäß § 86 Abs. 2 GNotKG um verschiedene Beurkundungsgegenstände, selbst wenn das Ganze in einer Urkunde erfolgt. So gilt beispielsweise der Höchstgeschäftswert von 1.000.000,00 Euro gem. § 98 Abs. 4 GNotKG für jede Vollmacht getrennt. Die Werte sind im Übrigen gemäß § 35 Abs. 1 GNotKG zu addieren.

Allerdings hat die Zusammenbeurkundung den Vorteil, dass durch die Addition der Werte die Vollmachtgeber von der Degression der Tabelle profitieren. Gute praktische Gründe (so ergeben sich oft inhaltliche Unterschiede in den Vollmachten erst bei Beurkundung, z. B. beim Thema Organspende oder im Bereich der Patientenverfügung; in Widerrufsfällen können Unklarheiten über den Umfang auftreten) sprechen jedoch dafür, getrennte Urkunden zu erreichen. Die getrennte Beurkundung von zwei Vorsorgevollmachten bei Ehegatten ist also regelmäßig keine falsche Sachbehandlung.

Eine unrichtige Sachbehandlung stellt es dagegen i.d.R. dar, wenn der Notar zwei Vorsorgevollmachten beurkundet, in denen derselbe Vollmachtgeber seinen beiden Kindern jeweils identische Vollmachten mit Einzelvertretungsbefugnis erteilt.

Die getrennte Beurkundung von Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung kann gute und nachvollziehbare Gründe haben. Angesichts der neuen Mindestgebühr von 60,00 Euro hat sie jedoch vor allem bei Mandanten mit sehr kleinen Vermögen ganz erhebliche Auswirkungen auf die anfallenden Gebühren. Darauf sollte der Notar wenigstens ganz deutlich hinweisen und sich überlegen, ob er nicht besser auf die Möglichkeit der Erteilung von auszugsweisen Ausfertigungen zurückgreift.

c) Auswärtsgebühren

Hier ist die Sonderregelung von Nr. 26003 KV zu beachten. Geschäftswertunabhängig erhält der Notar bei der Beurkundung von Testamenten, Vorsorgevollmachten, Betreuungsverfügungen sowie Patientenverfügungen eine pauschale Zusatzgebühr von 50,00 Euro. Diese Gebühr entsteht nur einmal pro Verfügendem, also beim „Vorsorgepaket“ nicht mehrfach für den gleichen Beteiligten. Weiterhin fällt kein Tages- oder Abwesenheitsgeld an. Die Pauschalgebühr entsteht auch, wenn es nicht unmittelbar um ein Beurkundungsverfahren geht, also z.B. bei Unterschriftsbeglaubigungen und Beratungen.

Ausdrücklich heißt es, dass die Zusatzgebühr von 50,00 Euro für jeden Auftraggeber nur einmal anfällt. Das bedeutet aber nicht, dass sie auch bei mehreren Auftraggebern nur einmal anfällt. Sucht der Notar ein hoch betagtes Ehepaar, auf deren gemeinsamen Wunsch zu Hause auf, und beurkundet dort deren Vorsorgeverfügungen, so fallen insgesamt 100,00 Euro Auswärtsgebühr an.

d) Rückhalt der Ausfertigung – keine Übersendung der Ausfertigung an den Bevollmächtigten

Mit dem Rückbehalt der Ausfertigung wird dokumentiert, dass der Bevollmächtigte die Vollmacht zunächst nicht ausüben soll. Deshalb wird vertreten, dass Wertabschläge gegenüber dem vollen Aktivvermögen von 20% bis 50% angemessen sind.