

Vorwort

Die Rechtspraxis verlangt immer stärker nach Beratung, Regelung und Gestaltung von Vorsorgevollmachten, Betreuungs- und Patientenverfügungen. Umfangreiche Rechtsprechung sowie neue Vorgaben des Gesetzgebers vor allem im betreuungsrechtlichen Bereich bedingten die umfangreiche Überarbeitung des vorliegenden Werks seit der 5. Auflage. Das Buch orientiert sich an den Bedürfnissen des Praktikers, wobei Diskussionen zwischen Rechtsprechung und Wissenschaft nur dort eingeflochten wurden, wo sie für die Anwendung in der Rechtspraxis notwendig sind.

Die grundlegende Modernisierung des Betreuungsrechts, die seit 1.1.2023 in Gesetzesform gegossen wurde, führte zu der Notwendigkeit, die Darstellung des systematischen Ineinandergreifens der neuen Vorschriften aufzuzeigen. Mit der Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts soll die Selbstbestimmung von Menschen, die Unterstützung und Hilfe benötigen, gestärkt und in den Fokus gerückt werden. Dazu wurden nicht nur das Betreuungsrecht im BGB, sondern auch begleitende Vorschriften, wie z.B. im FamFG, neu gefasst, überarbeitet und ineinander verzahnt. Flankiert wird dieser Rechtsbereich durch das neue Betreuungsorganisationsgesetz mit der zugehörigen Betreuerregistrierungsverordnung. Die Reform umfasst auch das Vormundschaftsrecht, wobei die in der ehemaligen Verweisung des § 1908 i Abs. 1 S. 1 BGB a.F. genannten Bereiche nun in das Betreuungsrecht überführt wurden.

Eine Vielzahl obergerichtlicher Entscheidungen betrifft den Bereich der Vorsorgevollmacht und deren möglichen Missbrauch. Nicht selten behandeln Werke zu diesem Thema nur das „Außenverhältnis“, also die Vollmacht an sich (hinsichtlich Form, Inhalt etc.). Oft ausgeblendet ist das „Innenverhältnis“ zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem. Gerade hier entscheidet sich, ob ein Vollmachtsmissbrauch vor Gericht erfolgreich angegriffen werden kann oder nicht. Speziell hierauf richtet sich ein umfangreich überarbeitetes Kapitel in der Neuauflage unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung.

Eine Neuerung ergab sich auch durch die Neueinführung eines (befristeten) Ehegattenvertretungsrechts im gesundheitlichen Bereich. Der Praktiker findet in der vorliegenden Neuauflage hierzu ebenfalls hilfreiche Ausführungen.

Gestaltungsvorschläge und Formulierungshilfen sowie Praxistipps zu allen genannten Bereichen runden das Werk ab, so dass der Berater in jedem Stadium eines entsprechenden Mandats darauf zurückgreifen kann.

Unverändert sind Herausgeber und Autoren für konstruktive Anregungen und Verbesserungsvorschläge durch die Leser dankbar.

Obrigheim, Rottenburg, Böblingen, Frankfurt am Main im April 2023

Wolfgang Roth

Felix Dommermühl

Melanie Scharf

Isabelle C. Losch

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Literaturverzeichnis	XVII
§ 1 Vorsorgevollmachten	1
A. Betreuungsrechtsänderungsgesetze	1
B. Sinn und Zweck der Vorsorgevollmacht	4
I. Vollmachten für vermögensrechtliche Angelegenheiten – Postmortale und transmortale Vollmacht	4
II. Vorsorgevollmacht für persönliche Angelegenheiten	5
C. Wirksamkeitsvoraussetzungen der Vollmacht	6
I. Vollmachten für vermögensrechtliche Angelegenheiten	6
1. Gesetzliche Formvorschriften	6
2. Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers	11
3. Zeitpunkt des Wirksamwerdens	13
4. Dauer der Wirksamkeit	15
5. Rechtsscheinswirkung der Vollmachtsurkunde	16
6. Zweifel an der Wirksamkeit von Vorsorge- vollmachten	17
7. Widerruf	18
II. Vorsorgevollmacht für persönliche Angelegenheiten	18
1. Gesetzliche Formvorschriften	18
2. Wirksamkeit	18
3. Besonderheit: Vollmacht mit Entscheidungsbefugnissen für ärztliche Maßnahmen nach § 1829 BGB, Unter- bringung nach § 1831 BGB und ärztliche Zwangsmaß- nahmen nach § 1832 BGB	19
D. Inhaltliche Gestaltung der Vorsorgevollmacht	22
I. Auswahl des Bevollmächtigten	22
1. Auswahl des Bevollmächtigten unter dem Aspekt des Erforderlichkeitsgrundsatzes nach § 1814 Abs. 3 Nr. 1 BGB	22
a) Ungeeignete Personen	22
b) Gesetzlicher Ausschluss bestimmter Personen nach § 1814 Abs. 3 i.V.m. § 1816 Abs. 6 BGB	25
2. Auswahl des Bevollmächtigten unter dem Aspekt der Missbrauchsvermeidung	27
3. Der anwaltliche Vorsorgebevollmächtigte	28

II. Vollmachtstypen zur Regelung des Umfangs der Vertretungsmacht	28
1. General- und Spezialvollmacht	29
2. Doppelbevollmächtigung	29
3. Ersatzbevollmächtigung und Unterbevollmächtigung ..	31
4. Vollmacht mit wechselseitiger Einsetzung der Ehegatten	32
III. Befugnisse des Bevollmächtigten bei rechtsgeschäftlichen Angelegenheiten	33
1. Post- und transmortale Vollmacht	33
2. Sonderfall: Post- und transmortale Kontovollmacht	34
3. Vollmacht und Testamentsvollstreckung	37
4. Vollmacht und Nachlasspflegschaft	39
5. Vollmacht und Nachlassverwaltung bzw. Nachlassinsolvenz	40
6. Schenkungsvollzug zu Lasten des Nachlasses durch Vollmacht	41
7. Besonderheiten bei Vor- und Nacherbschaft	43
8. Vollmacht und amtliche Verwahrung von Testamenten	45
9. Vollmacht und Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testamentes	46
10. Vollmacht und Erbausschlagung	48
11. Besonderheiten im Erbscheinsverfahren	49
12. Vollmacht und Grundbuchverfahren	49
IV. Befugnisse des Bevollmächtigten bei persönlichen Angelegenheiten	56
1. Rechtliche Grundlagen	56
2. Entscheidungen über ärztliche Maßnahmen nach § 1829 BGB	57
3. Entscheidungen über die Unterbringung nach § 1831 Abs. 1 BGB	61
4. Entscheidungen über freiheitsentziehende oder -beschränkende Maßnahmen nach § 1831 Abs. 4 BGB	62
5. Entscheidungen über ärztliche Zwangsmaßnahmen nach § 1832 BGB	64
6. Aufenthalts- und Umgangsbestimmung	66
7. Sonstige Wünsche des Vollmachtgebers	67
E. Ehegattenvertretungsrecht	67
I. Allgemeines	67
II. Voraussetzungen	68
1. Persönliche Voraussetzung	68
2. Sachliche Voraussetzung (§ 1358 Abs. 1 BGB)	69

3.	Ausschluss der Vertretungsmacht (§ 1358 Abs. 3 BGB)	70
a)	Trennung (§ 1358 Abs. 3 Nr. 1 BGB)	70
b)	Widerspruch des zu vertretenden Ehegatten (§ 1358 Abs. 3 Nr. 2 lit. a BGB)	70
c)	Vertretung durch einen Bevollmächtigten (§ 1358 Abs. 3 Nr. 2 lit. b BGB)	72
d)	Vertretung durch einen Betreuer (§ 1358 Abs. 3 Nr. 3 BGB)	72
e)	Wegfall der Unfähigkeit (§ 1358 Abs. 3 Nr. 4. Alt. 1 BGB)	72
f)	Zeitablauf (§ 1358 Abs. 3 Nr. 4 Alt. 2 BGB)	72
4.	Nachweis und Verfahren (§ 1358 Abs. 4 BGB)	73
5.	Sonderproblem: Sprachbarriere	74
III.	Rechtsfolgen	75
1.	Entscheidungsbefugnis über Untersuchungen, Behandlungen und ärztliche Eingriffe (§ 1358 Abs. 1 Nr. 1 BGB)	75
2.	Ärztliche Aufklärungspflicht (§ 1358 Abs. 1 Nr. 1 BGB)	76
3.	Vertragsabschlüsse (§ 1358 Abs. 1 Nr. 2 BGB)	76
4.	Entscheidung über freiheitsentziehende Maßnahmen (§ 1358 Abs. 1 Nr. 3 BGB)	77
5.	Geltendmachung von Leistungsansprüchen (§ 1358 Abs. 1 Nr. 4 BGB)	78
6.	Schweigepflichtentbindung der Ärzte (§ 1358 Abs. 2 BGB)	78
IV.	Umsetzung (§ 1358 Abs. 6 BGB)	78
V.	Unberechtigte Vertretung	79
F.	Missbrauch von Vorsorgevollmachten	79
I.	Rechtliche Grundlagen	79
II.	Ausgestaltung des Innenverhältnisses	82
1.	Grundsätzliches zur Ausgestaltung des Innenverhältnisses	82
2.	Muster	84
3.	Praxisprobleme aus dem Innenverhältnis	90
a)	Rechtliche Qualifizierung des Innenverhältnisses ...	90
b)	Schenkungen des Bevollmächtigten	98
aa)	Grundprobleme bei Schenkungen des Bevollmächtigten nach § 181 BGB	98
bb)	Praxisfall zur Beweislastverteilung	99
(1)	Allgemeines zur Beweislastverteilung	100
(2)	Beweislastumkehr	100

(3) Die sekundäre Behauptungslast	101
(4) Falllösung	102
cc) Eigentumsvermutung des § 1006 Abs. 1 BGB ..	102
dd) Schenkungsvermutung nach §§ 685 Abs. 2, 1620 BGB	103
ee) Praxisfall Rückforderungsansprüche des Vollmachtgebers	103
III. Widerruf der Vollmacht	105
1. Rechtliche Grundlagen	105
2. Praxisfall Widerruf postmortaler Vollmachten	107
3. Widerruf und Rechtsscheinwirkung der Vollmacht nach § 172 BGB	108
IV. Vollmachtsüberwachungs- oder Kontrollbetreuung nach § 1820 Abs. 3 BGB	108
V. Rechtsgeschäftliche Beschränkung	112
VI. Kontrollbevollmächtigung	113
1. Grundsätzliches	113
2. Muster	114
G. Grenzen der Vollmachten	118
I. Grundsätzliches	118
II. Vollmachtswiderruf im vermögensrechtlichen Bereich	119
III. Grenzen von Vollmachten im persönlichen Bereich	120
H. Haftung des Bevollmächtigten und des Vollmachtgebers	120
I. Gestaltungsformen	122
I. Gestaltungsgrundsätze	122
II. Muster	123
§ 2 Patientenverfügung	145
A. Sinn und Zweck einer Patientenverfügung	145
B. Voraussetzungen der Patientenverfügung, Form und Aufbe- wahrung	146
I. Schriftform	146
II. Einwilligungsfähigkeit und Volljährigkeit	147
III. Aufbewahrung der Patientenverfügung	147
C. Wirkung der Patientenverfügung	148
I. Verbindlichkeit, § 1827 Abs. 1 S. 2 BGB	148
1. Bestimmtheit des Eingriffs	148
2. Bei Abfassung der Patientenverfügung nicht unmittel- bar bevorstehender Eingriff	149
3. Zutreffen der Verfügungen auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation	149

4. Regelmäßige Erneuerung?	150
II. Berücksichtigung nach § 1827 Abs. 2 BGB	150
III. Patientenverfügung und Behandlungsvertrag	151
D. Widerruf der Patientenverfügung	151
E. Der Entscheidungsprozess über medizinische Maßnahmen	151
I. § 1828 BGB	151
II. Maßnahmen nach §§ 1829, 1831 und 1832 BGB	152
F. Verfahrenspflegschaft und Verfahrensbevollmächtigung	154
G. Inhalt der Patientenverfügung	154
I. Grundsätze	154
II. Patientenverfügung und Behandlungsabbruch	155
1. Verlangen nach aktiver Sterbehilfe	155
2. Hilfe im Sterben durch Schmerztherapie ohne lebensverkürzendes Risiko	156
3. Indirekte Sterbehilfe – Schmerztherapie mit ggf. lebensverkürzender Auswirkung	156
4. Passive Sterbehilfe durch Verzicht auf lebensverlängernde Maßnahmen	156
5. Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 26.2.2020 ...	157
6. Muster	157
a) Patientenverfügung mit Wunsch nach Behandlungsabbruch, Bereitschaft zur Organspende	157
b) Patientenverfügung mit Wunsch nach Maximalbehandlung, keine Bereitschaft zur Organspende	160
c) Verfahrensbevollmächtigung nach § 276 Abs. 5 FamFG	162
H. Patientenverfügung in Kombination mit Betreuungsverfügung oder Vorsorgevollmacht	163
§ 3 Das Verfahren im Betreuungsrecht	165
A. Einleitung	165
I. Zweck der Betreuung	165
II. Geschäftsfähigkeit und Betreuung	166
B. Voraussetzungen der Betreuung (§ 1814 Abs. 1, Abs. 4 S. 1 BGB)	167
I. Minderjährige Betroffene	167
II. Volljährige Betroffene	168
1. Unfähigkeit zur Geschäftsbesorgung	168
2. Kausalität: Krankheit – Unfähigkeit zur Geschäftsbesorgung	169

a) Suchterkrankungen	169
b) Rehabilitationsmaßnahmen	169
3. Körperbehinderte	170
4. Spezielle Verfahrensfragen zur Betreuungsanordnung ..	170
a) Einholung ärztlicher Zeugnisse	170
b) Einholung von Sachverständigengutachten	171
aa) Inhalt von Sachverständigengutachten	171
bb) Zweitgutachten	172
cc) Mitwirkungspflichten des Betroffenen	173
dd) Einsichtsrechte in Gutachten	174
5. Betreuung im Drittinteresse?	175
6. Kausalität: Krankheit – Hilfsbedürftigkeit	176
7. Der Erforderlichkeitsgrundsatz der §§ 1814 Abs. 3 S. 1, 1815 Abs. 1 S. 3 BGB	176
8. Dauer der Betreuung	177
C. Sonderfälle der Betreuungsarten	178
I. Die Kontrollbetreuung	178
1. Aufsicht des Betreuungsgerichts	178
2. Besondere Kontrollrechte	181
a) Auskunftsrechte nach § 666 BGB	181
b) Herausgabe von Belegen nach § 667 BGB	182
3. Widerrufsrecht hinsichtlich der erteilten Vollmacht	182
II. Die Ergänzungsbetreuung gemäß § 1817 Abs. 5 BGB	183
III. Die Gegenbetreuung gemäß §§ 1792, 1799 BGB a.F.	184
D. Der Betreuer	184
I. Personenkreis	184
1. Betreuungsvereine und Betreuungsbehörden	184
2. Natürliche Personen	185
3. Berufsbetreuer	185
II. Anhörungsrechte vor Betreuerbestellung	185
1. Anhörungsrechte des Betroffenen	185
a) Gesetzlich geregelte Fälle	186
b) Verfahrenspfleger	187
2. Anhörungsrechte naher Verwandter	188
III. Geeignetheit des Betreuers	189
1. Qualifikationen	189
2. Tatsächliche – rechtliche Betreuung	189
IV. Bestellungsverfahren	191
1. Verpflichtung durch das Betreuungsgericht	191
2. Einführungsgespräch	191
3. Bestallungsurkunde	192

E. Die wichtigsten Aufgabenkreise des Betreuers	192
I. Allgemeines	192
II. Erste Handlungen des Betreuers	193
III. Die Vermögenssorge	193
1. Unverzüglich vorzunehmende Handlungen	193
2. Vermögenssicherung	194
a) Bankvollmachten, Sperrvermerke, Sammelkonten ..	194
b) Wünsche des Betroffenen	195
c) Vermögensverzeichnis	197
aa) Stichtag	197
bb) Hinzuziehung Dritter	198
cc) Vermögenlose Betroffene	198
dd) Befreite Betreuung im Vermögensbereich	198
IV. Aufgabenkreis Personensorge	199
1. Wünsche des Betroffenen	199
2. Nicht umfasste Bereiche	199
a) Aufgabe der Mietwohnung des Betroffenen	199
b) Wohnraumkündigung	200
c) Verzicht auf nicht mehr nutzbares Wohnungs-	
recht	200
d) Zutrittsbefugnisse des Betreuers	202
F. Verhaltensanforderungen an den Betreuer	203
I. Kontakt zum Betroffenen und Dritten	203
II. Versicherungsschutz	205
III. Schenkungen/Zuwendungen	205
1. Schenkungen durch den Betreuer	205
a) Schenkungsverbot vs. Genehmigungsvorbehalt nach	
§ 1854 Nr. 8 BGB	205
b) Ausnahmen des § 1854 Nr. 8 BGB	207
2. Schenkungen durch den Betroffenen	207
a) Geschäftsunfähigkeit des Betroffenen	207
b) Geschäftsfähigkeit des Betroffenen	207
c) Gesetzliche Verbote	208
aa) § 138 BGB	208
bb) § 14 Abs. 1 HeimG	209
3. Besondere Berufsgruppen	211
G. Ende der Betreuung	211
I. Tod des Betroffenen	211
1. Letzte Maßnahmen des Betreuers	212
2. Unaufschiebbare Geschäfte	212
3. Bestattung des Betroffenen	213
4. Nachlasspflegschaft	215

II. Tod des Betreuers	216
1. Betreuerloser Zeitraum	216
2. Handlungspflichten der Erben	216
III. Wegfall der Voraussetzungen	217
IV. Ende der Betreuung nach Antrag	217
H. Pflichtverletzungen des Betreuers und dessen Abberufung	217
I. Entlassung als ultima ratio	217
II. Einzelne Pflichtverletzungen	218
III. Abberufungsverfahren	219
I. Auskunft- und Rechenschaftspflichten nach Ende der Betreuung	219
I. Schlussrechnung und Rechnungslegung	219
II. Rechnungslegungsanspruch der Erben?	219
III. Auskunftsrechte Pflichtteilsberechtigter/Vermächtnis- nehmer	221
J. Vermeidungsstrategien einer fremdbestimmten Betreuung	221
I. Vorsorge-/Generalvollmacht	221
II. Betreuungsverfügung	222
III. Unterschiede Vorsorgevollmacht – Betreuungsverfügung ..	222
IV. Form und Inhalt einer Betreuungsverfügung	223
V. Auswahl des Betreuers	224
VI. Aufbewahrung	225
VII. Wünsche des Betroffenen in der Betreuungsverfügung	225
VIII. Bindungswirkung der Betreuungsverfügung	226
1. Selbstbindung des Betreuten	226
2. Bindung des Betreuungsgerichts	226
3. Bindung des Betreuers	227
K. Ausblick auf Rechtsentwicklungen im Betreuungsrecht	228
L. Formularteil	230
§ 4 Die Vergütung im Vorsorge- und Betreuungsrecht	235
A. Allgemeines	235
B. Gebühren bei der Gestaltung von Vorsorgeregelungen	235
I. Anwaltliche Gebühren	235
II. Notargebühren	237
C. Übernahme von Bevollmächtigungen	240
D. Vertretung in Betreuungsverfahren	241
E. Vergütungsansprüche des Betreuers	242
I. Allgemeines	242
II. Vergütungsansprüche des Berufsbetreuers	243

1. Registrierungsverfahren	244
2. Persönliche Eignung und Zuverlässigkeit	245
3. Sachkunde und Sachkundenachweis	245
4. Vergütungsbewilligung durch das Betreuungsgericht ...	245
5. Höhe der Vergütung	246
a) Monatliche Fallpauschalen nach § 8 VBVG	246
b) Gesonderte Monatspauschale von 30 EUR bei vermögenden Betreuten	251
c) Gesonderte Pauschalen bei Betreuerwechsel	251
6. Mittellose Betreute	251
7. Vermögende Betreute	252
8. Erlöschen des Vergütungsanspruchs	253
9. Abrechnungszeitraum für die Betreuervergütung	253
10. Übergangsregelungen	254
III. Ermessensvergütung des ehrenamtlichen (nicht berufsmäßigen) Betreuers	254
1. Ermessensvergütung	254
2. Auslagerstattung	255
a) Aufwandspauschale	255
b) Aufwendungsersatz	255
3. Mittellose Betreute	255
4. Vermögende Betreute	256
5. Verjährung der Ermessensvergütung des ehrenamtlichen Betreuers	257
§ 5 Registrierung	259
A. Einführung	259
B. Verfahren der Registrierung	259
C. Gebühren der Registrierung	260
D. Durchführung der Registrierung	261
E. Registrierung als institutionelle Stelle zur Übermittlung von Vorsorgeverfügungen	262
F. Besonderheiten bei Patientenverfügungen	262
G. Ablieferungs- und Vorlagepflicht	263
Stichwortverzeichnis	267

Literaturverzeichnis

- Baumgärtel/Laumen/Prütting* (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, 5. Auflage 2023
- Becker/Kingreen*, SGB V – Gesetzliche Krankenversicherung, Kommentar, 8. Auflage 2022
- Bengel/Reimann/Holtz/Röhl*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 8. Auflage 2023
- Bienwald/Sonnenfeld/Harm/Felix/Reb/Reinfarth*, Betreuungsrecht, Kommentar, 7. Auflage 2023
- Bormann/Diehn/Sommerfeldt*, GNotKG, Kommentar, 4. Auflage 2021
- Bumiller/Harders/Schwamb*, FamFG, Kommentar, 13. Auflage 2022
- Burandt/Rojahn*, Erbrecht, Kommentar, 4. Auflage 2022
- Damrau/Tanck* (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 4. Auflage 2020
- Damrau/Zimmermann*, Betreuungsrecht, Kommentar, 5. Auflage 2023
- Diehn*, Notarkostenberechnungen, 9. Auflage 2024
- Dodegge/Roth*, Systematischer Praxiskommentar Betreuungsrecht, 6. Auflage 2023
- Dörndorfer/Wendtland/Gerlach/Diehn* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Kostenrecht, 44. Edition (Stand: 1.1.2024)
- Frenz/Miermeister*, Bundesnotarordnung, Kommentar, 5. Auflage 2020
- Gerold/Schmidt*, Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, Kommentar, 26. Auflage 2023
- Grüneberg*, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 83. Auflage 2024
- Hahne/Schlögel/Schlünder* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar FamFG, 49. Edition (Stand: 1.2.2024)
- Hau/Poseck* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, 68. Edition (Stand: 1.11.2023)
- Heckschen/Herrler/Münch* (Hrsg.), Beck'sches Notar-Handbuch, 8. Auflage 2024
- Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger* (Hrsg.), jurisPraxisKommentar BGB, 10. Auflage
- Horn* (Hrsg.), Anwaltformulare Vorsorgevollmachten, 2. Auflage 2022
- Jürgens*, Betreuungsrecht, Kommentar, 7. Auflage 2023
- Jurgeleit* (Hrsg.), Betreuungsrecht, Kommentar, 5. Auflage 2023

- Kerscher/Krug/Spanke* (Hrsg.), Das erbrechtliche Mandat, 6. Auflage 2019
- Korintenberg*, Gerichts- und Notarkostengesetz, Kommentar, 22. Auflage 2022
- Kroiß/Horn* (Hrsg.), NomosKommentar BGB, Band 5: Erbrecht, 6. Auflage 2022
- Kroiß/Horn/Solomon* (Hrsg.), Nachfolgerecht – Erbrechtliche Spezialgesetze, Kommentar, 3. Auflage 2023
- Kurze* (Hrsg.), Vorsorgerecht, Kommentar, 2. Auflage 2023
- Kurze*, Die Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts, 2022
- Langenbacher/Bliesener/Spindler*, Bankrechts-Kommentar, 3. Auflage 2020
- Laufs/Kern/Rehborn*, Handbuch des Arztrechts, 5. Auflage 2019
- Limmer/Hertel/Frenz* (Hrsg.), Würzburger Notarhandbuch, 6. Auflage 2021
- Lipp*, Handbuch der Vorsorgeverfügungen, 2009
- Mayer/Kroiß* (Hrsg.), NomosKommentar Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, 8. Auflage 2021
- Müller-Engels/Braun*, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 6. Auflage 2022
- Münch*, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 4. Auflage 2023
- Münchener Kommentar zum BGB*, 9. Auflage 2021–2024
- Münchener Kommentar zum FamFG*, 3. Auflage 2018, 2019
- Münchener Vertragshandbuch*, Band 6: Bürgerliches Recht II, 8. Auflage 2020
- Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 6. Auflage 2020
- Roth*, Erben und Vererben bei rechtlicher Betreuung, 2. Auflage 2022
- Sarres*, Erbrechtliche Auskunftsansprüche, 3. Auflage 2017
- Scherer* (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 6. Auflage 2024
- Schneider/Volpert/Fölsch* (Hrsg.), Gesamtes Kostenrecht, 3. Auflage 2021
- Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Auflage 2020
- Schulte-Bunert/Weinreich*, FamFG, Kommentar, 7. Auflage 2023
- Schulze/Dörner/Ebert u.a.*, NomosHandkommentar BGB, 12. Auflage 2024
- v. Seltmann* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar RVG, 62. Edition (Stand: 1.12.2023)
- Soergel*, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 14. Auflage
- Spickhoff*, Medizinrecht, Kommentar, 4. Auflage 2022

-
- Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung
2017 ff.
- Sternal*, FamFG, Kommentar, 21. Auflage 2023
- Toussaint*, Kostenrecht, Kommentar, 53. Auflage 2023
- Trimborn v. Landenberg*, Die Vollmacht vor und nach dem Erbfall, 4. Auflage
2023
- Venzlaff/Förster/Dreßing/Habermeyer*, Psychiatrische Begutachtung, 7. Auflage
2020
- Zimmermann*, Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung,
Ehegattennotvertretungsrecht, 4. Auflage 2023
- Zöller*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 35. Auflage 2024

S 1 Vorsorgevollmachten

A. Betreuungsrechtsänderungsgesetze

Die für die kautelarjuristische Praxis bedeutende Vorschrift des § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB a.F. (nunmehr § 1814 Abs. 3 Nr. 1 BGB) ist mit Inkrafttreten des Betreuungsgesetzes am 1.1.1992 erstmals in den Blickpunkt geraten: 1

§ 1896 Abs. 2 S. 2 BGB a.F. ermöglichte für den zukünftigen Fall eigener Geschäftsunfähigkeit oder auch bloßer Hilfsbedürftigkeit, eine dritte Person auf rechtsgeschäftlicher Grundlage zur Wahrnehmung der eigenen Angelegenheiten zu bevollmächtigen. Dieses Vollmachtsinstitut wird als **Vorsorgevollmacht** bezeichnet. Durch eine solche Vollmacht wird das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen gestärkt; die Bestellung eines Betreuers, eines Verhinderungsbetreuers gemäß § 1817 Abs. 4 BGB (§ 1899 Abs. 4 BGB a.F.) oder auch eines Kontrollbetreuers gemäß §§ 1815 Abs. 3, 1820 Abs. 3 BGB (§ 1896 Abs. 3 BGB a.F.) kann verhindert werden.

Das Betreuungsgesetz ermöglicht dem Betreuten somit die Erhaltung seiner Privatautonomie und gibt ihm ein Instrument zur Regelung seiner Wünsche vorrangig vor einem staatlichen Eingreifen durch eine Betreuerbestellung.

Die aktuellste Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts¹ trat am 1.1.2023 in Kraft. Sie setzte die Vorgaben des Art. 12 der UN-Behindertenrechtskonvention um; die betreuungsrechtlichen Vorschriften wurden klarer geregelt. 2

Es sollen der Vorrang sozialrechtlicher Hilfen vor rechtlicher Betreuung, die Qualität der Betreuung sowie die Auswahl und Kontrolle von Betreuern, das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen („Unterstützen vor Vertreten“) und die Finanzierung der unverzichtbaren Arbeit der Betreuungsvereine in Zusammenarbeit mit den Ländern gestärkt werden (Zeilen 6257–6266 des Koalitionsvertrags).² Folglich sollen der Gedanke des Selbstbestimmungsrechts sowie die Wünsche des zu Betreuenden in den Vordergrund rücken.

Auch mit dieser Reform hat der Gesetzgeber leider von einer Legaldefinition des Begriffs der **Vorsorgevollmacht** abgesehen. Der Gesetzgeber führt dazu aus, dass es sich um eine Vollmacht gemäß §§ 164 ff. BGB handelt, der in der Regel ein Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsverhältnis zugrunde liegt. Diese soll die Vertretung des Vollmachtgebers im Falle der Aufhebung der rechtlichen Handlungsfähigkeit ermöglichen und somit die Bestellung eines Betreuers vermeiden;

1 Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts v. 4.5.2021, BGBl I 2021, 882.

2 Gesetzentwurf, BT-Drucks 19/24445, 245, Vorwort.

die Betreuung soll subsidiär sein. Der Vollmachtzweck – die Vorsorge – gehört zum Innenverhältnis.³

- 3 Zuvor gab es bereits verschiedene Reformen. Hintergrund war, dass es vor der ersten rechtlichen Regelung Streitig war, ob eine Vorsorgevollmacht auch für den Bereich der persönlichen Angelegenheiten und Gesundheitsangelegenheiten rechtliche Wirkung entfaltet. Durch das am 1.1.1999 in Kraft getretene Betreuungsrechtsänderungsgesetz wurden die §§ 1904, 1906 BGB a.F. geschaffen, welche diese Frage zugunsten der Vorsorgevollmacht dahingehend bejahten, dass diese auch für den Bereich der persönlichen Angelegenheiten und Gesundheitsangelegenheiten rechtliche Wirkung entfaltet (vgl. nunmehr §§ 1829, 1831 BGB).⁴

Das Zweite Betreuungsrechtsänderungsgesetz trat am 1.7.2005 in Kraft mit dem Ziel, die Haushalte der Länder zu entlasten. Umgesetzt wurde dies durch das **Vormünder- und Betreuervergütungsgesetz** (VBVG). Vergütet wird nun nicht mehr nach dem tatsächlich geleisteten Zeitaufwand bzw. den tatsächlich angefallenen Auslagen, sondern pauschaliert. Die Regelungen zur **Vergütung** finden sich seit Inkrafttreten der aktuellen Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts in den §§ 1875–1881 BGB sowie im VBVG in seiner neuen Fassung.

- 4 Das Instrument der **Patientenverfügung** war bis ins Jahr 2009 nicht gesetzlich geregelt, so dass große Unsicherheiten in Bezug auf deren Geltung und Bindungswirkung bestanden. Mit dem Ziel, für alle Beteiligten – also für den Betroffenen, für den Betreuer bzw. Bevollmächtigten sowie für Ärzte und das Pflegepersonal – mehr Rechtssicherheit zu schaffen, beschloss der Bundestag am 18.6.2009 das Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts (3. BtÄndG).⁵ Das Gesetz trat zum 1.9.2009 in Kraft und sieht im Wesentlichen folgende Regelungen vor:
- Die Patientenverfügung wurde in den §§ 1901a, 1901b und 1904 BGB a.F. (nunmehr §§ 1827, 1828 BGB) gesetzlich verankert, mit einem Verweis in § 630d BGB.
 - Zu ihrer Wirksamkeit bedarf die Patientenverfügung der Schriftform; sonstige Formerfordernisse wie die vorherige ärztliche Aufklärung oder eine regelmäßige Geltungsbestätigung sind nicht vorgesehen.
 - Die Patientenverfügung ist verbindlich und der darin festgelegte Wille des Betroffenen unabhängig von Art und Stadium der Erkrankung zu beachten.
 - Die Aufgaben von Betreuern und Bevollmächtigten beim Umgang mit Patientenverfügungen und bei der Feststellung des Patientenwillens wurden geregelt.
 - Bei schwerwiegenden Entscheidungen über die Einwilligung, Nichteinwilligung oder den Widerruf einer Einwilligung ist eine Genehmigung des Betreuungsgerichts erforderlich, wenn zwischen Betreuer bzw. Bevollmächtigtem

3 BT-Drucks 19/24445, 245.

4 Vgl. hierzu Müller, DNotZ 1999, 107.

5 BGBl I 2009, 2286; BT-Drucks 16/8442, auf Basis der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses v. 8.6.2009, BT-Drucks 16/13314.

und behandelndem Arzt Zweifel über den festgelegten Willen des Betroffenen bestehen; bei einer einvernehmlichen Auslegung des Patientenwillens ist diese maßgeblich.

Parallel zum Dritten Betreuungsrechtsänderungsgesetz trat am 1.9.2009 das **Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG)** in Kraft⁶ und löste das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG) ab. Für Betreuungs- und Unterbringungsangelegenheiten ist seitdem das **Betreuungsgericht** zuständig. Das Verfahren in Betreuungs- und Unterbringungs-sachen ist in den §§ 271–341 FamFG geregelt. 5

Zum 26.2.2013 trat das Gesetz zur Regelung der betreuungsrechtlichen Einwilligung in eine **ärztliche Zwangsmaßnahme** in Kraft.⁷ Dieses regelt, unter welchen Voraussetzungen eine Person auch gegen ihren natürlichen Willen ärztlich behandelt werden darf. § 1906 Abs. 3 und 3a BGB a.F. wurden neu gefasst bzw. neu eingefügt. Grundlage der Gesetzesänderung waren zwei Beschlüsse des BGH, nach denen es an einer den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden gesetzlichen Grundlage für eine betreuungsrechtliche Zwangsbehandlung gefehlt habe.⁸ 6

Zum 22.7.2017 wurden die neu eingefügten bzw. neu gefassten Absätze 3 und 3a aus der Regelung der freiheitsentziehenden Unterbringung in § 1906 BGB a.F. herausgetrennt und ärztliche Zwangsmaßnahmen nun in einer eigenständigen Vorschrift, dem neu eingeführten § 1906a BGB a.F., geregelt.⁹ Die Voraussetzungen, unter denen eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder ein ärztlicher Eingriff gegen den natürlichen Willen des Betroffenen durchgeführt werden dürfen, wurden erweitert normiert und verschärft und zugleich das Selbstbestimmungsrecht der Betreuten gestärkt (siehe hierzu Rdn 184 ff.). Grundlage war ein Beschluss des BVerfG aus dem Jahr 2016, wonach die Beschränkung des Schutzes der gesetzlichen Regelung des § 1906 Abs. 3 BGB a.F. auf untergebrachte Betreute verfassungswidrig war: Danach war es mit der Schutzpflicht des Staates unvereinbar, dass eine ärztliche Behandlung einwilligungsunfähiger Betreuter, denen schwerwiegende gesundheitliche Beeinträchtigungen drohten, gegen ihren natürlichen Willen unter keinen Umständen möglich war, sofern sie zwar stationär behandelt wurden, aber nicht geschlossen 7

6 Gesetz v. 17.12.2008, BGBl I 2008, 2586.

7 Gesetz v. 18.2.2013, BGBl I 2013, 266.

8 BGH, Beschl. v. 20.6.2012 – XII ZB 99/12 und XII ZB 130/12, unter Verweis auf die Rspr. des BVerfG zur Zwangsbehandlung von im Maßregelvollzug Untergebrachten; vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09, NJW 2011, 2113; BVerfG, Beschl. v. 12.10.2011 – 2 BvR 633/11, NJW 2011, 3571.

9 Gesetz zur Änderung der materiellen Zulässigkeitsvoraussetzungen von ärztlichen Zwangsmaßnahmen und zur Stärkung des Selbstbestimmungsrechts von Betreuten v. 17.7.2017, BGBl I 2017, 2426.

untergebracht werden konnten, weil sie sich der Behandlung räumlich nicht entziehen wollten oder hierzu körperlich nicht in der Lage waren.¹⁰

Seit Inkrafttreten der Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts zum 1.1.2023 ist die Genehmigung des Betreuungsgerichts bei ärztlichen Zwangsmaßnahmen in **§ 1832 Abs. 2 BGB** geregelt.

- 8 Mit der Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts wurde zum 1.1.2023 das **Ehegattenvertretungsrecht** geschaffen, welches in **§ 1358 BGB** normiert ist. Dieses Vertretungsrecht ist jedoch nicht umfassend und zeitlich beschränkt. Eine bestehende Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung gehen dem Ehegattenvertretungsrecht stets vor (vgl. Rdn 193 ff.).

B. Sinn und Zweck der Vorsorgevollmacht

- 9 Die Vorsorgevollmacht berechtigt den Vorsorgebevollmächtigten zur rechtlichen Vertretung des Vollmachtgebers, verpflichtet diesen jedoch nicht zur persönlichen Betreuung. Etwas anderes gilt nur, wenn dies ausdrücklich geregelt wurde. Der Bevollmächtigte hat lediglich, vergleichbar einem Betreuer, die notwendigen tatsächlichen Hilfen zu besorgen, nicht selbst zu leisten.¹¹

I. Vollmachten für vermögensrechtliche Angelegenheiten – Postmortale und transmortale Vollmacht

- 10 Originär dienen Vorsorgevollmachten der lebzeitigen Absicherung der eigenen, auch vorübergehenden, Handlungsunfähigkeit.¹² Sinnvoll kann eine Erweiterung auch auf eine trans- und postmortale Wirkung sein, da mit der Testamentserrichtung im Weiteren nur selten alle erforderlichen Vorsorgemaßnahmen für den Todesfall getroffen sind. Die Überlastung der Gerichte und Streitigkeiten unter den Erben führen nicht selten dazu, dass über den Nachlass bis zu einem halben Jahr oder länger nach dem Erbfall nicht verfügt werden kann. Wengleich auch die Möglichkeit besteht, per letztwillige Verfügung auch einen Testamentsvollstrecker einzusetzen, besteht dennoch ein Vakuum bis zur Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses. Die trans- oder postmortale Vollmacht kann zum einen dieses Vakuum nach dem Todesfall schließen und sodann jedoch auch weiterhin selbstständig neben der Testamentsvollstreckung stehen und dem Voll-

10 BVerfG, Beschl. v. 26.7.2016 – 1 BvL 8/15, NJW 2017, 53.

11 BGH, Beschl. v. 16.11.2022 – XII ZB 212/22, BtPrax 2023, 59, 60 = DNotZ 2023, 365, 367.

12 Vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 17.9.2002 – 15 W 338/02, FamRZ 2003, 324.

machtnehmer eigenständige Befugnisse neben dem Testamentsvollstrecker verleihen.¹³ Sie kann die Testamentsvollstreckung ergänzen.¹⁴

Die Problemlösung liegt in der Erteilung entweder einer **postmortalen Vollmacht**, d.h. einer Vollmacht, die erst mit dem Tod wirksam wird, oder der Erweiterung des Wirkungsbereiches einer Vorsorgevollmacht mittels einer **transmortalen Vollmacht** über den Tod hinaus.¹⁵ So kann der Bevollmächtigte sofort mit Eintritt des Erbfalles handeln. Dies sichert die kontinuierliche Vermögensverwaltung bis zu der Erteilung des Erbscheins oder der Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses. Dadurch wird gewährleistet, dass Verbindlichkeiten im Zusammenhang mit der Beerdigung vom Nachlass beglichen werden können und auch die Verwaltung von Wertpapierdepots und anderen Vermögensteilen des Erblassers effektiv weiterbetrieben werden kann.

11

II. Vorsorgevollmacht für persönliche Angelegenheiten

Ist der Einzelne aufgrund einer psychischen Krankheit oder Behinderung oder aufgrund von Altersverwirrtheit nicht mehr in der Lage, über seine persönlichen Angelegenheiten zu entscheiden, wird ihm hierfür als gesetzlicher Vertreter ein Betreuer bestellt. Wurde vorab keine Vorsorgevollmacht verfasst, ggf. in Verbindung mit einer Patienten- und einer Betreuungsverfügung, besteht somit die Gefahr, dass zukünftig Behörden, Gerichte und Berufsbetreuer oder nicht gewünschte ehrenamtliche Betreuer anstelle eines persönlichen Vertrauten über die Lebensgestaltung des Betroffenen entscheiden.

12

Demgegenüber ermöglicht die Vorsorgevollmacht dem Einzelnen ein Stück Privatautonomie, indem durch die Bestimmung einer Vertrauensperson als Bevollmächtigter im Vorfeld einer etwaigen Betreuungsbedürftigkeit alle erforderlichen Angelegenheiten geregelt werden können.

Zudem kommt es durch das Instrument der Vorsorgevollmacht zu einer Entlastung der Betreuungsgerichte, da die Zahl der erforderlich werdenden Betreuerbestellungen eingeschränkt wird. Dies gilt allerdings nur partiell, da der Gesetzgeber nach §§ 1829 Abs. 5 und 1831 Abs. 5 BGB das Erfordernis einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung für die hier geregelten Maßnahmen auch für den Bevollmächtigten eingeführt hat.

13

13 BGH, Beschl. v. 14.9.2022 – IV ZB 34/21, ErbR 2023, 38, 39.

14 Werner, ErbR 2023, 13, 14 (zur Reichweite sowie zur gegenseitigen Einschränkung der Rechte vgl. S. 16).

15 Ausführlich zu der Vollmacht nach dem Erbfall: Kurze, ZErB 2008, 399; Schwander, RNotZ 2019, 57.

C. Wirksamkeitsvoraussetzungen der Vollmacht

I. Vollmachten für vermögensrechtliche Angelegenheiten

1. Gesetzliche Formvorschriften

- 14 Die Vollmacht kann **grundsätzlich formfrei** erteilt werden, §§ 167, 168 BGB. Bei Geschäften des täglichen Lebens ist die Erteilung einer schriftlichen Vollmacht auch entbehrlich, da der Bevollmächtigte in aller Regel nach außen hin in eigenem Namen auftritt.

Dennoch wird eine **notarielle Beurkundung** der Vorsorgevollmacht oft vorzuzugs-würdig sein.¹⁶ Als Argument ist der höhere Beweiswert anzuführen, da der im engeren Sinne des Wortes beurkundete Vollmachtstext Dritten signalisiert, dass es sich hier um eine Erklärung handelt, die in einem mehrstufigen Verfahren nach Beratung und Erörterung zustande gekommen ist.¹⁷ Demgegenüber ist bei nur **unterschriftsbeglaubigten** Texten oft nur schwer erkennbar, ob sie von einem Notar oder sonstigen Rechtsberater nach einem vorherigen Gespräch gefertigt oder vom Betreffenden irgendwo abgeschrieben wurden.¹⁸

Solche Bedenken können durch Ergänzung des folgenden Hinweises ausgeräumt werden, wobei dieser Zusatz keine Garantie ist, dass der Text vom Vollmachtgeber nach Übersendung in Gänze übernommen und nicht abgeändert worden ist: „*Nach ausführlicher und eingehender Beratung durch Rechtsanwältin/Rechtsanwalt ... erteile ich folgende anwaltlich ausgearbeitete und formulierte Vorsorgevollmacht: ...*“

Ausschlaggebend wird für den Vorzug der notariellen Beurkundung auch sein, dass zum einen gemäß § 11 BeurkG sich der Notar von der Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers zu überzeugen hat und diese entsprechend prüft und zum anderen gemäß § 17 BeurkG der Notar verpflichtet ist, den Willen des Vollmachtgebers zu erforschen, dessen Erklärung klar und unzweideutig in die Urkunde aufzunehmen und über die jeweilige rechtliche Tragweite zu belehren. Weiter ist von Vorteil, dass, wenn die Urkunde verlorengehen sollte, die Möglichkeit der Erteilung einer neuen Ausfertigung besteht, wenn dies vom Vollmachtgeber gewollt und entsprechend in der Urkunde aufgenommen wurde (vgl. § 51 Abs. 2 BeurkG).

16 Ausführlich zur Abwägung Beglaubigung oder Beurkundung: Kurze/Kurze, Vorsorge-recht, § 167 BGB Rn 61–68.

17 Müller-Engels/Braun/Renner/Braun, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, Rn 598 ff.

18 Müller-Engels/Braun/Renner/Braun, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, Rn 598 ff.

Die Vollmacht zum Abschluss eines nach § 311b Abs. 1 BGB formbedürftigen **Vertrags über Grundstücke** ist gemäß § 167 Abs. 2 BGB grundsätzlich formfrei, bedarf aber gegenüber dem Grundbuchamt der Form des § 29 GBO, also der öffentlichen Beurkundung oder Beglaubigung.¹⁹ Zu beachten ist aber, dass die Vollmacht für die Abwicklung von Grundstücksgeschäften dann formbedürftig nach § 311b Abs. 1 BGB ist, wenn sie unwiderruflich erteilt wurde,²⁰ da dies bereits eine bindende Verpflichtung zum Erwerb oder der Veräußerung eines Grundstücks darstellt. Gleiches gilt für eine widerrufliche Vollmacht dann, wenn sie eine rechtliche oder tatsächliche Bindung des Vollmachtgebers zu einem Grundstücksgeschäft begründet.²¹ 15

Ein Antrag auf Eintragung mittels einer im Außenverhältnis unbeschränkten und im Innenverhältnis beschränkten Vollmacht ist seitens des Grundbuchamtes lediglich abzulehnen, wenn das Grundbuchamt sichere Kenntnis vom Missbrauch der Vollmacht hat.²²

Bei **Bank- und Kontovollmachten** (siehe dazu Rdn 91 ff.) ist zu beachten, dass viele Banken nur Vollmachten, die unter Verwendung der bankeigenen Vollmachtenformulare erstellt werden, akzeptieren wollen. Dies sollte vorab vom Vollmachtgeber in Erfahrung gebracht werden, da zuweilen selbst öffentlich beurkundete Vollmachten von Banken zurückgewiesen werden, wenngleich sich mehr und mehr die Ansicht durchsetzt, dass eine notarielle Vorsorgevollmacht, die auch Bankgeschäfte umfasst, akzeptiert werden muss.²³ Bei einer bereits erstellten Vorsorgevollmacht kann es jedenfalls sinnvoll sein, sich diese auch von Banken bestätigen zu lassen. 16

Im Ergebnis sind aber die Bedenken der Banken hinsichtlich vieler Punkte bei notariell beurkundeten Vollmachten nicht schlüssig. Zum einen wurde bei der notariell beurkundeten Vollmacht die Identität des Vollmachtgebers geprüft, auch ist die Echtheit der Unterschrift gewährleistet sowie gemäß § 11 BeurkG die Geschäftsfähigkeit zumindest geprüft. Zum anderen besteht in diesen Fällen für

19 BGH, Beschl. v. 3.2.2016 – XII ZB 454/15 und XII ZB 307/15, NJW 2016, 1516; OLG Celle, Beschl. v. 16.8.2019 – 18 W 33/19, FGPrax 2020, 10. Bei einer bedingten Vollmacht hat sich der Nachweis in der Form des § 29 GBO auch auf den Eintritt der Bedingung zu erstrecken, vgl. OLG Schleswig, Beschl. v. 21.12.2009 – 2 W 178/09, NJW-RR 2010, 1316.

20 OLG Celle, Beschl. v. 16.8.2019 – 18 W 33/19, FGPrax 2020, 10; Grüneberg/*Grüneberg*, § 311b Rn 20.

21 Grüneberg/*Grüneberg*, § 311b Rn 21.

22 OLG Köln, Beschl. v. 18.5.2020 – 2 Wx 61/20, ErbR 2020, 674.

23 Vgl. DNotI-Report 2015, 65 ff. m.w.N.; *Tersteegen*, RNotZ 2014, 98; LG Detmold, Urte. v. 14.1.2015 – 10 S 110/14, ZEV 2015, 353; LG Hamburg, Beschl. v. 30.8.2017 – 301 T 280/17, FamRZ 2018, 773 = ErbR 2018, 354 m. Anm. *Zimmermann*: Hier wurden der Bank nach der ungerechtfertigten Zurückweisung einer Vorsorgevollmacht die Kosten des Betreuungsverfahrens auferlegt.

die Bank ein Gutgläubensschutz gemäß § 172 BGB, wenn der Bank bei Ausführung des Geschäfts die Vollmacht im Original vorlag.²⁴

Wurde vom Vollmachtgeber eine notariell beurkundete oder beglaubigte General- und Vorsorgevollmacht erteilt, welche den Wirkungsbereich „Vermögen“ umfasst, soll der Bevollmächtigte auch zur Verfügung über Bankkonten berechtigt sein, auch wenn zugleich keine spezielle Bankvollmacht erteilt worden ist. Die Einrichtung einer Betreuung ist dann entbehrlich. Wird durch die Bank trotz allem die Bestellung eines Betreuers veranlasst, da sie die erteilte General- und Vorsorgevollmacht ablehnt, so sind ihr, wenn die Vollmacht ordnungsgemäß errichtet worden ist, gemäß § 81 Abs. 4 FamFG die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.²⁵ Macht die Bank die Verfügung des Bevollmächtigten trotz vorliegender notariell beurkundeter General- und Vorsorgevollmacht von unberechtigten Bedingungen abhängig, so besteht die Möglichkeit einer Schadensersatzpflicht.²⁶

- 17 Neben der **Beglaubigung** einer Vorsorgevollmacht durch **Notare** nach § 40 BeurkG sieht § 7 BtOG (früher § 6 BtBG; das BtBG wurde zum 1.1.2023 vom BtOG abgelöst) die Möglichkeit einer Beglaubigung von Unterschriften und Handzeichen auf Vorsorgevollmachten durch die Urkundsperson bei der **Betreuungsbehörde** vor.²⁷ Problematisch ist jedoch, dass gemäß § 7 Abs. 1 S. 2 BtOG die transmortale Wirkung der Vollmacht dann wegfällt (vgl. Rdn 20).
- 18 In Baden-Württemberg ist auch der Ratschreiber zur öffentlichen Beglaubigung von Unterschriften und Abschriften befugt, vgl. § 35b Abs. 4 BWLFGG,²⁸ sowie in Hessen der Ortsgerichtsvorsteher nach § 13 HessOrtsGG und in Rheinland-Pfalz bestimmte kommunale Organe, vgl. §§ 1, 2 RhPfBeglG.²⁹

24 *Müller-Engels*, in: Limmer/Hertel/Frenz, Würzburger Notarhandbuch, Teil 3 Kap. 3 Rn 17.

25 AG Altötting, Beschl. v. 26.11.2020 – XVII 466/20, FamRZ 2021, 979. Die vollständige Entscheidung kann unter www.gesetze-bayern.de abgerufen werden; LG Hamburg, Beschl. v. 30.8.2017 – 301 T 280/17, FamRZ 2018, 773, 774 = ErbR 2018, 354, 356.

26 LG Detmold, Urt. v. 14.1.2015 – 10 S 110/14, FamRZ 2015, 1522; AG Brandenburg a. d. Havel, Beschl. v. 3.6.2021 – 85 XVII 79/21, FamRZ 2021, 1745, 1746 m.w.V. = ErbR 2022, 355.

27 Seit dem 1.9.2009 ist im Gesetzestext klargestellt, dass es sich hierbei um eine „öffentliche“ Beglaubigung handelt.

28 § 35a Abs. 4 BWLFGG regelt die Zuständigkeit. Die Form der Beglaubigung richtet sich nach § 40 BeurkG, vgl. OLG München NJW-RR 2010, 747.

29 Rechtsgrundlage ist § 68 BeurkG (bis zum 8.6.2017 § 63 BeurkG a.F.), wonach die Länder befugt sind, die Zuständigkeit für Beglaubigungen anderen Stellen zu übertragen.

Mit entsprechend wirksam beglaubigten Vollmachten können auch Eintragungen in das Grundbuch nach § 29 GBO³⁰ und in das Handelsregister nach § 12 HGB³¹ veranlasst werden. Soll die Vollmacht auch zu **Grundstücksgeschäften nach dem Tod des Vollmachtgebers** eingesetzt werden, ist allerdings Vorsicht geboten. Nach einem Urteil des OLG Köln³² genügt eine von der Betreuungsbehörde beglaubigte Vollmacht nicht den Anforderungen des § 29 GBO. Begründet wird dies damit, dass die Beglaubigungsbefugnis der Betreuungsbehörde allein der Vermeidung einer Betreuung diene und deshalb auf die Beglaubigung von Vorsorgevollmachten und Betreuungsverfügungen begrenzt sei. Nach dem Tod des Vollmachtgebers könne eine transmortal erteilte Vorsorgevollmacht als Nachlassvollmacht fortbestehen. Diesbezüglich fehle es jedoch an einer Beglaubigungsbefugnis der Betreuungsbehörde.

Problematisch ist die seit dem 1.1.2023 geltende Neuregelung in § 7 Abs. 1 S. 2 BtOG, wonach durch die Betreuungsbehörde beglaubigte Vollmachten entgegen dem Regelfall der §§ 168 S. 1, 672 S. 1 BGB keine transmortale Wirkung haben.³³ Bitte prüfen Sie auch nochmals die Aussage zu 168, 672, da die Fortwirkung sich daraus nicht als Regel, sondern nur im Zweifelsfall ergibt. Dies entspricht nicht der Rechtsprechung des BGH vom 12.11.2020, welche besagt, dass solche Vollmachten grundbuchtauglich und transmortal wirksam sind.³³

In § 34 BtOG wurde zwar aufgenommen, dass § 7 Abs. 1 S. 2 BtOG lediglich für Vollmachten gelten soll, welche durch die Betreuungsbehörde **seit dem 1.1.2023** öffentlich beglaubigt worden sind. Es besteht somit nicht die Gefahr, dass die **vor dem 1.1.2023** von einer Betreuungsbehörde beglaubigte Vollmacht eines Vollmachtgebers, der sodann geschäftsunfähig geworden ist, transmortal unwirksam wird und der Vollmachtgeber eine neue Vollmacht nicht mehr erteilen kann.

In der Praxis kann ein Rechtsberater nunmehr jedoch die Beglaubigung durch eine Betreuungsbehörde kaum anraten. Die Vollmacht besteht lediglich, wenn sie

30 OLG Celle, Beschl. v. 16.8.2019 – 18 W 33/19, FGPrax 2020, 10; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 14.9.2015 – 11 Wx 71/15, ErbR 2017, 45; OLG Naumburg, Beschl. v. 7.11.2013 – 12 Wx 45/13, NJOZ 2014, 1013; OLG Jena, Beschl. v. 6.6.2013 – 9 W 266/13, FamRZ 2014, 1139.

31 Sofern sich aus der Vollmacht keine Einschränkung ergibt, vgl. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 13.8.2013 – 11 Wx 64/13, ZEV 2014, 671. Eine post- oder transmortale Vollmacht berechtigt grds. nicht zur Anmeldung des Eintritts eines neuen Kommanditisten im Wege der Gesamtrechtsnachfolge zum Handelsregister, OLG München, Beschl. v. 31.3.2017 – 31 Wx 169/17, FGPrax 2018, 73 = WM 2018, 382.

32 OLG Köln, Beschl. v. 30.10.2019 – 2 Wx 327/19, FGPrax 2019, 255; a.A. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 14.9.2015 – 11 Wx 71/15, ErbR 2017, 45.

33 BGH, Beschl. v. 12.11.2020 – V ZB 148/19, FamRZ 2021, 789 = NJW 2021, 1766 = DNotZ 2021, 710 = ErbR 2021, 522 (vorinstanzliche aufgehobene Entscheidung: OLG Köln, Beschl. v. 12.11.2020 – 2 Wx 327/19, FamRZ 2020, 716 = DNotZ 2020, 680 = FGPrax 2019, 255).

über den Tod hinaus erteilt wurde, als privatschriftliche weiter, ist mithin im Grundbuchverfahren nicht mehr zu verwenden.³⁴ Es ist vielmehr zu empfehlen, dass eine Vollmacht, die **postmortal Grundstücksgeschäfte** umfassen soll, **notariell** beglaubigt wird.

- 21 Stets zu beachten sind bei Vollmachtserteilung zu gesellschaftsrechtlichem Handeln³⁵ die Formvorschriften der §§ 134 Abs. 3, 135 AktG, § 2 Abs. 2 GmbHG und § 12 HGB.³⁶
- 22 Letztlich ist auch aufgrund des Umfangs der Vollmacht jeweils zu prüfen, ob entweder eine öffentliche Beglaubigung oder Beurkundung angezeigt ist. Letztere ist wegen der verstärkten Akzeptanz einer notariell beurkundeten Vollmacht im Rechtsverkehr derzeit zu empfehlen. Weitere Vorteile sind hierbei auch die Feststellung der Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers (§ 11 Abs. 1 BeurkG), der zweifelsfreie Nachweis der Urheberschaft sowie, wenn dies geregelt wurde, die Möglichkeit des Herstellens von weiteren Ausfertigungen im Bedarfsfall (§ 51 Abs. 2 BeurkG).³⁷ Kommt es den Beteiligten hingegen in erster Linie auf den zweifelsfreien Nachweis der Urheberschaft des Vollmachtgebers an und der Möglichkeit, auch Grundstücksgeschäfte tätigen zu können, kann die notarielle Beglaubigung der Vollmacht ausreichen. Ansonsten ist der sicherste Weg die Beurkundung, bei der sich nach derzeitigem Stand keine Probleme die transmortale Wirkung der erteilten Vollmacht betreffend ergeben.
- 23 Für die notarielle Beglaubigung fällt eine 0,2-Gebühr an, die mindestens 20 EUR und höchstens 70 EUR zzgl. Umsatzsteuer beträgt, KV 25100, 32014 GNotKG. Die Beglaubigung durch die Betreuungsbehörde kostet pauschal 10 EUR, § 7 Abs. 4 BtOG.

Die Kosten der notariellen Beurkundung werden wertabhängig bemessen. Der Geschäftswert beträgt i.d.R. die Hälfte des Bruttovermögens des Vollmachtgebers, höchstens 1 Mio. EUR, vgl. § 98 Abs. 3, 4 i.V.m. § 38 S. 1 GNotKG. Aufgrund des Eventualcharakters der Vollmacht kann auch ein höherer Abschlag als 50 % möglich sein.³⁸ Nach KV 21200 GNotKG fällt eine 1,0-Gebühr aus dem

34 *Volmer*, FamRZ 2023, 820, 822.

35 Vgl. speziell zur Thematik von Vorsorgevollmachten bei Unternehmern: ausführlich *Horn/Hölscher*, Anwaltformulare Vorsorgevollmachten, § 2; *v. Proff*, DSr 2020, 1380; *Jocher*, notar 2014, 3; *Zecher*, ZErB 2009, 316; *Langenfeld*, ZEV 2005, 52; *Reymann*, ZEV 2005, 457.

36 Zur Vertretung im Rahmen der Anmeldung zum Handelsregister vgl. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 13.8.2013 – 11 Wx 64/13, ZEV 2014, 671 m.w.N. m. Anm. *Schaub*.

37 Beck'sches Notar-Handbuch/*Reetz*, § 27 Rn 216. Weitere Ausfertigungen können allerdings dann nicht erteilt werden, wenn dies laut Vollmachtstext nur auf schriftliche Anweisung des Vollmachtgebers erfolgen soll, dieser aber geschäftsunfähig geworden ist, vgl. LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 22.12.2011 – 12 T 7607/11, MittBayNot 2012, 317.

38 Vgl. *Vossius*, notar 2013, 383 f.

Geschäftswert an, mindestens 60 EUR zzgl. Umsatzsteuer. Wird das Grundverhältnis/Innenverhältnis unter Beteiligung des Bevollmächtigten mitbeurkundet, verdoppelt sich die Gebühr; nur wenn das Grundgeschäft einseitig bleibt, kommt es zu keiner Gebührenerhöhung. Bei Regelung des Innenverhältnisses zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem verdoppelt sich somit die Gebühr auf 2,0, KV 21100 GNotKG, mindestens 120 EUR zzgl. Umsatzsteuer. Wenn der Vollmachtgeber dies aus Kostengründen scheut, kann es angeraten sein, die Gestaltung insgesamt vom Rechtsanwalt vornehmen zu lassen und dann ggf. beglaubigen zu lassen.³⁹

Die Übermittlung des Antrags an das Vorsorgeregister ist gebührenfrei, Auslagen können allerdings durch den Notar verlangt werden, KV 32015 GNotKG.

Der Geschäftswert für die Beurkundung einer Patientenverfügung kann nach § 36 Abs. 3 GNotKG mit 5.000 EUR bewertet oder nach den Umständen des Einzelfalls nach billigem Ermessen bestimmt werden.

Die Errichtung einer Betreuungsverfügung und einer Patientenverfügung ist kostenrechtlich derselbe Beurkundungsgegenstand, § 109 Abs. 2 Nr. 1 GNotKG. Wird daneben noch eine Vorsorgevollmacht beurkundet, handelt es sich nach § 110 Nr. 3 GNotKG um verschiedene Beurkundungsgegenstände.

2. Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers

Der Vollmachtgeber muss im **Zeitpunkt der Abfassung** der Vollmacht geschäftsfähig sein.⁴⁰ Geschäftsfähigkeit erfordert die Einsichtsfähigkeit sowie die Fähigkeit, nach dieser Einsicht zu handeln (der Vollmachtgeber muss somit die grundsätzliche Bedeutung des Erklären verstanden haben und bewerten können);⁴¹ sie ist nicht mit einem freien Willen gleichzusetzen.⁴² Das Gericht hat gemäß § 26 FamFG von Amts wegen aufzuklären, ob der Vollmachtgeber bei Erteilung der Vollmacht geschäftsfähig war. Eine Vollmacht gilt so lange als wirksam erteilt, solange nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit festgestellt werden kann, dass der Betroffene zu diesem Zeitpunkt geschäftsunfähig war.⁴³

24

Zweifel an der Geschäftsfähigkeit des Erklärenden können vorliegen, wenn er bei Unterzeichnung der Vollmacht seinen Vornamen nicht richtig schreiben

39 Kurze/Kurze, Vorsorgerecht, § 167 BGB Rn 59.

40 Nach dem OLG München, Beschl. v. 5.6.2009 – 33 Wx 278/08, kann eine partielle, auf die Vollmachtserteilung beschränkte Geschäftsfähigkeit angenommen werden, wenn der Vollmachtgeber bewusst und in freier Willensentschließung eine Vertrauensperson bevollmächtigt, obwohl er im allg. Rechtsverkehr (wegen Demenz) nicht mehr umfassend geschäftsfähig ist, MittBayNot 2009, 382.

41 Grüneberg/Götz, § 1814 Rn 18.

42 BGH, Beschl. v. 15.6.2016 – XII ZB 581/15, NJW 2016, 2745.

43 BGH, Beschl. v. 29.7.2020 – XII ZB 106/20, NJW 2021, 63. m.w.V. = ErbR 2021, 83.

konnte. Bei Nichtkorrektur dieses Fehlers führt dies zu einem erheblichen Zweifel an der Geschäftsfähigkeit des Erklärenden, welcher dazu führt, dass man vom Grundsatz der Geschäftsfähigkeit nicht mehr ausgehen kann.⁴⁴

Allein aufgrund des Vorliegens der in § 1814 Abs. 1 BGB genannten Voraussetzungen für die Bestellung eines Betreuers kann nicht der Schluss geführt werden, dass hiermit eine Geschäftsunfähigkeit einhergeht. Diese ist gemäß § 104 Nr. 2 BGB nur dann gegeben, wenn eine dauerhafte krankhafte Störung der Geistestätigkeit vorliegt, die geeignet ist, die freie Willensbestimmung auszuschließen.⁴⁵

In problematischen Fällen wäre im Rahmen der Beratung darüber nachzudenken, ob der Vollmachtgeber auch ein neurologisches/psychiatrisches Attest vorlegt, auf das in der Urkunde Bezug genommen wird, welches die Geschäfts- und Testierfähigkeit bescheinigt.

- 25 Ein **späterer Wegfall** der Geschäftsfähigkeit ändert nichts an der Wirksamkeit der Vollmacht.⁴⁶
- 26 Das OLG München beschloss im Jahr 2009,⁴⁷ dass eine partielle, auf die Vollmachtserteilung beschränkte Geschäftsfähigkeit angenommen werden kann, wenn der Vollmachtgeber bewusst und in freier Willensentschließung eine Vertrauensperson bevollmächtigt, obwohl er im allgemeinen Rechtsverkehr aufgrund leichter kognitiver Defizite – im entschiedenen Fall wegen einer fortschreitenden Demenz – nicht mehr umfassend geschäftsfähig ist. Demnach sind bloße Zweifel an der Geschäftsfähigkeit zum Zeitpunkt der Vollmachtserteilung nicht ausreichend, um eine Betreuung anzuordnen; erst wenn die Vollmacht konkrete Schwierigkeiten des Bevollmächtigten im Rechtsverkehr erwarten lässt, entfällt die Eignung der Vollmacht als Alternative zur Betreuung.
- Ähnlich argumentiert das OLG Hamm,⁴⁸ wonach der in § 1814 Abs. 3 BGB (§ 1896 Abs. 2 S. 2 BGB a.F.) normierte Vorrang der Vorsorgevollmacht nicht dadurch überspielt werden darf, dass das Gericht Zweifel an der Wirksamkeit der Vollmacht nicht ausschließen kann; in diesem Fall ist den Zweifeln im Wege der Amtsermittlung (§ 26 FamFG) nachzugehen.
- 27 Mangels Formerfordernis nicht notwendig, aber im Hinblick auf zukünftigen Streit um die Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers sinnvoll ist das Mitunterzeichnen der Vollmacht durch einen Zeugen bzw. die notarielle Beurkundung oder Beglaubigung.
- 28 Im Hinblick auf eine **notarielle Beurkundung** ist aber Folgendes zu beachten: Gemäß § 11 BeurkG ist der Notar verpflichtet, die Geschäftsfähigkeit zu prüfen

44 OLG Schleswig, Beschl. v. 27.1.2023 – 2 Wx 64/22, DNotZ 2023, 356.

45 BayObLG, Beschl. v. 8.2.2000 – 1Z BR 132/99, NJW-RR 2000, 1029, 1030.

46 BGH, Beschl. v. 2.8.2017 – XII ZB 502/16, NJW-RR 2017, 1411.

47 OLG München, Beschl. v. 5.6.2009 – 33 Wx 278/08, MittBayNot 2009, 382.

48 OLG Hamm, Beschl. v. 7.5.2009 – 15 Wx 316/08, DNotZ 2010, 61.

und bei fehlender Geschäftsfähigkeit die Beurkundung abzulehnen bzw. bei Zweifeln dies in der Niederschrift möglichst ausführlich zu vermerken. Seinen Bedenken muss ein Notar nachgehen.⁴⁹ Die Feststellung zur Geschäftsfähigkeit trifft der Notar jedoch nicht als Sachverständiger, sondern lediglich als „Zeuge des Geschehens“, und dies steht in einem späteren Streit über die Geschäftsfähigkeit als Beweismittel zur Verfügung. Die rechtliche Schlussfolgerung, die der Notar aus der Wahrnehmung zur Geschäftsfähigkeit zieht, ist nicht Teil der Beweiskraft der öffentlichen Urkunde nach § 418 ZPO. Das Niedergeschriebene ist aber im Prozess bzw. im Erbscheinsverfahren gemäß § 286 ZPO bzw. §§ 26, 30 FamFG zu würdigen.⁵⁰ Die niedergeschriebenen Wahrnehmungen des Notars nehmen zwar an der Beweiskraft teil, nicht jedoch seine rechtlichen Schlussfolgerungen,⁵¹ wobei Letztere aber eine wichtige indizielle Bedeutung haben.⁵² Diese Beurteilung obliegt folglich vielmehr dem entscheidenden Gericht. Dabei ist die Feststellung des Notars nur ein Indiz und reicht für sich allein nicht aus, um aufgrund konkreter Umstände begründete Zweifel zu entkräften.⁵³ Auch das Grundbuchamt ist nicht an die Beurteilung der Geschäftsfähigkeit durch den Notar gebunden. Im Zweifel kann hier nach § 18 GBO im Wege einer Zwischenverfügung die Vorlage eines fachärztlichen Gutachtens verlangt werden.

Bei einer **Unterschriftsbeglaubigung** hat der Notar gemäß § 40 Abs. 2 BeurkG nur zu prüfen, ob Gründe zur Versagung seiner Amtstätigkeit vorliegen. Nur wenn er dabei von der mangelnden Geschäftsfähigkeit überzeugt ist, hat er die Beglaubigung zu versagen. Bei Zweifeln muss der Notar im Beglaubigungsvermerk nicht darauf hinweisen, er kann dies aber tun. Für den Fall, dass der Notar jedoch die Urkunde selbst entworfen hat, hat er die Geschäftsfähigkeit entsprechend wie bei Beurkundung einer Willenserklärung zu prüfen.⁵⁴

29

3. Zeitpunkt des Wirksamwerdens

Grundsätzlich wird eine Vollmacht mit **Erstellung und Zugang** wirksam. Da eine Vorsorgevollmacht an sich erst eine in der Zukunft eintretende Versorgungsbedürftigkeit regeln will, ist zu überlegen, ob die Vollmacht erst mit Eintritt einer **aufschiebenden Bedingung** Wirksamkeit erlangen soll.⁵⁵

30

49 Frenz/Miermeister/*Limmer*, BNotO, § 11 BeurkG Rn 4.

50 KG v. 7.9.1999 – 1 W 4291/98, FamRZ 2000, 912 = NJW 2001, 903.

51 MüKo-BGB/*Hagen*, § 28 BeurkG Rn 8; Frenz/Miermeister/*Baumann*, BNotO, § 28 BeurkG Rn 4.

52 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.7.2018 – I-3 Wx 259/17, FamRZ 2019, 317 = FGPrax 2018, 252.

53 BayObLG, Beschl. v. 17.8.2004 – 1Z BR 53/04, FamRZ 2005, 658 zur Feststellung der Testierfähigkeit.

54 Frenz/Miermeister/*Limmer*, BNotO, § 40 BeurkG Rn 21.

55 Vgl. *Limmer*, ZNotP 1998, 322.