

Komplex 1 - Kontrolle der Geschäftsfähigkeit bei Errichtung und Widerruf:

Frage 1: Soll der Nachweis der Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers bei Erstellung und Widerruf der Vorsorgevollmacht notwendig werden?

Eine Nachrangigkeit der Betreuung gegenüber der Vollmacht setzt deren wirksame Erteilung und ihren Fortbestand voraus. Insbesondere muss der **Vollmachtgeber zum Zeitpunkt der Erteilung der Vollmacht geschäftsfähig sein** (MüKoBGB/Schneider, 2024, § 1814 BGB Rn. 68).

Insoweit genügt eine auf die Erteilung der Vollmacht bezogene **partielle Geschäftsfähigkeit** (BGH NJW 2021, 63 Rn. 20; MüKoBGB/Schneider § 1829 BGB Rn. 82). Diese liegt vor, wenn der Vollmachtgeber das Wesen seiner Erklärung begriffen hat und diese in Ausübung freier Willensentschließung abgibt, sollte auch seine Geschäftsfähigkeit im allgemeinen Rechtsverkehr nicht mehr gesichert sein (BGH FamRZ 2020, 1766 Rn. 20 und hM). Ausreichend, aber auch erforderlich ist somit, dass der Betroffene die Vollmacht ohne fremde Willensbeeinflussung und im grundsätzlichen Bewusstsein ihrer Bedeutung erteilt hat.

Die Praxis zeigt, dass das nicht selten **bei demenziellen Erkrankungen oder sonstigen Beeinträchtigungen der geistigen Kraft hinterfragt** wird. Motiv hierbei kann der missliebige Inhalt der Vollmacht genauso sein wie generell das Verhältnis zum eingesetzten Bevollmächtigten und/oder zum Betroffenen (Horst ZAP 2018, 15 [20]).

In Streitfällen hat das Betreuungsgericht zunächst von Amts wegen zu ermitteln, ob die Vollmacht wirksam ist. Dabei ist die **Geschäftsunfähigkeit nach § 104 Nr. 2 BGB kein medizinischer Befund, sondern ein Rechtsbegriff**, dessen Voraussetzungen das Gericht regelmäßig nur mit sachverständiger Beratung durch Einholung einer fachärztlichen Stellungnahme treffen kann; diese muss es allerdings kritisch würdigen (BGH FamRZ 2020, 1766 Rn. 14). Insoweit bedarf es nicht zwingend einer förmlichen Beweisaufnahme durch Einholung eines Sachverständigengutachtens nach § 280 Abs. 1 FamFG (BGH FamRZ 2016, 701 Rn. 19).

Hierbei ist aber zu beachten, dass das Gesetz die **Geschäftsfähigkeit als Normalfall und die Geschäftsunfähigkeit als Ausnahmefall** ansieht (vgl. BGHZ 198, 381 Rn. 24)

In Abkehr von einer früheren Sichtweise lässt der BGH nunmehr **bloße Zweifel an der Wirksamkeit der Vollmacht nicht mehr ausreichen**, um deren Vorrang vor einer Betreuung zu verneinen (BGH FamRZ 2016, 701 und FamRZ 2020, 1766 Rn. 13; ausführl. *Seifert* FamRZ 2017, 263 [264 f.], BeckOK/Müller-Engels, 2023 § 1814 BGB Rn 35). So wie die – als Grund eines Betreuungsbedarfs zu prüfende – Krankheit mit hinreichender Sicherheit feststehen muss, eine bloße Verdachtsdiagnose also nicht ausreicht, genügt ein bloßer Verdacht nicht, um die Vermutung der Wirksamkeit einer vorliegenden Vollmachtsurkunde zu erschüttern. Kann die Unwirksamkeit einer Vorsorgevollmacht nicht positiv festgestellt werden, bleibt es somit bei der wirksamen Bevollmächtigung (BGH FamRZ 2020, 1766 Rn. 13 und FamRZ 2017, 1777 Rn. 9). Unberührt bleibt, dass bei nicht aufklärbaren Zweifeln gleichwohl ein Betreuer bestellt werden kann, wenn andernfalls die Akzeptanz der Vollmacht im Rechtsverkehr gefährdet wäre (BeckOK/Müller-Engels § 1814 BGB Rn 36; Damrau/Zimmermann/Zimmermann, 2023, § 1814 BGB u.Hinw. auf BGH NJW 2023, 365).

Ein Nachweisgebot für die Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers vor der Erstellung oder dem Widerruf einer Vollmacht (namentlich durch ein Herausgabeverlangen bezüglich der Urkunde) wäre insoweit ein **systemwidriger Eingriff in die Privatautonomie**, für den keine überzeugende Rechtfertigung erkennbar ist. Zwar mag es in nicht nur extrem seltenen Einzelfällen zum Missbrauch einer Vorsorgevollmacht kommen (vgl. *Mau* ZErB 2023, 1-9; *Sander* ZErB 2023, 121-130). Deren plakative Herausstellung in den Medien verzerrt aber die öffentliche Wahrnehmung, weil sie nur einen winzigen Bruchteil aller rechtlichen Vorsorgeverhältnisse betreffen (ähnl. *Müller-Engels* FamRZ 2021, 645 [646]).

In einem solchen Hinweis liegt **keine kritikwürdige Verharmlosung der sicherlich zu bedauernden Einzelfälle**. Jedoch kann umgekehrt auch nicht aus der nachvollziehbaren Perspektive einer ständigen kriminalistischen Befassung mit solchen „kranken“ Rechtsfällen, aber ohne statistische Belege für ein Massenphänomen (so auch *Renner* NotBZ 2024, 12) überzeugend die Forderung nach Lösungen abgeleitet werden, die großflächig die Errichtung von Vorsorgevollmachten allgemein wesentlich erschweren (statt sich auf verbesserte Möglichkeiten der Kontrolle beim Verdacht missbräuchlicher Ausübung der Vollmacht zu fokussieren).

Im Übrigen ist **keineswegs gesagt, dass jeder dieser wenigen Missbrauchsfälle auf mangelnde Geschäftsfähigkeit** bei der Vollmachtserteilung zurückzuführen ist. Auch eine „in guten Tagen“ einwandfrei erteilte Vollmacht kann aufgrund nachträglich erwiesener Unredlichkeit des Bevollmächtigten nunmehr den Vollmachtgeber schädigen.

Wenn aber die „**Fehlerhäufigkeit**“ **nach realitätsnahen Schätzungen aus Notarkreisen unter 0,5 % der Fälle** liegt, sollte man zurückhaltend sein bei der Einführung von allgemein greifenden „Schutzmöglichkeiten“, die nicht von vornherein vom Vollmachtgeber bei der Abfassung der Vollmacht gewünscht werden.

Auch für die Errichtung eines **Testaments** bedarf es grundsätzlich keiner vorherigen Prüfung der Geschäftsfähigkeit in Form der Testierfähigkeit.

Wie **schwierig diese im Einzelfall umzusetzen** wäre, weil nicht einmal eine zwingende Anforderung der notariellen Beurkundung stets umfassenden Schutz gewährleisten würde, wird sogleich erörtert werden.

Letztlich wären die Folgen einer diesbezüglichen Rechtsänderung uferlos. Der Rechtsverkehr könnte im Sinne einer besonderen Vorsicht dazu verleitet werden, fast ausnahmslos den Nachweis der bei Errichtung der Vollmacht gegebenen Geschäftsfähigkeit zu verlangen. Dies liefe im Ergebnis auf eine **entsprechend bedingte Vollmacht hinaus und wäre in keiner Weise praktikabel**.

- **Wenn ja, wie kann dies umgesetzt werden?**

Unabhängig davon ist auch **äußerst fraglich, wie eine solche Prüfung praktisch bewerkstelligt** werden sollte.

Zwar wird schon de lege lata zur Erleichterung der späteren gerichtlichen Entscheidungsfindung gelegentlich empfohlen, vorab im Zweifel und **auf freiwilliger Basis einen Hausarzt (oder im Falle bestimmter Erkrankungen einen Facharzt)** einzubinden, der die Geschäftsfähigkeit bestätigt. Notar und Rechtsanwalt sollten bei indizierten Zweifeln im Hinblick auf die Geschäftsfähigkeit den Mandanten zur Konsultation eines Facharztes auffordern und dessen Befund durch ein ärztliches Attest dokumentieren zu lassen ^(BayObLG DNotZ 1993, 471 [473]).

- Jedoch sind **hausärztliche Bescheinigungen vielfach unbrauchbar** („Herr X ist seit 20 Jahren in meiner Behandlung und deshalb geschäftsfähig“).

- **Psychiater kommen nicht nach Hause zum Patienten**; an der Grenze der Geschäftsfähigkeit stehende Patienten verlieren diese häufig, wenn sie in die ärztliche Praxis gebracht werden.
- Die Beteiligten haben regelmäßig **kein Verständnis für die Kosten**, die für die Bescheinigung der Geschäftsfähigkeit anfallen. Diese müsste für den Registervollzug (z.B. Grundbuch) mit notarieller Unterschriftsbeglaubigung versehen sein; der Psychiater kommt nicht deshalb zum Notar.

Interessant ist in diesem Zusammenhang ein **Blick nach Österreich**: Die prinzipiell sehr strenge österreichische Regelung über die Voraussetzungen der Wirksamkeit einer Vorsorgevollmacht verlangt in § 263 Abs. 1 Satz 2 ABGB: „Der Eintritt des Vorsorgefalls darf nur insoweit eingetragen werden, als der Vollmachtgeber die zur Besorgung der anvertrauten Angelegenheiten erforderliche Entscheidungsfähigkeit verloren hat“.

Hierfür ist ein **amtliches Formular für die ärztlichen Zeugnisse über den Verlust der Entscheidungsfähigkeit** entwickelt worden (<https://www.bmj.gv.at/dam/jcr:216a6da7-c2c8-4032-bb08-4cf203c436c9/Muster%20%C3%A4rztliches%20Zeugnis.pdf>). Bei diesem fällt von vornherein auf, dass die Angabe einer ärztlichen Qualifikation des Ausstellers nicht verlangt wird. Auch nähere Angaben zur Art der psychischen Krankheit oder zur Beeinträchtigung der Entscheidungsfähigkeit werden offenbar nicht gefordert.

Im Übrigen gibt *Weitzenböck* ^{iFamZ 2023, 143 [145]} **Erfahrungen und Kritik aus der Praxis über dessen Handhabung** wie folgt wieder: Fallweise sei es gar nicht einfach, ein solches Zeugnis zu erhalten. Zudem seien die zu tragenden Kosten teilweise beträchtlich. Zwar werde regelmäßig das hierfür vorgesehene amtliche Formular formal richtig verwendet. Die Beurteilungen fielen aber meist sehr pauschal aus. Eine Differenzierung zwischen verschiedenen Angelegenheiten, die nicht mehr oder doch noch besorgt werden können, komme sehr selten bis fast nie vor.

Es steht zu befürchten, dass auch in Deutschland eine etwa verpflichtende Vorgabe zur Vorlage ärztlicher Bescheinigungen – über die bereits angesprochenen praktischen Schwierigkeiten hinaus – auf **ähnliche fachliche Probleme** stoßen würden. Insbesondere müsste medizinisch Gutachtenden verdeutlicht werden, dass es nur auf die *partielle Geschäftsfähigkeit zur Erteilung* – oder zum Widerruf – einer Vollmacht ankommt und die ärztliche Beurteilung hierauf fokussiert werden müsste.

Ob die hohen Erwartungen an die Präventionswirkung einer derartigen Prüfung der Geschäftsfähigkeit, die z.T. aus kriminalistischer Sicht geäußert werden (etwa *Mau* ZErB 2023, 1-9; vgl. auch *Sander* ZErB 2023, 121-130) wirklich erfüllt werden könnten, mag zweifelhaft sein.

Wenn nämlich das **wesentliche Problem die Zuverlässigkeit und Geeignetheit des konkret Bevollmächtigten** zu scheint, wie in der Literatur aaO zitierte Beispielsfälle verdeutlichen mögen, müsste die vorbeugende Prüfung der Geschäftsfähigkeit auch dies in den Blick nehmen und nicht nur fragen: Weiß der Betroffene, dass er einen Anderen zu verpflichtendem Handeln für ihn befugt, und hat er den entsprechenden Entschluss unbeeinflusst gefasst? Gefragt werden müsste auch: Ist er sich im Klaren, warum er die Vollmacht erteilt, und weshalb gerade dieser Person, die er seit wann und wie gut kennt?

Wie soll aber der **ärztliche Sachverständige**, der die Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers zu prüfen hat, **auch diesen Aspekt in den Blick bekommen**, wenn ihm hierzu womöglich vorgestanzte und schwer überprüfbare Angaben gemacht werden und er den Bevollmächtigten nicht zu Gesicht bekommt?

Insoweit ist allerdings die **österreichische Herangehensweise rigoros**: Nach § 263 Abs. 2 ABGB sind auch „begründete Zweifel an der Eignung des Bevollmächtigten“, die von den zur Beurkundung der Vollmacht und des Vorsorgefalls Befugten „gehegt“ werden, ein Grund zur Ablehnung der entsprechenden Registrierungen und damit des Wirksamwerdens der Vorsorgevollmacht. Aber das ist dann Teil eines andersartigen, umfassenden Schutzkonzepts und keine Frage der ärztlich zu beurteilenden Entscheidungsfähigkeit (bzw. Geschäftsfähigkeit).

Frage 2: Sollte die Prüfung der Geschäftsfähigkeit durch Notare verbessert oder das Verfahren grundsätzlich geändert werden, ggf. durch umfassendere, konkrete Fragen und Dokumentationen durch den Notar oder externe Prüfung?

Der Notar ist nach §§ 11, 17 BeurkG verpflichtet, die Geschäftsfähigkeit der Beteiligten festzustellen und sich darüber zu vergewissern, dass die zu beurkundende Erklärung ihrem Willen entspricht. Hierbei ist aber – wie zu Frage 1 angesprochen – zu beachten, dass das Gesetz die Geschäftsfähigkeit als Normalfall und die Geschäftsunfähigkeit als Ausnahmefall ansieht (vgl. BGH 20.11.2013 – XII ZR 19/11 Rn. 24, BGHZ 198, 381). Grundsätzlich **darf der Notar von der Geschäftsfähigkeit der Beteiligten ausgehen**, ohne dass er besondere Ermittlungen hierzu anzustellen hat (*Winkler*, 2023, § 11 BeurkG Rn 3).

Nachforschungen des Notars zur Geschäftsfähigkeit eines volljährigen Beteiligten sind erst erforderlich, wenn sich **Anhaltspunkte für eine eingeschränkte oder fehlende Geschäftsfähigkeit** ergeben (z.B. aus dem äußeren Erscheinungsbild und dem Verhalten des Beteiligten, aus etwa fehlender zeitlicher oder örtlicher Orientierung, mangelnder Einsicht in die Auswirkungen der Entscheidung und nicht gegebener intellektueller Aufnahmefähigkeit ^(OLG Düsseldorf FamRZ 2014, 1141 Rn. 28; OLG Hamm RNotZ 2016, 60)).

Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang das sog. **Fassadenphänomen** (dazu *Wetterling* ZNotP 2016, 60-62; OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 2006, 450). Die Alterspsychiatrie bezeichnet damit ein Zustandsbild, bei dem der Betroffene noch fähig ist, eine Art Fassade aufrechtzuerhalten, vor allem seine kognitiven Defizite zu verschleiern. Bei der Einschätzung der Geschäfts- und auch der Testierfähigkeit sei es daher unbedingt notwendig, mögliche Anhaltspunkte für ein Fassadenphänomen genau zu analysieren.

Von notarieller Seite wird insoweit z.T. von guten Erfahrungen mit **dem Mini-Mental-State-Examination-Test** berichtet, auch in späteren Gerichtsverfahren. In den negativen Fällen habe dies sogar in der Familie zu Verständnis für die Ablehnung der Beurkundung geführt. In den positiven Fällen sei das Gericht den diesbezüglichen Feststellungen gefolgt.

Allerdings wird verbreitet nicht nur **aus psychiatrischer Sicht dieses notarielle Vorgehen nicht für sinnvoll** gehalten. Der Notar ist medizinischer Laie. Von ihm könne die Durchführung psychiatrischer Tests – z.B. durch den Einsatz von Screeningverfahren – und ihre Dokumentation nicht erwartet werden (so auch *Armbrüster/Preuß/Piegsa*, 2022, § 11 BeurkG Rn. 29; *Cording/Foerster* DNotZ 2006, 329; *Müller* DNotZ 2006, 325; *Winkler* MittBayNot 2008, 495; *BeckOGK/Grziwotz*, Stand: 1.1.2024, § 28 BeurkG Rn 7, auch zu einzelnen Testverfahren). Hingewiesen wird auch auf ein „enormes Haftungsrisiko, das möglicherweise durch die Haftpflichtversicherung des Notars nicht abgedeckt ist“ (*Lerch*, 2016, § 28 BeurkG Rn.7).

Grziwotz a.a.O. bemerkt hierzu in Rn. 7.1:

„Diese Tests, die von erfahrenen Untersuchern durchgeführt und von (Fach-) Ärzten ausgewertet werden sollen, können Anhaltspunkte hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit eines Betroffenen geben. **Für Juristen ist es schwierig festzustellen, wann eine Person noch geschäftsfähig ist und wann nicht mehr.** Medizinisch ist nämlich der Übergang zwischen den einzelnen Phasen der Erkrankung fließend und entzieht sich einer Typisierung in Form klar abgrenzbarer Krankheitsstadien“.

Vielmehr sei zur Feststellung der Geschäftsfähigkeit ein eingehendes Gespräch mit den Beteiligten erforderlich (OLG Celle MittBayNot 2008, 492, 494; Grziwotz/Heinemann/Heinemann, 2018, § 28 BeurkG Rn. 9; Lerch § 28 BeurkG Rn.7; Winkler § 28 BeurkG Rn. 11).

Hierzu gehörten auch **konkrete Fragen** betreffend die allgemeine Orientierung, Merkfähigkeit sowie zum Geschäftsgegenstand, z. B. zum Erbe. Der Eindruck aus einer bloß allgemeinen Unterhaltung sei häufig nicht aussagekräftig genug, weil er durch das Fassadenphänomen überlagert und beeinträchtigt sein könne (Armbrüster/Preuß/Piegsa § 11 BeurkG Rn. 29).

Als sachdienlich hat sich dabei erwiesen, auch Themen anzusprechen oder **Fragen zu stellen, die außerhalb des Beurkundungsgegenstandes** liegen. Recht unverfänglich kann der Notar dabei Fragen stellen, welche 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 (Armbrüster/Preuß/Piegsa § 11 BeurkG Rn. 29).

Maßgeblich ist, dass der Beteiligte aus der Sicht des Notars in der Lage ist, **eigene Willensentschließungen zu fassen und diese in nachvollziehbarer Form zum Ausdruck zu bringen** (vgl. auch OLG München FamRZ 2007, 2009 Rn. 18 f. zur Testierfähigkeit).

In der Rspr. wird der grundsätzliche **Beweiswert einer Zeugenaussage des Notars zu seiner damaligen Beurteilung der Geschäftsfähigkeit** des Vollmachtgebers z.T. kontrovers beurteilt. Das reicht von einerseits „besonders aussagekräftiges Beweismittel bei konkreter Erinnerung des Notars“ (LG Bielefeld 06.07.2016 – 22 T 60/16 Rn. 6) : bis andererseits zur Betonung der medizinischen Laienhaftigkeit notarieller Einschätzungen insbesondere in komplizierten Fällen einer Störung der Willenssteuerung (LG Osnabrück 15.11.1996 – 3 O 82/95 Rn. 30).

Nach alledem ist schwer erkennbar, wie die Prüfung der Geschäftsfähigkeit durch Notare **allgemein methodisch verbessert oder standardisiert** werden könnte.

Erwägenswert wäre allenfalls eine Vorschrift, wonach der Notar (**wie im Erbrecht; vgl. § 28 BeurkG**) seine Wahrnehmungen über die erforderliche Geschäftsfähigkeit des Erblassers in der Niederschrift zu vermerken habe. Möglicherweise ließe sich das sogar unproblematisch durch Ergänzung dieser Vorschrift wie folgt bewerkstelligen:

„Der Notar soll seine Wahrnehmungen über die erforderliche Geschäftsfähigkeit des Erblassers oder des Vollmachtgebers in der Niederschrift vermerken.“

Im Anwendungsbereich des § 28 BeurkG ist eine **Feststellung zur Geschäftsfähigkeit bzw. Testierfähigkeit stets aufzunehmen**, wohingegen die allgemeine Vorschrift des § 11 BeurkG Feststellungsvermerke nur bei Zweifeln des Notars (Abs. 1 Satz 2) und bei schwerer Krankheit des Beteiligten (Abs. 2) verlangt.

Die Vorschrift des § 28 BeurkG dient in erster Linie **Beweissicherungszwecken**, wenn es später Anlass zu Zweifeln über die Geschäftsfähigkeit eines Erblassers gebe. Bei der Feststellung seiner „Wahrnehmungen über die erforderliche Geschäftsfähigkeit“ handelt der **Notar nicht als Sachverständiger, sondern lediglich als „Zeuge des Geschehens“**; die Feststellung bringt im Ergebnis seine persönliche Überzeugung zum Ausdruck (Armbrüster/Preuß/Preuß § 28 BeurkG Rn. 2 und 7).

Liegt kein Zweifelsfall vor, genügt ein kurzes formelhaftes Feststellen der Geschäftsfähigkeit. Der bloßen positiven Feststellung des Notars in der Urkunde, der Beteiligte sei testierfähig, kommt allerdings kein besonderer Beweiswert zu (BayObLGZ 2004, 237 = NotBZ 2004, 43).

Bezweifelt der Notar dagegen die erforderliche Geschäftsfähigkeit des Beteiligten, deckt sich die Vermerkplicht mit derjenigen nach § 11 Abs. 1 Satz 2 BeurkG.

Bei **schwerer Erkrankung des Beteiligten** ist im Übrigen § 11 Abs. 2 BeurkG zu beachten. Diese Vorschrift verlangt in solchen Fällen, dass der Notar in der Niederschrift die Krankheit angeben und vermerken soll, welche Feststellungen er über die Geschäftsfähigkeit getroffen hat. Diese sind gerade bei der Verfügung von Todes wegen – und im Fall der Erweiterung der Vorschrift des § 28 BeurkG auf Vollmachten – mit besonderer Sorgfalt zu treffen.

Zur **technischen Handhabung der notariellen Feststellungen** bemerkt *Grziwotz* (BeckOGK § 28 BeurkG Rn. 15 jew.m.w.N.):

„Die Feststellungen des Notars zur Geschäftsfähigkeit müssen beurkundungsrechtlich grundsätzlich in der Niederschrift selbst erfolgen. Die überwiegende Ansicht lässt es jedoch zu, dass **ein eigener Vermerk gefertigt wird, der der Niederschrift beigefügt wird** (sog. Zusatzvermerk). Begründet wird dies mit der besonderen Rücksichtnahme auf den Erblasser. In diesem Fall muss der Vermerk der Niederschrift beigefügt und mit ausgefertigt werden. Es handelt sich dabei um keinen Aktenvermerk, sondern um einen Vermerk, welcher der Verfügung von Todes wegen unter Beachtung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen beizufügen ist.

Unabdingbar ist es jedoch, dass das **Ergebnis der Feststellung zur Geschäftsfähigkeit in der Niederschrift selbst enthalten** ist, auch wenn dies dort nur kurz niedergelegt ist. Die weitere Dokumentation kann in den gesonderten Vermerk mit Einwilligung des geschäftsfähigen Betroffenen ‚ausgelagert‘ werden. Allerdings ist hierfür datenschutzrechtlich im Hinblick auf die Verwendung besonders sensibler personenbezogener Daten das Einverständnis des Betroffenen erforderlich; eine Ausnahme nach Art. 9 Abs. 2 DS-GVO greift nicht ein“.

Eine derartige Pflicht zur Dokumentation von Feststellungen über die Geschäftsfähigkeit könnte die **notarielle Sensibilität hierfür auch bei der Errichtung von Vorsorgevollmachten stärken**.

Frage 3: Soll es möglich sein, den Widerruf einer Vorsorgevollmacht unter den Vorbehalt einer Geschäftsfähigkeitsprüfung zu stellen?

Hiergegen sprechen die bereits zu Frage 1 erörterten Argumente. **Für den Rechtsverkehr muss klar sein, ob die Vollmacht gilt oder nicht**. Bedingt wirksame Vollmachten sind ebenso schädlich wie bedingt unwirksame.

Frage 4: Welche weiteren Maßnahmen sind denkbar, um (nachträgliche) Unsicherheiten über die Geschäftsfähigkeit eines Menschen bei Vollmachtserteilung und -widerruf zu vermeiden (bei notariellen und bei nicht-notariellen Erklärungen)?

Wie bereits zu Frage 2 angesprochen, könnte für notarielle Beurkundungen eine **an § 28 BeurkG angelehnte Bestimmung** hilfreich sein.

Wenn Beteiligte **auf freiwilliger Basis aussagekräftige ärztliche Bescheinigungen** über ihren mentalen Zustand zum Zeitpunkt der jeweiligen Erklärung beibringen, kann dies in Einzelfällen ebenfalls helfen. Die Einwände gegen *verpflichtende* ärztliche Bescheinigungen (wie in der Alternativfrage zu 1 angesprochen) würden dann nicht im gleichen Umfang gelten.

Die **Grundproblematik der Qualität und der Prüfungstiefe ärztlicher Beurteilungen** insbesondere der partiellen Geschäftsfähigkeit zur Erteilung oder zum Widerruf einer Vollmacht bliebe freilich unverändert.

Komplex 2 – Schützende Vorgaben durch Vollmachtsgestaltung:

Frage 5: Sollten generelle Formerfordernisse für die Erstellung und den Widerruf einer Vorsorgevollmacht eingeführt werden?

Wenn ja, welche sollten das sein (Schriftformerfordernis/öffentliche Beglaubigung/notarielle Beurkundung/andere, wie z.B. fakultativ zu verwendende gesetzlich normierte Formulierungen)?

Dass eine nur mündlich erteilte Vorsorgevollmacht für den Rechtsverkehr vollständig unbrauchbar wäre, versteht sich von selbst und dürfte auch jedem Laien einleuchten. Die Anordnung einer **Schriftform als Mindestvoraussetzung erscheint deshalb entbehrlich.**

Dass eine **öffentliche Beglaubigung** die allgemeine Gebrauchstauglichkeit der Vollmacht erhöht, weil von vornherein Zweifel über die Urheberschaft ausgeschlossen sind, ist ein Argument, das auch in geeigneter Weise kommuniziert werden kann.

Allerdings sollten auch folgende **Bedenken sogar gegen notariell beglaubigte Vollmachten** nicht verkannt werden ^(Spermath notar 2023, 3 [7]):

„Die Urkunde ist bei Verlust nicht reproduzierbar, die Beteiligten werden nicht ausreichend belehrt, der Beweiswert ist geringer, Verbraucherkreditverträge aufgrund solcher Vollmachten sind nicht möglich ^(Fn...). Vor allem aber neigen Mandanten nach Erfahrung des Verfassers dazu, vorgefertigte Muster von schon an sich unterschiedlicher Qualität durch eigene Einfügungen zu entwerten und sich dann später zu beschweren, wenn die Vollmacht, die doch „beim Notar gemacht“ wurde, nicht funktioniert (...)“

Vielleicht sollte die **Inkonsistenz in der Bezeichnung** beseitigt werden: §§ 126 und 129 BGB sprechen von „notarieller“ Beglaubigung, § 1945 BGB, § 29 GBO und § 7 Abs. 1 S. 1 BtOG von „öffentlicher“ Beglaubigung. Soweit eine Änderung der anfangs genannten BGB-Normen nicht opportun erscheint, wäre wünschenswert eine Klarstellung in § 7 Abs. 1 BtOG, dass damit (auch) die Beglaubigungserfordernisse der §§ 126, 129 BGB erfüllt sind.

Jedoch schützt eine öffentliche oder notarielle Beglaubigung **nur vor dem Einwand der Fälschung**, nicht aber vor dem viel häufigeren der fehlenden Geschäftsfähigkeit. Deshalb sollte erwogen werden, die in § 11 BeurkG enthaltenen notariellen Prüfungspflichten zur

Geschäftsfähigkeit auch auf die Beglaubigung von Vollmachten aller Art zu erstrecken (so auch Renner NotBZ 2024, 12 [19] u.Hinw. auf Winkler § 40 BeurkG Rn. 46),

Die Vorteile einer **notariellen Beurkundung** liegen demgegenüber auf der Hand. Das betrifft namentlich das erhöhte Indiz für die Geschäftsfähigkeit des Ausstellers zum Zeitpunkt ihrer Errichtung, die Klarheit der zu treffenden Regelungen und die vorangegangene Belehrung gem. § 17 Abs. 1 BeurkG. Die genannten Gründe erscheinen aber nicht so überragend wichtig, dass aus ihnen ein Exklusivitätsgebot abzuleiten wäre und somit die bloße Schriftform der Vollmacht als nicht mehr ausreichend angesehen werden könnte.

Im Übrigen könnte auch der Notar **nicht die Eignung des in Aussicht genommenen Bevollmächtigten** beurteilen, falls dieser nicht den Betroffenen zur Beurkundung begleitet (was häufig der Fall sein mag, aber nicht zwingend ist). Außerdem gehört dies nicht zu den originär notariellen Pflichten. Allenfalls könnte dieses Moment in die konkrete Beurteilung der freien Willensbildung des Beteiligten einfließen, was aber wiederum ein komplexes Thema wäre.

Wenn aus kriminalistischer Sicht die **Bevollmächtigung einer Person mit vermögensschädigenden Absichten die häufigste Ursache einschlägiger Straftaten** ist, lässt sich dem jedenfalls nicht allein über die erhoffte zuverlässige Beurteilung der Geschäftsfähigkeit i.R. einer womöglich obligatorischen notariellen Beurkundung abhelfen.

Zudem wäre die allgemeine Anforderung einer zwingenden notariellen Beurkundung als Wirksamkeitsvoraussetzung politisch nicht durchsetzbar. Sie liefere auch dem **Postulat einer möglichst niederschweligen Rechtsvorsorge** durch Vorsorgevollmachten zuwider.

Der **formlose Widerruf einer Vollmacht** durch das Verlangen der Herausgabe der Urschrift/Ausfertigung funktioniert. Dazu ist kein Nachweis erforderlich. Wer seine Vollmacht nicht ordentlich nachweisen kann, kann auch nicht vertreten.

- **Sollten alternativ nur für bestimmte Rechtshandlungen weitere Formerfordernisse in Ergänzung des bereits in § 1820 Absatz 2 BGB geregelten Schriftformerfordernisses geschaffen werden? Wenn ja, für welche?**

Die Regelungen über die **Bestimmtheit der Aufgabenbereiche in § 1815 Abs. 2** sowie die Vorgaben für den Inhalt der Vollmacht in § 1820 Abs. 2 BGB sollen jeweils den Betroffenen schützen. Für Vollmacht und Betreuung sollten keine Abweichungen gelten

Das Bestimmtheitsgebot sollte vor allem gelten für **Vollmachten bei der Aufenthaltsbestimmung im Ausland**. Das Verbringen in ein ausländisches „Billigheim“ ist tatsächlich ein Problem. Deshalb wäre es sinnvoll, eine ausdrückliche Bestimmung in der Vollmacht zu fordern, um den Aussteller zu warnen.

Dasselbe gilt für eine „Gleichnamigkeit“ zwischen Betreuung und Vollmacht bei der **Umgangsbestimmung** (eventuell sogar mit der Anwendbarkeit des § 1834 BGB bei Vollmacht).

Ebensolches kommt in Betracht für das Bestimmtheitsgebot **bei freiheitsziehenden Maßnahmen im häuslichen Bereich**, das in § 1815 Abs. 2 Nr. 2 BGB für die Betreuung vorgegeben ist „unabhängig davon, wo er sich aufhält“. Fesseln zu Hause ist ebenso schlimm wie in der Einrichtung. Nur ist das im häuslichen Bereich viel gefährlicher, da keine Kontrolle vorhanden ist.

Frage 6: Sollte – alternativ oder kumulativ zur Bestimmung eines Formerfordernisses – die verpflichtende Registrierung der Vorsorgevollmacht im Zentralen Vorsorgeregister als Wirksamkeitsvoraussetzung vorgesehen werden (Modell Österreich, vgl. § 263 ABGB)?

Die Frage geht schon von einer zumindest ungenauen Prämisse aus: Nach weit überwiegender österr. Auffassung stellt das **Unterbleiben der (sofortigen) Registrierung einer Vorsorgevollmacht anlässlich ihrer Errichtung keinen Unwirksamkeitsgrund** dar. Die sofortige Registrierung verfolgt den Zweck, ihre Auffindung sicherzustellen. Tritt der zu registrierende Vorsorgefall später ein, ist es möglich, die Vorsorgevollmacht auch erst zu diesem Zeitpunkt einzutragen, und mit dieser zweifachen Registrierung wird die Vorsorgevollmacht wirksam.

Bis dahin deckt sich der Regelungszweck eines Gebots der *Registrierung zeitnah zur Errichtung* der Vollmacht – allerdings ohne Unwirksamkeitsfolgen bei seiner Missachtung – mit dem **Sinn der fakultativen Registrierung im deutschen Recht**, die ebenfalls die Auffindbarkeit einer wirksamen Vollmacht erleichtern und damit unnötige Betreuerbestellungen vermeiden helfen soll.

Unabhängig davon hat aber die Registrierung einer Vollmacht im Österr. Zentralen Vertretungsverzeichnis eine **weitergehende Funktion als in der Frage zugrunde gelegt**, weil sie – wie bereits angesprochen – nur im Zusammenhang mit dem gleichfalls einzutragenden Eintritt des Vorsorgefalls zur Wirksamkeit der Vollmacht führt.

Eine etwa einzuführende isolierte verpflichtende Registrierung im Zentralen Vorsorgeregister könnte somit nicht etwa zutreffend als „Modell Österreich“ bezeichnet werden.

Würde man sie zwingend vorschreiben, ließe sich zwar der Zweck der erleichterten Auffindbarkeit fördern. Es wäre aber **kontraproduktiv, eine nicht registrierte Vollmacht für unwirksam zu erklären** (das ist auch in Österreich nicht per se der Fall, sondern kommt dort nur dann in Betracht, wenn zu gegebener Zeit auch die Eintragung des Vorsorgefalls unterbleibt). Blicke die in Deutschland errichtete Vorsorgevollmacht verschollen, käme es ohnehin hierauf nicht an. Würde sie hingegen vorgelegt, wäre der mit der Registrierungspflicht verbundene Zweck erfüllt, aber die Vollmacht gleichwohl unwirksam. Das überzeugt nicht.

Deshalb mag einer **Registrierungspflicht allenfalls eine Appellfunktion** zukommen. Wenn Verstöße aber folgenlos bleiben, steht letztlich ihr Sinn in Frage. Im Übrigen stößt schon die freiwillige Registrierung im Zentralen Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer auf hohe praktische Akzeptanz. Wer aufgrund intakter familiärer Verhältnisse und geeigneter Vorkehrungen die Auffindbarkeit der Vollmacht für hinreichend gesichert hält, sollte nicht zwangsweise zu einer Registrierung angehalten werden.

Allerdings wirbt *Spernath*^(notar 2023, 3 [8]) mit beachtlichen Gründen für

- eine zwingende **Registrierung notarieller Vollmachten** (Entfall der datenschutzrechtlichen Einwilligung der Bevollmächtigten;
- die **Ausstattung des Eintrags ins Vorsorgeregister mit Rechtsscheinwirkung** entsprechend § 172 BGB; (für ein solches elektronisches Gültigkeitsregister ausführl. auch *Renner* NotBZ 2024, 12 [16]).
- die Umgestaltung die **ZVR-Card zu einer echten auslesbaren Chipkarte**. „Der Verlust der Ausfertigung der Vollmachtsurkunde in den Jahrzehnten nach ihrer Erteilung wäre dann nicht weiter tragisch. Auch könnten solche standardisierten Eintragungen die bisher oft sehr zögerliche Anerkennung von Vollmachten durch

Behörden verbessern, wozu auch Regelungen zur Behandlung von Vollmachten etwa im VwVfG sowie in einschlägigen Verwaltungsrichtlinien hilfreich sein könnten“.

In Zusammenhang mit dem deutschen Vorsorgeregister ist mE beiläufig eine **Erweiterung der Einsichtsrechte** zu erwägen, und zwar für

- die **Betreuungsbehörde** vor allem vor einem gerichtlichen Betreuungsverfahren, z.B. anlässlich der Prüfung der Verfügbarkeit anderer Hilfen;
- für **bestellte Betreuer (und Bevollmächtigte)**; das wird weniger Bedeutung mit Bezug auf Vorsorgevollmachten haben, aber für Patientenverfügungen, die auch für Bevollmächtigte bindend sind.

Frage 7: Ist eine gesetzliche Definition der Vorsorgevollmacht erforderlich?

Auf den ersten Blick erscheint der **Sinn und Zweck einer solchen Vollmacht selbsterklärend**, und die Rechtsprechung hat den Begriff bereits i.W ausgefüllt (z.B. OLG Karlsruhe 14.9.2015 – 11 Wx 71/15, Rn. 10): Es handelt sich um eine normale Vollmacht, deren Besonderheit im Motiv ihrer Erteilung liegt (Renner Rpfleger 2007, 367 [368]).

Nach der etwas **ausführlicheren Umschreibung in der Gesetzesbegründung** (BT-Drs 19/24445, 245). handelt es sich „rechtlich um eine Vollmacht nach den §§ 164 ff. BGB, der in der Regel ein Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsverhältnis zugrunde liegt, welches darauf ausgerichtet ist, im Falle der Aufhebung der rechtlichen Handlungsfähigkeit eine Vertretung zu ermöglichen und damit die Bestellung eines Betreuers zu vermeiden.“ Von einer Definition der Vorsorgevollmacht im Normtext hat der Gesetzgeber freilich abgesehen (krit. hierzu der BR in BT-Drs. 19/24445 434 mit abl. Äußerung der BReg. BT-Drs.19/24445, 485).

Aber wo spielt die Abgrenzung des Begriffs der „Vorsorgevollmacht“ überhaupt eine Rolle?

Dem Ziel einer **Betreuungsvermeidung als „andere Hilfe“ dient bereits jede per se wirksame Bevollmächtigung, welche objektiv Angelegenheiten des Betroffenen abdeckt**, die dieser krankheitsbedingt rechtlich nicht – mehr – besorgen kann (§ 1814 Abs. 3 Nr. 1 BGB). In diesem Bereich darf dann nach dem Erforderlichkeitsgrundsatz keine Betreuung angeordnet werden. Nach dem vorgenannten weiten Verständnis des

Gesetzgebers zählen hierzu auch General- und Spezialvollmachten, selbst wenn sie nur hinsichtlich einzelner Aufgabenbereiche eine Betreuung vermeiden, also z.B. eine Kontovollmacht, da der Vollmachtzweck, nämlich die Vorsorge, nur das Innenverhältnis betrifft (Grziwotz FF 2023,49 [63] u.Hinw. auf BT-Drs. 19/24445, 245).

Auch die Vorschrift in **§ 51 Abs. 3 ZPO über die gerichtliche Vertretung einer nicht prozessfähigen Partei** durch einen einschlägigen Bevollmächtigten stellt darauf ab, ob „die Bevollmächtigung geeignet ist, gemäß § 1814 Absatz 3 Satz 2 Nummer 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Erforderlichkeit einer Betreuung entfallen zu lassen“. Ob sie im Einzelfall aus diesem Motiv heraus erteilt wurde, ist insoweit unerheblich.

Jedenfalls kennt das deutsche Recht – anders als Österreich in §§ 262 ff. ABGB – keine **ausschließlich für einen „Vorsorgefall“ errichtete** und nur **unter dessen Voraussetzungen mit zusätzlichen Erschwerungen verwendbare** „Vorsorgevollmacht“.

Dass eine Vollmacht – vor allem vor dem Hintergrund der verbreiteten öffentlichen Werbung zur „Rechtsvorsorge für Alter, Krankheit oder Behinderung“ – **mit der einschlägigen Absicht ihres Verfassers errichtet** wurde, wird inhaltlich vor allem daran kenntlich sein, dass sie ausdrücklich Regelungen etwa zur Aufenthaltsbestimmung, Gesundheitsvorsorge, zur geschlossenen Unterbringung und zu freiheitsentziehenden Maßnahmen sowie zur Zwangsbehandlung enthält (vgl. BGH FamRZ 2021, 789 Rn. 18). Denn das sind die typischen personenbezogenen Handlungsfelder des Bevollmächtigten, wenn der Vollmachtgeber nicht mehr für selbst für sich handeln kann.

Allerdings ist eine umfassende Regelung solcher Gegenstände keine zwingende formelle Voraussetzung einer „Vorsorgevollmacht“. Dasselbe gilt für die Anbringung einer **Überschrift „Vorsorgevollmacht“**

Umgekehrt hindert selbst eine Bezeichnung als „Vorsorgevollmacht“ nicht, dass der **Bevollmächtigte von der ihm insoweit unbeschränkt erteilten Vollmacht bereits zu einem Zeitpunkt Gebrauch macht**, in welchem der Vollmachtgeber noch selbst handeln könnte.

Da es sich ihrer Rechtsnatur nach prinzipiell um eine normale Vollmacht i.S.v. §§ 164 ff. BGB handelt und für diese jedenfalls von Gesetzes wegen keine weiteren Voraussetzungen für den Eintritt ihrer Wirksamkeit gelten, ist das ohne Weiteres zulässig. Eine Beschränkung auf den **Gebrauch im Fall einer etwaigen Betreuungsbedürftigkeit wirkt allenfalls im Innenverhältnis** (BGH FamRZ 2021, 789 Rn. 16).

Diese klare Ausgangslage wird nun durch eine Reihe von unterschiedlichen Normen z.T. verwässert. So bestimmt § 7 Abs. 2 BtOG: „Die Urkundsperson bei der Behörde darf die Beglaubigung einer Vollmacht nach Absatz 1 Satz 1 nur vornehmen, wenn diese zu dem Zweck erteilt wird, die Bestellung eines Betreuers zu vermeiden.“

Zwar mag das Regelungsziel einleuchten: Die Betreuungsbehörde soll nicht gehalten sein, Vollmachten aller Art zu beglaubigen, sondern eben nur betreuungsvermeidende. Deren Charakter wird sich meist ergeben aus dem umfassenden Inhalt unter Ansprechen der Regelungen in § 1829 ff. BGB oder der Befugnis zur Aufenthaltsbestimmung ^(BGH FamRZ 2021, 789 Rn. 18). Wenn jemand aber bewusst z.B. nur in Vermögensangelegenheiten bevollmächtigen will und es im Übrigen auf eine Betreuung ankommen lassen möchte oder aber für sonstige Angelegenheiten später eine andere Person zur Vertretung ermächtigen will, sind **bei gewünschter Beglaubigung einer solchen „Rumpfvollmacht“ Diskussionen mit der Urkundsperson bei der Behörde vorprogrammiert.**

Diese wird womöglich bezweifeln, dass es sich dabei um eine „Vorsorgevollmacht“ handle, obwohl der BGH ^(FamRZ 2021, 789) zur vormaligen Rechtslage in § 6 Abs. 2 BtBG hinreichend klare Wegweisungen gegeben hat.

Es ist **schwer erkennbar, wie diese Problematik durch eine gesetzliche Definition gelöst** werden sollte. Denn diese könnte zunächst nur die beiden heute bereits geläufigen Merkmale („bestimmt und geeignet“) wiederholen. Möglicherweise wäre es klarstellend hilfreich, wenn dabei zugleich im Normtext oder in der Begründung betont würde:

- Die **Bezeichnung als „Vorsorgevollmacht“** ist ein Indiz für deren Zweckbestimmung ^(BGH FamRZ 2021, 789 Rn. 18)
- Die Regelung **nur eines Teils der Bereiche**, in denen die Vollmacht betreuungsvermeidend wirken kann, hindert nicht ihre Einstufung als Vorsorgevollmacht ^(so auch Grziwotz FF 2023, 49 [59]).
- Ausreichend, aber auch erforderlich für das Vorliegen einer Vorsorgevollmacht ist die **Beschränkung der Verwendung der Vollmacht im Innenverhältnis auf den Vorsorgefall** ^(BGH FamRZ 2021, 789 Rn. 18).
- Die ausdrücklich angeordnete und zweckmäßige **Geltung über den Tod hinaus** schließt ebenfalls diese rechtliche Einordnung nicht aus (was der Gesetzgeber zuletzt aber in § 7 Abs. 1 Satz 2 BtOG für die Wirkung der Beglaubigung gerade anderslautend normiert hat, nachdem der BGH ^[FamRZ 2021, 789 Ls. 3] zuvor die leidige Kontroverse zu § 29 GBO im entgegengesetzten Sinne entschieden hatte ^{[krit. hierzu Spemath notar 2023, 3, 7]; zu den seit}

1.1.2023 hieraus folgenden Praxiserschwerungen für den Grundbuchvollzug *Grziwotz* FF 2023, 49 [60] und *Volmer* FamRZ 2023, 820 [823]).

- Eine Vorsorgevollmacht verliert ihren Rechtscharakter nicht dadurch, dass der Vollmachtgeber – i.S. des vorhergehenden Aufzählungspunkts – auch **ergänzende Regelungen etwa zur Befugnis über seine Bestattung** trifft.

Es ist kaum vorstellbar, welche sonstigen Elemente in eine Definition der Vorsorgevollmacht bzw. eine amtliche Begründung hierzu aufgenommen werden könnten. Auf die allgemeine Frage der **Zweckmäßigkeit der Einführung einer Legaldefinition** ist freilich nochmals abschließend zu dieser Antwort zurückzukommen.

Zur geltenden Rechtslage ist weiterhin kritisch festzustellen:

In manchen anderen Bestimmungen ist **schlicht der Begriff „Vorsorgevollmacht“ im Normtext enthalten**, ohne dass dies zu besonderem Verständnis- oder Abgrenzungsproblemen führen würde (vgl. z.B. §§ 5, 6 BtOG; § 278 Abs. 2 FamFG; § 78a BNotO; § 20a BeurkG; § 357a SGB V).

Besonders **eigenartig ist in diesem Zusammenhang allerdings § 1820 BGB**. In der amtlichen Überschrift steht u.a. der Begriff „Vorsorgevollmacht“. In Abs. 1 Satz 1 ist aber die Rede von einem „Dokument“, in dem „der Volljährige eine andere Person mit der Wahrnehmung seiner Angelegenheiten bevollmächtigt hat“. Das kann etwa auch eine Generalvollmacht ohne Bezug zu einer etwaigen Betreuungsbedürftigkeit und damit zu dem Motiv einer Vorsorgevollmacht sein. Auch **§ 285 FamFG** enthält in der Überschrift den Begriff „Vorsorgevollmacht“, obwohl im Text in Abs. 2 u.a. auf § 1820 Abs. 1 Satz 1 BGB Bezug genommen wird und insoweit dasselbe gilt wie zu dieser Bestimmung.

Es ist zwar inhaltlich richtig, die Ablieferungspflicht weit zu fassen, um dem Ziel des § 1814 Abs. 3 Nr. 1 BGB insoweit gerecht zu werden. Die **Überschrift der beiden genannten Vorschriften ist dann aber zu eng formuliert**. So könnte in die Überschrift zu § 1820 BGB statt „Vorsorgevollmacht“ besser „betreuungsvermeidende Vollmachten“ eingefügt werden.

Abschließend ist festzuhalten:

- Ein **Bedürfnis für eine gesetzliche Definition der Vorsorgevollmacht besteht nicht**. Insbesondere ist hieraus – über bisherige Kriterien in Rspr. und Lehre hinaus –

kein überwölbender Erkenntnisgewinn für die Vielzahl der Vorschriften zu ziehen, in denen der Begriff in unterschiedlichen Zusammenhängen gebraucht wird.

Auch ist schwer erkennbar, dass sich wirklich schwierige Abgrenzungsprobleme hiermit lösen lassen.

Wenn bspw. *Sarres* (FamRB 2023, 38 [42]) bedauert, dass sich der Gesetzgeber gescheut habe, eine Definition der Vorsorgevollmacht zu schaffen, weil diese „**in Einzelfragen zu Entlastungen**“ hätte führen können, erschließt sich nicht wirklich, in welchen Bereichen dies zuträfe.

Als Vorteil einer Legaldefinition wird z.T. genannt, dass die Vorsorgevollmacht neben anderen Definitionen in den §§ 1814 ff. BGB (zB „Betreuer“, „Betreuungsverfügung“, „Patientenverfügung“, „Behördenbetreuer“, „Kontrollbetreuer“) **an zentraler Stelle verankert** worden wäre (vgl. *Schneider* BtPrax 2021, 9, [12]). Wenn zudem ausgeführt wird, dass dies dem Begriff ggf. auch „mehr inhaltliche Schärfung und eine sicherere Anwendungspraxis“ gegeben hätte, jedoch als einziges Beispiel nur Abgrenzungsprobleme bei der Beglaubigung nach § 7 Abs. 2 Satz 1 BtOG genannt werden (HK-BUR/*Bauer*, 2023, § 1820 Rn. 161), trägt beides nicht allzu weit.

- Nicht verkannt werden sollte allerdings, dass das **wesentlichste Element der Vorsorgevollmacht die Eignung zur Betreuungsvermeidung** ist und dies eigentlich am besten zur Kennzeichnung taugen würde. Da der Begriff aber sperrig ist und sich im Übrigen der Terminus „Vorsorgevollmacht“ im allgemeinen und juristischen Sprachgebrauch weitgehend durchgesetzt hat, mag es dabei bleiben, ohne weitere gesetzgeberische Folgerungen hieraus zu ziehen.
- Ein weiterer Gesichtspunkt ist schließlich: Eine – einengende – Definition ohne ausdrückliche Klarstellung der **unbeschränkten Geltung im Außenverhältnis** könnte womöglich die weiter oben und zu Frage 8, 2. Teilaspekt mehrfach thematisierte Verwendbarkeit der Vollmacht auch außerhalb eines Vorsorgefalls – sprich: vor der rechtlichen Betreuungsbedürftigkeit des Vollmachtgebers – einschränken, was mE nicht erwünscht wäre.

- **Wenn ja, wo könnte diese verortet werden und welche Regelungen sollte diese mindestens enthalten? Wie soll die Abgrenzung zu den §§ 164 ff. BGB aussehen?**

Da die Erforderlichkeit einer Regelung verneint wurde, erübrigen sich Ausführungen zu dieser Folgefrage.

Frage 8: Sollte die spätere Ausübung der Vorsorgevollmacht an bestimmte Nachweise geknüpft werden?

Da es sich um eine allgemeine Vollmacht handelt, deren Erteilung lediglich ein **subjektives Motiv zugrunde liegt, die aber im Außenverhältnis grundsätzlich unabhängig hiervon gebraucht werden kann**, wäre es systemwidrig, die Ausübung an bestimmte Nachweise zu knüpfen.

Der Vollständigkeit halber sei lediglich erwähnt: Ein entsprechender Gedanke – im Sinne freiwilliger Maßnahmen und zum Schutz gegen Missbrauch durch einen verfrühten Vollmachtsgebrauch zur Unzeit – wurde **nach Implementierung der Vorsorgevollmacht durch die Reform des Jahres 1992 zunächst diskutiert**.

Es kam der Vorschlag auf, durch **Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses den Eintritt der Vertretungsbedürftigkeit des Vollmachtgebers zu belegen**. Hiergegen wurden aber zwei wesentliche Bedenken angeführt: Zum einen die geringe Neigung der Ärzteschaft, mit einer derartigen Bescheinigung dazu beizutragen, dass die Bevollmächtigung im Rechtsverkehr akzeptiert wird (was womöglich auch Haftungsfragen auslösen kann). Zum anderen wurde zu Recht auf die Problematik hingewiesen, dass bei Vorlage der Vollmacht samt Attest jedes Mal der schlechte Gesundheitszustand des Vollmachtgebers gegenüber Dritten offenbart würde, was durchaus nicht in dessen Sinne sein muss.

Diese Argumente haben nach wie vor Gewicht. Sie sind aber **aus dem eingangs dieser Antwort erwähnten Grund nicht ausschlaggebend**.

- **Sollte - wie im österreichischen Recht (§ 263 ABGB) - der Eintritt des Vorsorgefalls als Wirksamkeitsvoraussetzung verpflichtend registriert werden?**

Das österreichische Konzept **unterscheidet sich fundamental von einschlägigen deutschen Rechtsvorstellungen.**

Die in §§ 260 ff. ABGB geregelte **Vorsorgevollmacht wird als eine der „vier Säulen des Erwachsenenschutzrechts“** angesehen (so der gleichnamige Titel des Aufsatzes von *Martin Schauer* (iFamZ 2017,148-157)). Die anderen Säulen der seit 1.7.2018 geltenden

Neuregelung sind drei Formen der Erwachsenenvertretung: Diese kann als gewählte, gesetzliche oder gerichtliche Erwachsenenvertretung ausgestaltet sein (zu Erfahrungen mit vier Jahren Erwachsenenenschutzrecht und Stimmungsbildern aus der Praxis ausführl. *Weitzenböck* iFamZ 2023, 88 [Teil I]; 143 [Teil II] und 216 [Teil III]). §

260 ABGB enthält insoweit eine gesetzliche Definition, die in ihrem Satz 1 an § 284 f. Abs. 1 ABGB des vormaligen Rechts anknüpft:

„Eine Vorsorgevollmacht ist eine Vollmacht, die nach ihrem Inhalt dann wirksam werden soll, wenn der Vollmachtgeber die zur Besorgung der anvertrauten Angelegenheiten erforderliche Entscheidungsfähigkeit verliert. Der Vollmachtgeber kann auch die Umwandlung einer bestehenden Vollmacht in eine Vorsorgevollmacht bei Eintritt des Vorsorgefalls anordnen.“

Dabei steht allerdings **die Vorsorgevollmacht nicht etwa in einem Exklusivverhältnis zu sonstigen Vollmachten.** Das neue österr. Recht ändert nichts an der Regel des allgemeinen Zivilrechts, dass auch eine schlichte Vollmacht nach §§ 1002 ff. ABGB nicht durch den Verlust der Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers erlischt (*Schauer* iFamZ 2017,148[150]).

Schauer a.a.O. bemerkt hierzu:

„In einem solchen Fall **besteht die schlichte Vollmacht als solche, aber eben nicht als Vorsorgevollmacht** weiter, was uU auf die Notwendigkeit zur Bestellung eines Erwachsenenvertreters Auswirkungen haben kann“.

Der letztgenannte Punkt wird allerdings aaO nicht näher ausgeführt.

Aus einer vom Verf. geführten schriftlichen **Diskussion mit einem österreichischen Experten des Erwachsenenschutzrechts** ging hierzu Folgendes hervor:

„Im österreichischen Recht bereitet der umgekehrte Fall eher größere Probleme. Wenn es nämlich eine **aufrechte Vertretung aufgrund einer ‚schlichten Vollmacht‘** gibt, darf **keine Erwachsenenvertretung** eingerichtet werden (§§ 264, 268 Abs 1 Z 2, 271 Z 2 ABGB). Dies ist besonders bei der gesetzlichen Erwachsenenvertretung ein Problem – besteht etwa (nur) eine Zeichnungsberechtigung auf einem Bankkonto der zu vertretenden Person, scheint dies die Errichtung einer gesetzlichen Erwachsenenvertretung mit einem Wirkungsbereich „Verwaltung von Einkünften, Vermögen und Verbindlichkeiten“ (§ 269 Abs 1 Z 3 ABGB) zu verhindern, weil die in § 269 Abs 1 genannten Wirkungsbereiche nur (und inhaltlich unverändert) mit dem im Gesetz geregelten Inhalt im ÖZVV eingetragen werden können.

Eine gewählte und gerichtliche Erwachsenenvertretung kann dagegen zwar „um die bestehende schlichte Vollmacht herum“ gebaut werden, das ist aber doch recht kompliziert.

Die **Praxis geht damit sehr pragmatisch um** (vgl. *Weitzenböck* iFamZ 2023, 218 und die in Fn. 29 zit. Rspr.). Gesetzliche Erwachsenenvertretungen werden fallweise trotz bestehender Zeichnungsberechtigungen eingetragen.

Eine **Vorsorgevollmacht kann zwar selbstverständlich parallel zur aufrechten schlichten Vollmacht errichtet werden**, deren Inhalt muss (oder sollte zumindest) dann aber auch eine Regelung dafür enthalten, welches rechtliche Schicksal diese schlichten Vollmachten nach Eintritt des Vorsorgefalls haben sollen.

Überhaupt ist die **teilweise beträchtliche rechtliche Komplexität des Vollmachtsrechts** (auch wir haben etwa mit der Regelung des § 1008 ABGB [Stichwort Spezial- und/oder Gattungsvollmacht] unsere Probleme) einer der Hauptgründe, warum sich der Gesetzgeber dazu entschlossen hat, die Errichtung von Vorsorgevollmachten (aber auch von gewählten und gesetzlichen Erwachsenenvertretungen) doch sehr stark zu formalisieren, insbesondere obligatorische Beratung durch (hoffentlich ausreichend) Rechtskundige vorzusehen“.

Die österr. Vorsorgevollmacht ist nach alledem ein in spezifischer Weise geregeltes Rechtsinstitut, welches zwar die Betroffenen besonders schützen soll, aber daneben eine wirksam erteilte schlichte Bevollmächtigung – ohne Beachtung der in § 262 f. ABGB enthaltenen speziellen Formvorschriften – grundsätzlich weiterhin gelten lässt. Allein dies

spricht **gegen die Übernahme von Teilaspekten der formellen Wirksamkeitsvoraussetzungen der österr. Vorsorgevollmacht** für Vollmachten des deutschen Rechts. Denn diese sind – wie wiederholt dargelegt – Vollmachten allgemeiner Natur mit unbeschränkter Außenwirkung, denen lediglich ein bestimmtes, aber nicht rechtlich exklusiv prägendes Motiv zugrunde liegt.

Zu diesen speziellen österr. Formvorschriften gehört, dass zu gegebener Zeit **der Eintritt des Vorsorgefalls gem. § 263 Abs. 1 ABGB amtlich registriert** werden, wozu die Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses geboten ist.

In dem hierfür vorgeschriebenen Muster (vgl. dazu bereits Frage 1, 2. Teil) bestätigt „die unterfertigte Ärztin/der unterfertigte Arzt“ (offenbar ohne fachlichen Qualifikationsnachweis!), dass der oder die Betroffene „aufgrund einer psychischen Krankheit oder vergleichbaren Beeinträchtigung ihrer/seiner Entscheidungsfähigkeit folgende Angelegenheiten nicht für sich selbst besorgen kann“. Nähere Angaben zur Art der psychischen Krankheit oder Beeinträchtigung der Entscheidungsfähigkeit werden – wie bereits erwähnt – offenbar nicht verlangt.

Die Übernahme einer vergleichbaren Regelung in das deutsche Recht würde eine **weitgehende Beschneidung der Privatautonomie bedeuten**, weil damit zur Vermeidung einer Betreuung *geeignete*, aber nicht als solche ausdrücklich *bestimmte*, Vollmachten von der Vertretung des Betroffenen nach tatsächlichem Wegfall seiner Geschäftsfähigkeit ausgeschlossen würden. Nach deutschem Rechtsverständnis sind vergleichbare Formvorschriften für derartig „zweckfreie“ Vollmachten weder für deren Errichtung noch für den Eintritt ihrer Wirksamkeit vorgesehen und auch nicht erforderlich (dazu bereits die Antwort zu Frage 5). Das ist richtig und konsequent, da sie nur eine Erscheinungsform der allgemeinen Vollmachten nach §§ 164 ff. BGB darstellen, ohne sich in ihrem Wesenskern von diesen zu unterscheiden.

Deshalb ist das **Herauspicken einzelner Bestimmungen aus einem fundamental anderen ausländischen Regelungskonzept in keiner Weise zielführend**.

Von Interesse ist allenfalls, dass – wie bereits zu Frage 1, Teil 2 a.E. angesprochen – in Österreich die an der Eintragung des Vorsorgefalls beteiligten Personen bzw. Stellen auch **begründete Zweifel an der Eignung des Bevollmächtigten zu berücksichtigen** haben und

dann die Eintragung ablehnen müssen. Vielmehr ist in diesem Fall das PflEGschaftsgericht zu verständigen. Allein dieser Aspekt des Schutzes der Betroffenen ist aber kein zwingendes Argument für die ggf. isolierte und dann systemwidrige Übernahme von österreichischen Regelungen.

- **Bedarf es eines anderweitigen Aktes der Bestätigung des Eintritts des Vorsorgefalls, um die Vorsorgevollmacht im Rechtsverkehr einsetzen zu können?**

Wie bereits wiederholt ausgeführt, ist de lege lata der Einsatz der Vorsorgevollmacht im Außenverhältnis nicht an einen „Vorsorgefall“ gebunden. Wollte man dies anders i.S. der österreichischen Bestimmungen regeln, würde dies ein **grundlegend abweichendes Konzept der Vorsorgevollmacht** voraussetzen.

Dabei ist ein „anderweitiger Akt“ i.S. der Fragestellung schwer vorstellbar, weil dies eine **staatliche Überprüfung der Voraussetzungen eines näher zu definierenden Vorsorgefalls** voraussetzt. Eine solche ist gegenwärtig allenfalls mittelbar und annähernd dadurch gegeben, dass das Betreuungsgericht im Hinblick auf die für wirksam und betreuungsvermeidend gehaltene Vollmacht im entsprechenden Umfang die Einrichtung einer Betreuung nach §§ 1814 ff. BGB ablehnt.

Eine unmittelbare **Bestätigung des Eintritts des Vorsorgefalls erscheint systemwidrig**. Wer einen vorzeitigen Gebrauch der Vollmacht verhindern will, hat hierzu Möglichkeiten im Innenverhältnis zum Bevollmächtigten, etwa die Herausgabe der Urkunde oder die Ermöglichung des Zugriffs hierauf erst im wirklichen Bedarfsfall.

- **Oder sollte eine Anzeigepflicht bei Aufnahme der Tätigkeit als Bevollmächtigter eingeführt werden, um eine Kontrolle durch das Betreuungsgericht zu ermöglichen?**

Vollmachten dienen – auch – zur **privatautonomen Entlastung der Betreuungsgerichte**. Die Bürgerinnen und Bürger hätten kein Verständnis dafür, wenn sie als Bevollmächtigte sich gegenüber dem Gericht verantworten müssten, und sei es auch nur durch Anzeige ihrer Bevollmächtigten-Tätigkeit.

Welche unmittelbare Folge sollte zudem eine derartige Anzeigepflicht haben?

Entsprechende Mitteilungen könnten doch allenfalls in einem AR-Register abgelegt werden. Es ist kaum vorstellbar, dass die **ohnehin überlasteten Betreuungsgerichte von sich aus Überprüfungsmaßnahmen** einleiten, wenn nicht konkrete Anhaltspunkte für die Notwendigkeit einer Kontrollbetreuung nach § 1820 Abs. 3 Nr. 2 BGB vorliegen. Deshalb würde eine derartige Anzeigepflicht nur zu bürokratischem Mehraufwand führen, ohne dass damit irgendeine Verbesserung für die Betroffenen verbunden wäre.

Frage 9: Sind spezielle gesetzliche Regelungen für das Innenverhältnis erforderlich, die über das Auftrags- und Geschäftsbesorgungsvertragsrecht hinausgehen (z.B. zu Auskunft, Rechenschaft, Herausgabe, Schadensersatz, Haftungsbegrenzung, Schenkungen, Pflicht zur Erstellung eines Vermögensverzeichnisses)? Wenn ja, wie könnten diese aussehen?

Sollte eine Verpflichtung eingeführt werden, das Innenverhältnis zu regeln?

Das **Auftrags- und Geschäftsbesorgungsvertragsrecht bietet ausreichende Handhaben**, um Fragen des Innenverhältnisses zu lösen. Dies bestätigt auch *Sarres* (FamRB 2023, 38 [42]):

„Das Auftragsrecht der §§ 662 bis 675b BGB tariert die wechselseitigen Interessen der Beteiligten aus. Die Pflichten des Bevollmächtigten konkurrieren mit seinem **Recht auf jederzeitige Kündigung** gem. § 671 Abs. 1 Satz 1 BGB. Umgekehrt könnte der Auftraggeber den Auftrag jederzeit kündigen, § 671 Abs. 1 Satz 1 BGB“.

Es ist nicht geboten, insoweit eine verpflichtende Vorgabe zu ergänzenden Regelungen einzuführen. Denn der Vorzug der Vollmacht liegt für die Beteiligten in ihrer **unbürokratischen Handhabbarkeit**.

Wenn der Bevollmächtigte etwa wie ein Testamentsvollstrecker zwingend ein Vermögensverzeichnis erstellen müsste, wäre dieser Vorteil verspielt.

Das **Innenverhältnis i.S.v. Anweisungen an den Bevollmächtigten ist nicht in schematischer Weise gesetzlich regelbar**. Die künftigen Situationen, in denen von der Vollmacht Gebrauch gemacht wird, sind nicht vorhersehbar. Gesetzliche Vorgaben würden den Bevollmächtigten in nicht praktikabler Weise binden.

Im Übrigen scheinen hierzu keine wesentlichen Lücken beim Schutz des Vollmachtgebers zu bestehen.

Beklagt wird z.T. eher ein gegenläufiger Trend ^(Müller-Engels FamRZ 2021, 645 [646]):

Die **Auskunfts- und Rechenschaftspflichten eines Vorsorgebevollmächtigten** seien zuletzt von der obergerichtlichen Rspr. ^(z.B. OLG München FamRZ 2018, 1116) z. T. erheblich ausgedehnt worden. Ohne eine maßvolle Begrenzung der Pflichten des Bevollmächtigten und ggf. auch seiner Haftung – vor allem gegenüber den Erben nach dem Tod des Vollmachtgebers – werde sich womöglich bald kein Angehöriger mehr finden, der bereit ist, die zeitintensive und verantwortungsvolle Tätigkeit als – zumeist unentgeltlich tätiger – Generalbevollmächtigter auszuüben.

Das ist allerdings kein vom Gesetzgeber zu regelndes Problem, sondern eher durch **Gestaltungsempfehlungen zum Vollmachtstext** zu lösen ^(Müller-Engels FamRZ 2021, 645 [646] m.w.N.). In Fn. 22): Insoweit erweist sich eine notarielle Beurkundung der Vollmacht wiederum als grundsätzlich vorteilhaft.

Frage 10: Sehen Sie Bedarf für die Einführung differenzierter Vorsorgeinstrumente, die in den Anforderungen und Kontrollmechanismen abgestuft sind? Wenn ja, wie könnten diese ausgestaltet sein?

Die Betreuung einerseits und die vielfältig gestaltbare Vollmacht andererseits reichen aus.

Komplex 3 – Staatlicher Schutz durch betreuungsrechtliche Instrumente:

Frage 11: Sind die Möglichkeiten zur Beratung von Vollmachtgebern und Bevollmächtigten sowie die Beratung, Begleitung und Qualifizierung von Bevollmächtigten ausreichend gesetzlich geregelt? Oder sollte eine Pflichtberatung bei Errichtung eingeführt werden (Modell Österreich, vgl. § 262 Absatz 2 ABGB)?

Die gesetzlich geregelten Beratungsangebote insbesondere durch Betreuungsvereine und Betreuungsstellen erscheinen **ausreichend**.

Die **österreich. persönliche Pflichtbelehrung nach § 262 Abs. 2 ABGB** ist wiederum in Zusammenhang mit der engen Regelung zu sehen, dass wirksam werdende Vorsorgevollmachten nur unter Mitwirkung von Notaren, Rechtsanwälten oder Erwachsenenschutzvereinen beurkundet werden dürfen. Die Inhalte der von diesen zu leistenden Belehrung werden in der genannten ABGB-Vorschrift näher umschrieben.

Eine allgemeine Pflichtberatung vor jeder auch privatschriftlich errichteten Vorsorgevollmacht erschiene **überzogen und mit der Privatautonomie kaum vereinbar**. Wiederum ist zu beachten, dass jede zusätzliche Hürde vor der Errichtung von Vorsorgevollmachten kontraproduktiv für das berechtigte Anliegen wäre, deren Verbreitung zu fördern.

Kritik an diesem Einwand bei eventuell zunehmendem Missbrauch übt allerdings *Renner*^(NotBZ 2024, 12 [20]), der in einer vorherigen **Pflichtberatung ein Instrument** sieht, **die Auswahlentscheidung der Vollmachtgeber zu beeinflussen**. Dies setze freilich eine Legaldefinition der Vorsorgevollmacht voraus sowie eine Regelung der Beratungsbefugten und ihrer Dokumentationspflichten.

Frage 12: Wie kann ggf. ein erleichterter Zugang zu qualifizierter Beratung im Hinblick auf Vorsorgeinstrumente erreicht werden?

Ein erleichterter Zugang zu Beratungsangeboten über Vorsorgeinstrumenten wäre relativ einfach durch **Abbau technischer Barrieren** zu erreichen. Landratsämter, Städte und Betreuungsvereine sollten (qua Dienst- oder Rechtsaufsicht, Förderungsvoraussetzungen) verpflichtet werden, die Suchfunktionen auf ihren Internetportalen so zu gestalten, dass bei der Eingabe von „Vorsorgevollmacht“, „Patientenverfügung“ oder „Betreuung“ sofort eine E-Mail- Adresse oder eine Telefonnummer aufscheint, die zu einer konkreten Beratungsstelle führt.

Versuche bei einigen Behörden ergaben, dass stattdessen auf alle möglichen Broschüren verwiesen wird, aber **nicht auf Zugangsmöglichkeiten zur konkreten Beratung**, die man dann mühsam weitersuchen muss. Alle Kommunen haben übrigens ein Qualitätsmanagement und das könnte eingesetzt werden, um den Zugang zu erweitern und zu erleichtern.

Man sollte auch prüfen, ob über **Beratungshilfe auch Rechtsanwälte** angesprochen werden könnten.

Frage 13: Bedarf es – unterhalb der Schwelle zur Anordnung einer Kontrollbetreuung – der Einführung weiterer Instrumente zur Kontrolle der Ausübung der Tätigkeit des Bevollmächtigten für den Fall der fehlenden Handlungsfähigkeit des Vollmachtgebers? Wenn ja, wie könnten diese aussehen?

Weitere Instrumente zur Bevollmächtigtenkontrolle im Sinne der Fragestellung wären ein **unverhältnismäßiger Eingriff in das privatautonome Handeln des Vollmachtgebers**.

Wer sich für die Erteilung einer Vollmacht entscheidet, um ggf. eine gerichtlich angeordnete Betreuung zu vermeiden, hat damit eine Wahl getroffen.

Die **Kontrollbetreuung als äußerste Leitplanke gegen ein absprachewidriges Handeln des Bevollmächtigten** muss ausreichen.

Jede weitergehende Maßnahme zu dessen Überwachung liefe auf eine **staatliche Zwangsbeglückung** hinaus, die weder von Vollmachtgebern noch Bevollmächtigten akzeptiert würde. Man kann nicht einerseits für die privatautonome Rechtsvorsorge werben und andererseits ohne konkreten Anlass mit staatlicher Überwachung winken.

Frage 14: Ist eine stärkere Kontrolle der Ausübung von Vorsorgevollmachten durch das Betreuungsgericht erforderlich, etwa durch eine Ausweitung der Genehmigungserfordernisse über §§ 1829 ff. BGB hinaus?

Wenn ja, für welche weiteren Rechtshandlungen sollte mit welcher Begründung ein Genehmigungserfordernis geschaffen werden? Sollte es dem Vollmachtgeber möglich sein, z.B. für Immobilienverfügungen ein Genehmigungserfordernis anzuordnen?

Hiergegen sprechen dieselben Argumente wie zu Frage 13 dargelegt.

Frage 15: Mit welchen Maßnahmen könnten Betreuungsverfahren, die den Schutz von Vollmachtgebern zum Gegenstand haben, verbessert werden?

Keine Vorschläge!

Frage 16: Haben Sie bereits Erfahrungen mit der Wirksamkeit der Kontrollbetreuung insbesondere nach den hierzu am 1.1.2023 in Kraft

getretenen Änderungen dieses Instruments gemacht und wie bewerten Sie die Wirksamkeit der Regelungen in § 1820 Absatz 3 bis 5 BGB?

Der **Schutz der Vorsorgevollmacht gegen deren übereilte Außerkraftsetzung** ist elementare Voraussetzung dafür, dass das Selbstbestimmungsrecht des Vollmachtgebers sich gegenüber staatlicher Bevormundung behaupten kann (so zutreffend *Spornath* notar 2023, 3 [5]).

Mir liegen zwar keine eigenen Erfahrungen vor. Jedoch scheint die bisher erst spärlich vorliegende höchstrichterliche Rechtsprechung insoweit auf einem guten Weg zu sein (BGH FamRZ 2023, 1150 Ls. 4).

Allerdings teile ich die Kritik an § 1820 Abs. 5 BGB, soweit **nur der Widerruf von „Vorsorgevollmachten“** dem gerichtlichen Genehmigungsvorbehalt unterliegt (HK-BUR/Bauer, 2023, § 1820 BGB Rn. 161; Jurgelcit/Jurgelcit, 2023, § 1820 BGB Rn 56; für den Widerruf von Bankvollmachten auch *Renner* NotBZ 2024, 12 [17]).

Eine – derzeit – analoge Anwendung des Abs 5 Satz 2 auf **alle anderen gegenüber der Betreuerbestellung i.S.v. § 1814 Abs. 3 Nr. 1 BGB vorrangigen Vollmachten** liegt aus verfassungsrechtlichen Gründen (Subsidiaritätsprinzip, Grundrechtsschutz des privatautonomen Selbstbestimmungsrechts des Vollmachtgebers) nahe. Die Bindung des Betreuers an die Wunschbefolgungspflicht des Betreuers nach § 1821 Abs. 2 bis 4 BGB allein erscheint in diesem grundrechtsrelevanten Kontext nicht ausreichend (HK-BUR/Bauer § 1820 BGB Rn. 161).

Erwägenswert wäre eine **Erweiterung der Kompetenzen der Betreuungsbehörde** im Hinblick auf eine „Suspendierung“ der Vollmacht gem. § 1820 Abs. 4 BGB.

In Betracht käme die Regelung eines diesbezüglichen **behördlichen Vorschlagsrechts im BtOG**.

Auch sollte die Bekanntgabe von Beschlüssen an diese nach § 288 Abs. 2 FamFG insofern erweitert werden und der Behörde auch ein Beschwerderecht nach § 303 FamFG gegeben werden.

Die **Suspendierung dürfte übrigens eine Endentscheidung** sein und der Beschwerde jedenfalls im Namen des Vollmachtgebers unterliegen (vgl. *W.-A. Böhm* FamRZ 2022, 1253 [1258]); das könnte ggf. klargestellt werden.

Weiterhin problematisch erscheint die **Herausgabe der Vollmachtsurkunde an den Betreuer** (§ 1820 Abs. 4 Satz 1 BGB). Warum hier nicht die Herausgabe an das Gericht vorgesehen wurde, erschließt sich nicht (so auch Müller-Engels/Braun/Renner/Braun Kap. 2 Rn 568). Es besteht die Gefahr, dass Vollmachten durch den Betreuer vernichtet werden oder verloren gehen. Im Falle nicht beurkundeter Vollmachten sind sie dann unersetzbar. Im Falle beurkundeter Vollmachten müsste der Notar in der Urkunde beauftragt werden, Neuausfertigungen nicht nur auf Verlangen des Vollmachtgebers, sondern auch auf Verlangen des Bevollmächtigten auszustellen, wenn dieser eine Suspendierung und deren Aufhebung nachweist und versichert, dass die Vollmachtsurkunde ihm dennoch nicht mehr ausgehändigt worden ist (Spemath notar 2023, 3 [6]).

Grundsätzlich kritisch zu bewerten ist, dass die Suspendierung der Vollmacht nach dem Wortlaut auch **unabhängig von einem Verfahren zur endgültigen Aufhebung** und damit unter Umgehung der strengen Voraussetzungen hierfür möglich ist, statt ausschließlich der Sicherung bis zur Beendigung eines solchen Verfahrens zu dienen (hierzu Müller-Engels DNotZ 2021, 84 [98]). Die entsprechende Regelung geht zwar auf die Beschlussempfehlung des BT-RA zurück (BT-Drs. 19/27287,23). Allein das sollte aber nicht hindern, sie nochmals auf den Prüfstand zu stellen.

Bedenkenswert erscheint folgende Anregung von Spemath (notar 2023, 2 [6]):

„Auch wäre es sinnvoll, wenn **bei beurkundeten Vollmachten eine Meldung des Gerichts an das Zentrale Vorsorgeregister** und an den die Vollmacht beurkundenden Notar vorgeschrieben wären, wenn eine Vollmacht widerrufen wurde. Denn wie soll dieser vom Widerruf Kenntnis erhalten?“

Frage 17: Sind die bestehenden strafrechtlichen Regelungen zum Schutz älterer Menschen vor Eigentums- und Vermögensdelikten mit Hilfe von Vorsorgevollmachten ausreichend oder besteht gesetzlicher Änderungs- bzw. Ergänzungsbedarf (z.B. Streichung des Antragserfordernisses nach § 247 StGB)?

Gemäß § 266 Abs. 2 i. V. m. § 247 StGB werden einschlägige Taten namentlich einer **Vermögensuntreue nur auf Antrag verfolgt**, wenn durch sie ein Angehöriger i. S. d. § 11 Abs. 1 Nr. 1 StGB verletzt wird oder der Verletzte mit dem Täter in häuslicher Gemeinschaft lebt.

Antragsberechtigt sind gem. § 77 Abs. 1 StGB der Verletzte sowie, wenn dieser geschäftsunfähig ist, nach § 77 Abs. 3 StGB der gesetzliche Vertreter. Stirbt der Geschädigte, erlischt das Antragsrecht und die Tat ist (wenn zuvor kein Strafantrag gestellt wurde) nicht mehr verfolgbar.

Die **Antragsfrist** beträgt gem. § 77 Abs. 1 Satz 1 StGB drei Monate, wobei sie nach § 77 Abs. 2 StGB mit Ablauf des Tages beginnt, an dem der Antragsberechtigte von der Tat und der Person des Täters Kenntnis erlangt.

Das führt in der Praxis häufig zur **Nichtverfolgbarkeit der Taten**, weil die Täter sehr oft aus dem engsten Umfeld der Geschädigten stammen.

Dieses Problem ließe sich nur dadurch lösen, dass die **Haus- und Familienuntreue von einem absoluten in ein relatives Antragsdelikt verwandelt** würde, sodass die Tat bei einem besonderen öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung (was aufgrund der besonderen Schutzlosigkeit der Geschädigten häufig zu bejahen sein dürfte) auch von Amts wegen verfolgt werden könnte (vgl. zum Ganzen *Stam Kriminalistik* 2018, 721 [723]).

Sofern am Antragserfordernis festgehalten wird, müsste § 77 Abs. 3 StGB umformuliert werden; ein Aufgabenkreis „persönliche Angelegenheiten“ bei Betreuern ist wohl seit 1.1.2023 kaum mehr denkbar. Die Vorschrift könnte womöglich lauten:

„Ein rechtlicher Betreuer ist unabhängig vom Aufgabenkreis antragsberechtigt, soweit der Betreute als geschäftsunfähig anzusehen ist oder ein Einwilligungsvorbehalt besteht.“

Im Zuge einer ohnehin notwendigen Vorschriftenbereinigung könnte auch an **§ 149 Abs. 2 StPO** gedacht werden. Dort tut sich die strafgerichtliche Rechtsprechung bei Betreuern als Beiständen schwer (vgl. BGH FamRZ 2013, 547 [Ls.] und NSTZ 2008, 524; *Elzer BtPrax* 2000 139; LR/*Jahn*, 2021, § 149 StPO Rn. 2).

Auch ist zu erwägen, ob hier **auch der Vollmachtnehmer** – jedenfalls einer betreuungsermeidenden Vollmacht i.S.d. § 51 Abs. 3 ZPO – eingefügt werden sollte.

Frage 18: Welche bislang noch nicht genannten Ansätze zum Schutz der vollmachtgebenden Person sind für Sie denkbar?

Patientenverfügungen müssen i.S. von „Ausdruck und Geltung verschaffen“ gem. § 1827 Abs. 1 Satz 2 BGB umgesetzt werden durch einen Betreuer, Vorsorgebevollmächtigten oder Ehegatten. Vielfach wird der Aussteller einer Patientenverfügung für diese Aufgaben eine bestimmte Person als Vertreter bestimmen wollen.

Hierbei kann nicht nachdrücklich genug empfohlen werden, die **Patientenverfügung mit einer Vorsorgevollmacht zu kombinieren**, weil nur auf diese Weise die Durchsetzung des Patientenwillens im Fall der eigenen Entscheidungsunfähigkeit grundsätzlich optimal sichergestellt werden kann.

In der Beratungspraxis sollte ausnahmslos hierauf hingewiesen werden. Erwägenswert wäre die Empfehlung, dies **noch stärker zu verknüpfen**, indem entweder in der Patientenverfügung selbst die Möglichkeit einer konkreten Bevollmächtigung für die Gesundheitsvorsorge vorgesehen oder darin auf die Tatsache einer bestehenden Bevollmächtigung verwiesen wird.