

MERKBLATT 1

Vorsorgevollmacht und Betreuungsverfügung

Was Sie wissen sollten...

Dieses Merkblatt soll einige wenige Zusammenhänge darstellen und erste Fragen beantworten. Bitte bedenken Sie, daß Fragen im Zusammenhang mit Vorsorgevollmacht und Betreuungsverfügung im Einzelfall sehr komplex sein können. Auch die gesetzlichen Vorschriften sind differenziert und kompliziert und Rechtsprechung muss zusätzlich beachtet werden. Ein derartiges Merkblatt kann daher eine solide (notarielle) Beratung nicht ersetzen!

I.

Einführung

Sie tragen sich mit dem Gedanken, eine Vorsorgevollmacht zu errichten? Wir wollen Ihnen eine erste Orientierung dazu bieten, worum es hier geht und einige Grundbegriffe erläutern bzw. Fragen beantworten.

II.

Sie haben (noch) keine Vorsorgevollmacht?

Kann ein Volljähriger auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht (mehr) besorgen, so bestellt das Betreuungsgericht auf seinen Antrag oder von Amts wegen für ihn einen Betreuer. Das ist der Grundsatz, wie er sich aus § 1896 Abs. 1 S. 1 BGB ergibt. Die Älteren unter Ihnen werden sich vielleicht noch daran erinnern, daß es früher die Entmündigung wegen Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Sucht oder Verschwendung gab. Eine Entmündigung gibt es seit dem Inkrafttreten des Betreuungsgesetzes und damit seit dem 01.01.1992 nicht mehr. Mit dieser vielleicht wichtigsten und tiefgreifendsten Reform des BGB seit seinem Inkrafttreten am 01.01.1900 bleibt also auch der Volljährige, der tatsächlich nicht mehr in der Lage ist, sich um seine Angelegenheiten eigenverantwortlich zu kümmern, rechtlich handlungsfähig. Der Betreuer handelt also nicht anstelle des Betreuten, sondern steht ihm rechtlich zur Seite. Der Betroffene behält seine Geschäftsfähigkeit. Ist allerdings der Betroffene wegen einer psychischen Krankheit oder einer geistigen oder seelischen Behinderung in seiner Selbstbestimmung wesentlich eingeschränkt, dann kann die Anordnung einer Betreuung mit einem sogenannten Einwilligungsvorbehalt versehen sein. Handlungen des Betroffenen sind dann grundsätzlich an eine Zustimmung des Betreuers gebunden.

Der (vom Betreuungsgericht, also vom Amtsgericht) eingesetzte Betreuer steht unter der Aufsicht des Betreuungsgerichtes (hierzu noch unten).

Wenn Sie dies alles nicht wollen, wenn Sie vielmehr privatautonom in der Familie oder im Bekanntenkreis regeln wollen, wer Ihnen rechtlich zur Seite stehen soll, also Ihre Angelegenheiten besorgt, dann sollten Sie eine Vorsorgevollmacht errichten.

Übrigens ist der Begriff der Betreuung insoweit irreführend, als daß es lediglich um rechtliche Betreuung geht, also Beistand in Form von Rechtsfürsorge. Ursprünglich war auch einmal an die karitative, persönliche Betreuung gedacht - dies ist jedoch aus Kostengründen gestrichen worden. Diese persönliche Betreuung zu organisieren ist dann wiederum Aufgabe des Betreuers (oder Vorsorgebevollmächtigten).

III.

Empfehlungen, Erläuterungen, Grenzen

- a) Entschließen Sie sich, in guten Zeiten für schlechte Zeiten vorzusorgen, dann sollten Sie eine -> *Generalvollmacht und Vorsorgevollmacht* erteilen. Da der Übergang von Phasen, in denen man noch rechtlich eigenverantwortlich handeln kann zu Phasen, in denen dies nicht mehr möglich ist, fließend ist (beginnender Alzheimer, Fortschreiten der senilen Demenz) wäre es unpraktisch, die Vorsorgevollmacht nur dann wirken zu lassen, wenn Sie nicht mehr in der Lage sind, für sich selbst zu sorgen, da dies der Bevollmächtigte dann laufend nachweisen müßte. Grundsätzlich ist also eine *General- und Vorsorgevollmacht* sofort ab Abschluß der Beurkundung wirksam.
- b) Eine derartige Vollmacht ist grundsätzlich an keine Form gebunden, kann von Ihnen also auch privatschriftlich, also ohne Notar und sogar mündlich erteilt werden. Empfehlenswert ist dies nicht, da der Bevollmächtigte im Rechtsverkehr eine sichere Grundlage haben muß, für den Betreuten (also den Vollmachtgeber) zu handeln - und hierfür ist nur eine notarielle Vollmacht ausreichend (zu den Kosten noch weiter unten). Der Rechtsverkehr akzeptiert im wesentlichen auch nur notarielle Vollmachten. Wenn die Vollmacht zum Tragen kommt (in den "schlechten Zeiten"), ist es regelmäßig zu spät, die richtige Form nachzuholen.
- c) Sie finden in Abschnitt I. unseres Musters die Einschränkung, daß die Vollmacht nur soweit gilt, soweit eine Vertretung gesetzlich zulässig ist. Hiermit ist eine (absolute) Grenze jeder Vollmacht be

schrieben: Es gibt bestimmte höchstpersönliche Erklärungen, die nur der Vollmachtgeber persönlich erledigen kann. Als Beispiele mögen hier das Testament und die Errichtung einer Patientenverfügung (→ *Merkblatt Nr. 4 Patientenverfügung*) dienen (letztlich kann man auch nur höchstpersönlich heiraten und nicht durch einen Vertreter heiraten lassen).

d) Soweit in Abschnitt II Abs. 3 unseres Musters ausgeführt wird, der Bevollmächtigte *unterliegt nicht den gesetzlichen Beschränkungen eines Betreuers*, ist damit folgendes gemeint: Der vom Amtsgericht bestellte Betreuer steht unter Aufsicht des Amtsgerichts ('unter Kuratel'). Er muß z.B. gemäß § 1908i Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 1840 BGB dem Gericht mindestens einmal jährlich einen schriftlichen Vermögensentwicklungsbericht abliefern. Er hat eine Vermögensverwaltung zu führen, also z.B. ein Kassenbuch. Dies alles wollen Sie im Zweifel dem von Ihnen Bevollmächtigten nicht zumuten - deshalb die Befreiung von den gesetzlichen Beschränkungen eines Betreuers.

e) Mit dem in unserem Muster dann folgenden Satz („Der Bevollmächtigte unterliegt nicht den gesetzlichen Beschränkungen eines Betreuers. Wird für Rechtsgeschäfte, für die der Bevollmächtigte eine Vertretungsmacht nicht hat, ein Betreuer bestellt, so bleibt die Vollmacht im übrigen bestehen“) ist der (in der Praxis eher seltene) Fall gemeint, daß es unter Umständen trotz der *General- und Vorsorgevollmacht* doch für bestimmte Vermögensbereiche einmal notwendig werden könnte, vom Gericht einen Betreuer bestellen zu lassen. Denken Sie beispielsweise an den mittelständischen Unternehmer, der mehrere Beteiligungen an Unternehmen hält. Fällt dieser Mitgesellschafter auf Grund einer schwerwiegenden Erkrankung oder wegen Altersdemenz aus und hat er seiner Ehefrau, die vielleicht von den geschäftlichen Dingen nur wenig oder keine Ahnung hat, eine *General- und Vorsorgevollmacht* erteilt, kann es richtig sein, - bezogen und beschränkt auf die Unternehmensbeteiligungen - einen (professionellen) Dritten, z.B. einen Wirtschaftsprüfer, zum Betreuer zu bestellen, damit eine sachgerechte Ausübung der Mitgesellschafterrechte möglich ist. Dieser Satz kann evtl. also gestrichen werden.

f) Soweit in Abschnitt III Ziffer 1. unseres Musters auf § 13 SGB X (also Teil X des Sozialgesetzbuches) hingewiesen wird, wird damit auf die Regelung über 'Bevollmächtigte und Beistände' in allen Zweigen des deutschen Sozialrechts verwiesen. Damit wird gegenüber den Sozialversicherungen (z.B. der Pflegeversicherung oder der Krankenversicherung oder der Rentenversicherung) klargestellt, daß der durch die Urkunde Bevollmächtigte auch Bevollmächtigter und Beistand i.S.d. gesamten Sozialrechts ist. Dies ist eine Regelung, die auf Grund des Charakters der Vollmacht als *Generalvollmacht* an sich nicht notwendig ist, aber von uns doch vorsorglich aufgenommen wird, damit es gerade in Bezug auf sozialrechtliche Tatbestände keinerlei Zweifel gibt oder Schwierigkeiten auftreten.

- g) In Abschnitt III Ziffer 3. unseres Musters verankern wir die (auf Grund unserer Empfehlung grundsätzlich außerhalb der *General- und Vorsorgevollmacht*) zu protokollierende *Patientenverfügung*, damit klar ist, wer dem in einer Patientenverfügung niedergelegten Willen Ausdruck und Geltung verschaffen soll - dies soll der Bevollmächtigte tun.
- h) Erteilen sich zwei Personen, insbesondere Eheleute, wechselseitig *eine General- und Vorsorgevollmacht*, dann finden Sie in unserem Muster die Formulierung, wonach sich die Bevollmächtigten *wechselseitig von den einschränkenden Bestimmungen des § 181 BGB befreien*. Zum Verständnis dieser Klausel muß man sich immer vergewärtigen, daß die Erteilung einer Vollmacht die Übertragung von Rechtsmacht bedeutet. Wer Macht hat, kann damit Mißbrauch treiben ('Gelegenheit macht Diebe'). Ein besonders krasser Fall der mißbräuchlichen Verwendung einer Vollmacht ist dann gegeben, wenn der Bevollmächtigte Vermögenswerte des Betreuten in sein eigenes Vermögen überführt. Er würde hier ein sogenanntes 'Geschäft mit sich selbst' tätigen. § 181 BGB verbietet grundsätzlich derartige 'Geschäfte mit sich selbst', es sei denn, man gibt dem Bevollmächtigten die entsprechende Rechtsmacht.
- i) Ein zweiter denkbarer Mißbrauchsfall (allerdings von deutlich geringerer praktischer Bedeutung) wäre der, daß der Bevollmächtigte gleichzeitig als Vertreter eines Dritten handelt: Der alte, senile Vater lebt in einem Pflegeheim; der Sohn, der im Besitz einer *General- und Vorsorgevollmacht* ist, ist Geschäftsführer einer Immobilienanlagegesellschaft. Nun könnte der Sohn auf die Idee kommen, das Grundstück des Vaters auf seine Gesellschaft zu übertragen - und würde dann in ein und derselben Urkunde sowohl als Vertreter seines Vaters als auch als Vertreter des Unternehmens, also eines Dritten handeln. Diese Fälle sind selten und deshalb liegen hier keine praktisch relevanten Risiken.
- j) Gestalten Sie die Vorsorgevollmacht so aus, daß Sie sich als Eheleute zunächst einmal wechselseitig bevollmächtigen, dann sollte also klar sein, daß Sie sich von allen einschränkenden Bestimmungen des § 181 BGB befreien. Nehmen Sie in dieser Urkunde aber auch gleichzeitig eine Ersatzbevollmächtigung (z.B. auf die Kinder) vor, dann sollten diese nicht von vornherein von dem Verbot des Ingeschäftes befreit werden (Können Sie immer sicher vorhersagen, welche dritten Personen Einfluß auf Ihre Kinder nehmen?), wohl kann aber verantwortet werden, daß die Kinder von dem Verbot der Mehrfachvertretung befreit sind.
- k) Soweit wir in unserem Muster formulieren, daß die Vollmacht durch den Tod des Vollmachtgebers nicht erlischt (transmortale Vollmacht im Gegensatz zu einer sogenannten postmortalen Vollmacht, die erst mit dem Tod des Vollmachtgebers entsteht), hat dies gute Gründe: Gerade in den Tagen

oder Wochen nach dem Tod müssen viele Dinge geregelt werden. Die Erben, die hierfür grundsätzlich zu

ständig wären, könnten sich vielleicht noch nicht legitimieren (weil die Erteilung des Erbscheins viele Wochen dauert) oder der Testamentsvollstrecker kann sich noch nicht legitimieren, weil die Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses noch aussteht. Auf diesem Wege kann dann die 'Handlungsunfähigkeit' des Nachlasses vermieden werden. Übrigens kann jede transmortale oder auch postmortale Vollmacht von den Erben widerrufen werden!

- 1) Knifflig wird es in unserem Muster dort, wo wir formulieren, daß *Einschränkungen in dieser Vollmacht ... nur im Innenverhältnis ... gelten*. Hier wollen wir Ihnen den Unterschied zwischen *Außenverhältnis* und *Innenverhältnis* darstellen:

Mit dem Begriff Außenverhältnis sind alle konkreten Anwendungsfälle der Vollmacht gemeint: Überall dort, wo der Bevollmächtigte die Vollmacht vorlegt, handelt er im Außenverhältnis. Mit Innenverhältnis ist die (rechtliche) Beziehung zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten gemeint. Auch ohne daß hierzu eine Silbe verloren wird, entsteht dieses Innenverhältnis ganz einfach dann, wenn der Bevollmächtigte von der Vollmacht Gebrauch macht. Juristen sprechen hier davon, daß dann ein sogenannter Geschäftsbesorgungsvertrag in Kraft tritt. Er ist in § 662 BGB geregelt. Für den Bevollmächtigten ist es selbstverständlich, daß er von der Vollmacht nur dann Gebrauch machen soll, wenn der Vollmachtgeber selbst hierzu nicht in der Lage ist. Wollte man nun aber den Bevollmächtigten verpflichten, im Einzelfall jeweils nachweisen zu müssen, daß der Vollmachtgeber nicht handeln kann, also z.B. schwer erkrankt oder inzwischen senil ist oder auch nur für eine gewisse Zeit im Krankenhaus liegt, dann würde die Vollmacht praktisch untauglich werden: Ehe ein derartiger Nachweis erbracht ist, gehen Tage, ja Wochen ins Land. Aus diesem Grunde muß die Vorlage der Vollmacht (also ihre Verwendung im Außenverhältnis) wie ein 'Sesam öffne dich' dienen: Derjenige, dem die Vollmacht vorgelegt wird, muß ohne Federlesen und ohne Rückfrage handeln und das tun, was der Bevollmächtigte von ihm verlangt. Im Innenverhältnis bleibt es allerdings dabei: Der Bevollmächtigte darf nur handeln, wenn die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind. Übrigens: Die Ausgestaltung als *General- und Vorsorgevollmacht* hat den angenehmen Effekt, daß der Vollmachtgeber auch in 'guten Zeiten', solange er also noch vollständig Herr seiner Sinne ist, den Bevollmächtigten handeln lassen kann. Dies kann sehr bequem sein, z.B. dann, wenn etwas zu

erledigen ist, der Vollmachtgeber aber nicht über die entsprechende Zeit verfüge oder im Urlaub oder auf Reisen ist etc. pp.

m) Nun kennen Sie also bereits den Unterschied zwischen Innen- und Außenverhältnis. Wir haben auch bereits darauf hingewiesen, daß durch die Erteilung der Vollmacht grundsätzlich ein sogenannter Geschäftsbesorgungsvertrag begründet wird. Gleichwohl muß im einzelnen sehr kritisch bedacht werden

den, ob dem Bevollmächtigten die Verpflichtungen, die sich aus einem *Geschäftsbesorgungsvertrag* ergeben, auferlegt bzw. zugemutet werden sollen: Soll er wirklich laufend Rechenschaft legen, also z.B. ein Kassenbuch führen? Soll er bei Beginn der Tätigkeit (wann ist dies überhaupt?) wirklich ein Vermögensverzeichnis erstellen? Was ist eigentlich, wenn ihm Fehler unterlaufen - haftet er dann? Bei Vorsorgevollmachten, die innerhalb der Familie erteilt werden, liegt es nahe, von einer 'Verrechtlichung' der Rechtsbeziehung abzusehen und das rechtliche Verhältnis zwischen dem Voll

machtgeber und dem Bevollmächtigten als das anzusehen, was es nach landläufiger Auffassung idR darstellt, nämlich eine Gefälligkeit. Dann sollte dies in der Urkunde auch gesagt werden. Und wir drücken es dadurch aus, daß die Rechtsbeziehung als bloßes *Gefälligkeitsverhältnis*, *das keine Rechtsfolgen nach sich zieht*, ausgestaltet wird. Daß ich dies, wenn ich nicht jemanden aus der engeren Familie, sondern vielleicht aus einem größeren Bekanntenkreis oder aus der Nachbarschaft beauftrage, differenziert oder anders sehen muß, versteht sich von selbst - und hierzu dient die *Alternative 2* in Abschnitt V Ziffer 5 unseres Musters einer -> *General- und Vorsorgevollmacht*.

IV.

Das zentrale Vorsorgeregister

Sie werden vielleicht davon gehört haben, daß es in der Bundesrepublik seit 2004 ein sogenanntes *Zentrales Vorsorgeregister* gibt. Es wird auf gesetzlicher Grundlage von der Bundesnotarkammer (<http://www.vorsorgeregister.de>) geführt. Rechtsgrundlage ist die *Vorsorgeregister-Verordnung (VRegV)*. Dieses Vorsorgeregister stellt einen großen Erfolg dar. Inzwischen sind weit über 2 Millionen Vorsorgevollmachten dort registriert.

Worin liegt der ganz praktische Vorteil einer Registrierung der Vorsorgevollmacht im Zentralen Vorsorgeregister? Nehmen wir an, Sie sind (alleine) auf Reisen und kommen irgendwo zu Schaden. Es müssen dringende medizinische Maßnahmen ergriffen und Entscheidungen getroffen werden - dann stellt sich die Frage, wer für Sie Entscheidungen treffen kann. Hier könnte das für den Unglücksort zu

ständige Amtsgericht eine elektronische Anfrage beim Vorsorgeregister ausbringen - und kurze Zeit später kann der Klinik, in der Sie liegen, gemeldet werden, wen Sie zum Bevollmächtigten bestimmt

haben. Dabei kann übrigens der Text der Vorsorgevollmacht, also ihr Inhalt, nicht abgerufen werden, weil dieser Text von uns Notaren dort gar nicht hinterlegt wird. Wir geben lediglich die Daten des Vollmachtsgebers und des Bevollmächtigten an; letzterer wird nach Registrierung der Vorsorgevollmacht vom Vorsorgeregister aus datenschutzrechtlichen Gründen über die dort hinterlegten Daten informiert.

Grundsätzlich empfehlen wir also die Registrierung einer Vorsorgevollmacht im Zentralen Vorsorgeregister; die hierfür einmalig zu entrichtende Gebühr beläuft sich auf ca. € 15,50 (inkl. USt.).

Patientenverfügungen können dort nicht hinterlegt bzw. registriert werden. Dadurch, daß allerdings in unserer Vorsorgevollmacht ein Hinweis auf eine bestehende Patientenverfügung aufgenommen wird, kann dann über den Bevollmächtigten sehr schnell geklärt werden, ob es eine Patientenverfügung gibt oder nicht.

V.

Die General- und Vorsorgevollmacht im Ausland

- a) Für Vorsorgevollmachten ist seit dem 01.01.2009 das Haager Übereinkommen zum internationalen Schutz Erwachsener zu beachten; es gilt bisher für Deutschland, Frankreich, Schottland, Finnland, Estland und die Schweiz. Es steht jedoch zu erwarten, das diesem Übereinkommen weitere Staaten beitreten werden. Danach wird (sehr vereinfacht ausgedrückt) eine Vorsorgevollmacht anerkannt, wenn sie nach den Vorschriften des Staates, in welchem der **Erwachsene im Zeitpunkt der Vollmachtserteilung (Errichtung der Urkunde) seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, anerkannt wird**. Beispiel: Eine nach deutschem Recht in Deutschland wirksam errichtete General- und Vorsorgevollmacht wird auch von Frankreich anerkannt, wenn der Vollmachtgeber (der Erwachsene) dorthin umzieht und dann dort schwer erkrankt.
- b) Grundsätzlich denkbar ist auch, bei Protokollierung der General- und Vorsorgevollmacht eine sogenannte Rechtswahl vorzunehmen. Näheres ist mit dem Notar zu erörtern.
- c) Im Gegensatz zum deutschen Zivilrecht werden über den Tod hinaus wirkende (transmortale) oder gar postmortale Vollmachten von zahlreichen Staaten nicht anerkannt, da nach deren Recht eine Vollmacht grundsätzlich mit dem Tod des Vollmachtgebers erlischt. Diese vom deutschen Recht abweichende Rechtslage gilt beispielsweise für Belgien, Frankreich, Griechenland, Italien, Luxemburg,

die Niederlande, Österreich, Polen, die Slowakei, Spanien, Tschechien, die Türkei, Ungarn und regelmäßig für alle Staaten des common law, vor allem also für England, Irland, Malta und Zypern sowie die USA und Kanada.

VI.

Vorsorgevollmacht für den unternehmerischen Bereich

Hier betreten wir rechtlich schwieriges Gelände, und zwar je nach Rechtsform, in welchem das Unternehmen betrieben wird:

- a) Betreiben Sie Ihr Unternehmen als *Einzelkaufmann*, dann wird eine *General- und Vorsorgevollmacht* idR in eine *Generalhandlungsvollmacht* gem. §§ 54, 55 HGB umgedeutet; eine Klarstellung, daß dies so gewollt ist, ist empfehlenswert.
- b) Sind Sie *persönlich haftender Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft*, also einer oHG oder KG (sogenannter Komplementär), dann scheidet dieser Weg aus, da Dritte wegen des Prinzips der Selbstorganschaft nicht zu Organvertretern - und dies sind die persönlich haftenden Gesellschafter bei der oHG und KG - bestellt werden dürfen. Zwar kann der aus einer *General- und Vorsorgevollmacht* heraus Bevollmächtigte die Interessen des Vollmachtgebers als Gesellschafter wahrnehmen - die Gesellschaft verliert dadurch aber gleichwohl ihre Handlungsfähigkeit. Hier muß also im Einzelfall nach einer individuellen Lösung gesucht werden!
- c) Schwierig wird es, wenn Sie (*geschäftsführender*) *Gesellschafter einer GmbH* sind. Hier muß weiter differenziert werden: Fallen Sie auf Grund einer plötzlichen Erkrankung etc. pp. aus und kommt die Vorsorgevollmacht zum Tragen, dann kann der Bevollmächtigte niemals für Sie als Geschäftsführer der GmbH handeln. Dies verbietet die Struktur des GmbH-Rechtes: Für die juristische Person GmbH können nur und ausschließlich die von den Gesellschaftern berufenen Geschäftsführer (gegebenenfalls auch bestellten Prokuristen) handeln. In diesem Falle wird die GmbH möglicherweise also kopf- und damit führungslos! Nun könnten Sie die Vorsorgevollmacht allerdings dahin ausgestalten, daß der Bevollmächtigte ausdrücklich das Recht übertragen bekommt, Ihre Rechte als Gesellschafter wahrzunehmen und dafür zu sorgen, daß ein neuer Geschäftsführer, ein sogenannter Fremdgeschäftsführer, bestellt wird, gegebenenfalls auch ein Prokurist. Und regelmäßig sollte die Vorsorgevollmacht auch den Fall bedenken, daß der (geschäftsführende) Alleingesellschafter auf Dauer oder für

sehr lange Zeit ausfällt: Dann sollte der Bevollmächtigte die Rechtsmacht haben, das Unternehmen zu liquidieren.

Gerade diese Hinweise können indes eine individuelle Beratung sicher nicht ersetzen. Und für diese Fälle halten wir gesonderte Urkunden bereit.

Dr. Purrucker & Partner
Rechtsanwälte und Notare