



# Deutscher Notarverein

Bundesverband der Notare im Hauptberuf

Deutscher Notarverein, Kronenstraße 73/74, 10117 Berlin

Justizministerium  
des Landes Nordrhein-Westfalen  
Herrn Dr. Jurgeleit

40190 Düsseldorf

Kronenstraße 73/74  
10117 Berlin  
Tel.: 030 - 20 61 57 40  
Fax: 030 - 20 61 57 50  
Email: [dnotv@t-online.de](mailto:dnotv@t-online.de)  
<http://www.dnotv.de>

Berlin, 16. Oktober 2003

## Betreuungsrecht

### Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Betreuungsrecht"

Sehr geehrte Damen und Herren,  
sehr geehrter Herr Dr. Jurgeleit,

der Deutsche Notarverein hat sich zu dem Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Betreuungsrecht“ bereits in der Verbändeanhörung am 25. August 2003 in Düsseldorf äußern können. Dafür danken wir herzlich. Ergänzend zu dem mündlichen Vortrag erlauben wir uns, folgende Anmerkungen nachzureichen. Wir hoffen, dass diese den weiteren Überlegungen dienlich sind.

## I. Allgemeine Vorbemerkungen

Vorsorge für den Fall rechtlicher Handlungsunfähigkeit („Betreuungsfall“) muss, soweit möglich, individuell getroffen werden. Die Rechtsordnung stellt dafür bereits heute angemessene Rechtsinstitute (General- und Vorsorgevollmachten) bereit. Mit der notariellen Beurkundung steht ein öffentlich-rechtliches Verfahren zur Vollmachterteilung bereit, das alle Anforderungen erfüllt:

- Beratung und juristisch geprüfte individualisierte Textfassung
- beweiskräftige Feststellung der Geschäftsfähigkeit
- beweiskräftige Feststellung der Urheberschaft der Erklärung
- Schutz vor Verlust der Urkunde

- universelle Eignung der Urkunde für alle rechtlich relevanten Erklärungen
- flächendeckende Erreichbarkeit der Notare einschließlich der Möglichkeit zu Haus- und Krankenhausbesuchen
- nach Vermögen gestaffelte soziale Wertgebühr.

Es ist sachlich nicht nachvollziehbar, warum eine weitere – subventionsbedürftige - staatliche Zuständigkeit für Beglaubigungen von Vollmachten geschaffen werden soll. Festzustellen ist zunächst, dass allein die öffentliche Beurkundung die oben genannten Vorteile sichert.

Mit der Absicht, Betreuungsvereinen eine Beglaubigungszuständigkeit zu geben, werden bisherige gesetzgeberische Grundsatzentscheidungen unterlaufen: Mit dem Beurkundungsgesetz wurden 1970 nach langen Beratungen und Vorarbeiten, die schon 1955 begannen, zersplitterte Beurkundungsregeln zusammengefasst. Aus der allgemeinen Beurkundungszuständigkeit wurde eine (fast) ausschließliche Beurkundungszuständigkeit der Notare. Die Entlastung der Amtsgerichte war so effektiv, dass auch im Zuge der heutigen Justizmodernisierung darüber nachgedacht wird, den Notaren auch die letzten den Amtsgerichten konkurrierend verbliebenen Zuständigkeiten aus diesem Bereich (z.B. Erbscheinsanträge) zu übertragen.

Der Deutsche Notarverein hält im Übrigen gesetzgeberische Maßnahmen allenfalls in Nebenbereichen für tunlich. Der Schwerpunkt ist nach unserer Einschätzung auf verbesserte Öffentlichkeitsarbeit auch des Staates zu richten. Es sei hier auf die positiven Erfahrungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit mit der Initiative Unternehmensnachfolge „nexit“ hingewiesen. Auch die regionalen Aktionen der Notarkammern und Notarvereine wie Tage der offenen Tür mit dem Schwerpunktthema Vorsorgevollmacht seien hervorgehoben.

Zu den einzelnen Fragen darf der Deutsche Notarverein folgende Anmerkungen machen:

## **II. Betreuung, gesetzliche Vertretungsmacht und Vollmacht**

Betreuungen sind der Ausdruck staatlicher Fürsorge. Die Persönlichkeitsrechte gebieten, dass der Staat die Verantwortung im Einzelfall übernimmt, sie verbieten, dass er durch pauschale gesetzlicher Vertretungsrechte Privatpersonen Rechte über Dritte gibt. Eine persönliche Verbindung lässt keinen Rückschluss auf den mutmaßlichen Willen zu, diese Person solle zur Stellvertretung befugt sein.

Aus unserer Sicht muss bereits bezweifelt werden, dass die Anordnung pauschaler Vertretungsgerechte zur Kostenersparnis verhältnismäßig ist. Ist es milder, dem potenziell Betroffenen abzuverlangen, eine Vollmachterklärung abzugeben, oder von ihm zu erwarten, einer gesetzlichen

Vertretungsmacht entgegenzutreten? Besonders der Vergleich der Vertretungsmacht mit dem gesetzlichen Erbrecht hinkt schon auf der Verfahrensebene. Beim Erbrecht geht es darum, auch im öffentlichen Interesse eine Rechtsnachfolge ohne Übertragungsakt zu gewährleisten. Durch das Erbscheinsverfahren ist sichergestellt, dass mindestens hinterlegte Verfügungen von Todes wegen bei der Feststellung des Erbrechts berücksichtigt werden. Der Zeitverzug ist hier hinnehmbar. Eine gesetzliche Vertretungsmacht würde hingegen weitgehend ohne Prüfung, ob abweichende Anordnungen vorliegen, gelten oder vermutet werden.

Zudem muss die Prämisse bezweifelt werden, dass nahe Angehörige von einer Vertretungsbefugnis ausgehen und diese auch für richtig halten. In Erbfolgeberatungen hört ein Notar oft den Wunsch, Pflichtteilsrechte zu entziehen. Das deutet auf eine andere Meinung in der Bevölkerung hin, als Kindern generell volles Vertrauen zu geben. Zu prüfen empfiehlt sich, ob und in welchen Fällen die Vormundschaftsgerichte davon absehen, einen nahen Angehörigen zum Betreuer zu bestellen, gerade weil in diesem sozialen Nahbereich Interessenkollisionen befürchtet werden.

So kritisch der Lösungsvorschlag einer gesetzlichen Vertretungsmacht zu sehen ist, so begrüßenswert ist der Ansatz, durch Maßnahmen nicht erst der betreuend-nachsorgenden Rechtspflege, sondern bereits der vorsorgenden Rechtspflege Kosten zu sparen. Der Vorteil der Vorsorge ist, dass nicht nur Anreize für verantwortliches Verhalten gesetzt werden oder Kosten nur aus den Justiz- und Sozialhaushalten auf Bürgerinnen und Bürger verlagert werden, sondern für den einzelnen genauso wie für die Allgemeinheit echte Einsparungen entstehen.

Die Kosten der Betreuungsverfahren sind weitgehend durch den rechtsstaatlich gebotenen Verfahrensaufwand bedingt. Was verfassungsrechtlich als Prüfungsumfang des Gerichts festgelegt ist, kann nicht durch eine gesetzliche Vertretungsmacht umgangen werden. Kostenersparnisse im Betreuungswesen sind daher nur dort möglich, wo eigenverantwortete Vorsorgeentscheidungen staatliches Handeln entbehrlich machen. Diese Subsidiarität ist besonders zu berücksichtigen. Wir begrüßen deshalb die beabsichtigte Stärkung der Vorsorgevollmacht. Durch die Erteilung von Vollmachten können Bürgerinnen und Bürger von ihrem Selbstbestimmungsrecht Gebrauch machen. Sie können anhand ihrer konkreten Lebensumstände festlegen, wer sie im Notfall vertreten darf. Ebenso können sie entscheiden, wie weit diese Befugnisse gehen.

### **III. Notarielle Vorsorgevollmachten**

Die notarielle Vorsorgevollmacht erweist sich in Akzeptanz, Rechtssicherheit und günstigem Preis als ideales öffentlich-rechtliches Instrument zur Umsetzung persönlicher Vorsorgeent-

scheidungen. Das Verfahren ist durch die Einführung eines zentralen Registers nochmals verbessert worden.

Der Deutsche Notarverein begrüßt und unterstützt die Aktivitäten der Bundesnotarkammer, Vorsorgevollmachten zentral zu registrieren. Eine zentrale Registrierung stellt sicher, dass Informationen über Vorsorgeurkunden den Vormundschaftsgerichten schnell, effizient und zuverlässig zur Kenntnis gebracht werden. Diese Aufgabe kann nur durch eine Körperschaft öffentlichen Rechts sachgerecht ausgeführt werden. Es wäre wettbewerbswidrig, diese zwingend mit einem Monopol verbundene Zuständigkeit Privaten zu übertragen. Ein privater Betrieb könnte wegen der Möglichkeit der Geschäftseinstellung oder der Insolvenz nicht garantieren, dass die Informationen dauerhaft verfügbar sind. Möglicherweise ist die zivilrechtliche Klarstellung angebracht, dass dieses Register allein der Auffindbarkeit von Vorsorgeerklärungen dient, nicht aber die Rechtswirkung z.B. der Kundgabe einer Bevollmächtigung hat.

Das Angebot der Bundesnotarkammer ist vor allem deshalb begrüßenswert, weil die Beurkundung von Vorsorgeerklärungen ein Kerngebiet notarieller Tätigkeit ist. Mit dem Beurkundungsgesetz hat der Staat die Aufgabe der Beurkundung den Notarinnen und Notaren übertragen und damit seine Behörden, insbesondere die Gerichte, von Aufgaben entlastet. Die Schaffung neuer Kompetenzen für weitere Behörden würde dem erklärten Ziel der Verschlanung des Staates widersprechen und erhebliche Subventionen erforderlich machen.

Entgegenzutreten ist insoweit Fehlvorstellungen von notarieller Tätigkeit, die von interessierter Seite genährt werden. Notarinnen und Notare sind - unabhängig ob als Anwaltsnotar oder Nurnotar – in allen Ländern flächendeckend zu erreichen. Gerade bei Vorsorgeerklärungen suchen sie ihre Klienten zu Hause oder im Krankenhaus auf, wenn die Beurkundung in der Amtsstelle nicht mehr möglich ist. Während Gerichte und Behörden aus der Fläche zurückgezogen und in regionalen Zentren konzentriert werden, sind Notarinnen und Notare auch „auf dem flachen Land“ dann die letzte verbleibende hoheitliche Stelle. Ihnen muss aber ein angemessener Aufgabenbereich verbleiben und darf keine unnötige Konkurrenz geschaffen werden, besonders in Flächenländern mit zum Teil unrentablen Notarstellen, die über einen sozialen Finanzausgleich allein von den Notaren ohne staatliche Zuschüsse aufrechterhalten werden.

Die Notargebühren sind gesetzlich festgelegt und richten sich nach den wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten. Besonders bei Vorsorgevollmachten decken die Kosten oft nicht den Aufwand. Trotzdem betrachtet jeder Notar seine Tätigkeit auch in diesem Bereich als selbstverständlich. Zu wenig beachtet wird, dass Notare eine umfassende Beratungspflicht haben, deren Verletzung zu einer unbegrenzten Haftung führt. Die gleiche Haftung könnte bei Fehlern der

Betreuungsbehörden den Staat treffen. Im übrigen ist es gerade die mündliche Beratung im konkreten Fall, die den Beteiligten zu sachgerechten, streitvermeidenden und damit kostensparenden Lösungen hilft. Die Beratungspraxis zeigt, dass auch in gebildeten Kreisen die Information allein durch schriftliche Darstellungen nicht ausreicht, sondern um ein Gespräch ergänzt werden muss. Im Bereich der Entscheidung über medizinische Maßnahmen ist eine notarielle Beurkundung wegen dieser mündlichen Beratung möglicherweise sogar Wirksamkeitserfordernis (kritisch zur Formularverwendung ohne Belehrung auch Taupitz, Gutachten A zum 63. Deutschen Juristentag, 2000, Seite 118).

Die Aufgabenteilung in rechtliche Beratung und Beurkundung durch Notare und soziale Beratung durch die Betreuungsbehörden hat sich bewährt und soll aufrecht erhalten bleiben.

Auch die anwaltliche Unterschriftsbeglaubigung, wie sie von einzelnen Anwälten gefordert wird, die bereits kommerzielle Strukturen im Betreuungswesen aufbauen, ist keine Alternative zur notariellen Tätigkeit. Als privater Zeuge kann bereits jetzt ein Anwalt eine Unterschriftsleistung gegenzeichnen. Die öffentliche Beglaubigung mit den besonderen Beweiswirkungen ist jedoch den vom Staat bestellten Amtsträgern vorbehalten. Dies sind nach der Grundentscheidung des Beurkundungsgesetzes allein die Notare.

Die betriebswirtschaftlichen Kosten der Anwälte für eine dem notariellen Standard entsprechende Dokumentation und Verwahrung und die Kosten des Staates für die Dienstaufsicht wären im Übrigen immens. Ferner bleibt unklar, welche Gebühren für die Entwurfs- und Beratungstätigkeit abgerechnet werden sollen. Eine Beratung, Texterstellung, Beglaubigung und Verwahrung entsprechender Dokumentationen kann für eine Pauschale von € 10 nicht geleistet werden. Auch funktional gilt, obwohl es nicht ausgesprochen wird: die Anwälte würden durch eine Beglaubigungszuständigkeit zu Notaren mit allem Pflichten des Staates zur Dienstaufsicht, der Staatshaftung und den Mitwirkungsverboten; sie blieben aber „Notare“ zweiter Güte, ähnlich dem angelsächsischen notary public. Derartige Hybridlösungen sind ein Fremdkörper in der kontinentaleuropäischen Rechtsordnung.

Die bloße Beglaubigung der Unterschrift unter einer Vorsorgevollmacht reicht in vielen Fällen rechtlich und in fast allen Fällen faktisch ohnehin nicht aus. Bei der Unterschriftsbeglaubigung stellt die Urkundsperson fest, dass eine bestimmte Person eine Namensunterschrift geleistet hat. Eine Prüfung des Textes ist nicht vorgesehen; von Missbrauchsfällen abgesehen. Ohne eine inhaltliche Prüfung aber besteht die Gefahr, dass die Vollmacht an inneren Mängeln leidet, die sie unbrauchbar machen. Dem Wesen der Vorsorgevollmacht entspricht es, dass nicht mehr „nachgebessert“ werden kann. Trotz einer Vollmacht ist dann der Weg in die für den Staat teure

Betreuung vorprogrammiert.

An dieser Einschätzung ändert sich nichts, wenn Muster für Vorsorgevollmachten angeboten werden. Im Gegenteil: Wenn diese auch nur ein gewisses Maß an Gestaltung zulassen, besteht das Risiko eines „Ausfüllfehlers“. Auch bei dem vorgeschlagenen Muster können Kreuzchen an falschen Stellen dazu führen, dass die Vollmacht widersprüchlich und damit unwirksam ist.

Ein Muster, bei dessen Verwendung nicht durch Form oder Verfahren die bewusste Aufnahme in die Willensbildung sichergestellt ist, unterläuft die ursprünglichen Vorstellungen des Gesetzgebers, durch das Schriftlichkeits- und Ausdrücklichkeitsgebotes in §§ 1904 Abs. 2 Satz 2, 1906 Abs. 5 BGB dem Vollmachtgeber die Reichweite der Eingriffsbefugnisse nachhaltig vor Augen zu führen. Es geht weniger um die mit der Schriftform bezweckte Identitäts- und Beweissicherung. Vielmehr soll der Vollmachtgeber gezwungen werden, über mögliche Konsequenzen der aufgeführten Maßnahmen nachzudenken, die das bloße Ankreuzen gerade nicht gewährleisten kann, auch wenn dann eine Unterschrift beglaubigt wird.

Soweit eine Generalvollmacht für den rechtsgeschäftlichen und persönlichen Bereich als privates Muster angeboten wird, erscheint dieses Ansinnen geradezu abenteuerlich. Die Verfahrensweise ist so folgenreich, dass erneut Bedarf für den Vorschlag besteht, eine allgemeine Formvorschrift für Vorsorgevollmachten in Erwägung zu ziehen. Es ist nicht recht verständlich, warum an die „bloße“ Vermögensverteilung nach dem Tod höhere Anforderungen zu stellen sind als an Zugriffsmöglichkeiten auf das gesamte Vermögen und Eingriffe in die persönliche Integrität noch zu Lebzeiten bei fehlender Handlungs- und Kontrollmöglichkeit. Die notarielle Beurkundung ist ohnedies nach geltendem Recht erforderlich, wenn bestimmte Rechtsgeschäfte, z.B. im Immobilienbereich getätigt und im Grundbuch vollzogen werden sollen. Ähnliches gilt für Handelsregister etc. Besonders hervorzuheben ist § 492 Abs. 4 BGB, wonach der Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrages, dessen Inhalt noch nicht feststeht, nur aufgrund einer notariell beurkundeten Vollmacht möglich ist. Der Bevollmächtigte braucht diese Befugnis, wenn beispielsweise zur Deckung von Heimkosten eine Immobilie nicht veräußert, sondern belastet werden soll.

Für die notarielle Beurkundung spricht die umfassende Beratung, die schon mit dem unmittelbaren Kontakt zwischen Notar und potentiellem Vollmachtgeber beginnt. Erst das Gespräch ermöglicht, die individuellen Wünsche festzustellen und mit auf den Einzelfall abgestimmten Formulierungen klar und zweifelsfrei zum Ausdruck zu bringen. Einem Streit über die inhaltliche Reichweite oder gar die Unbrauchbarkeit der ganzen Vollmacht wird vorgebeugt. Der Notar kann auf eine etwaige Missbrauchsgefahr aufmerksam machen und zweckmäßige Gegenmaß-

nahmen (Bestellung eines Überwachungsbevollmächtigten, Zurückhaltung von Ausfertigungen etc.) vorschlagen. Der Notar prüft die Geschäftsfähigkeit und vermeidet damit Streit über die Wirksamkeit der Vollmacht. Darüber hinaus aber eröffnen allein die Vorschriften des Beurkundungsgesetz Menschen mit eingeschränkten Kommunikationsmöglichkeiten den Zugang zur Vollmachtserteilung.

Besonders große praktische Bedeutung hat die Ausfertigung einer notariellen Urkunde. Von einer privat erstellten Vollmachtsurkunde gibt es stets nur ein Original. Daran ändert auch die Beglaubigung der Unterschrift nichts. Der Bevollmächtigte steht im Vorsorgefall für dem Dilemma, dieses Original aus der Hand geben zu müssen und damit den Verlust zu riskieren (was in letzter Konsequenz eine Betreuung erforderlich machen kann!) oder die Zurückweisung seiner Rechtshandlung aufgrund fehlender Vollmachtvorlage zu riskieren. Eine beglaubigte Abschrift kann das Original nicht ersetzen. Anders bei der notariell beurkundeten Vollmacht. Hier behält der Notar das Original in seiner Urkundensammlung. An die Stelle des Originals tritt im Rechtsverkehr die Ausfertigung. Sie hat die gleichen Wirkungen wie ein Original, aber sie ist ersetzbar. Nur bei der notariellen Beurkundung ist es auch gewährleistet, dass bei Verlust der Ausfertigung und zwischenzeitlich eingetretener Unmöglichkeit der erneuten Unterzeichnung einer Vollmacht eine weitere Ausfertigung erteilt werden kann und der Bevollmächtigte handlungsfähig bleibt.

Natürlich ist auch die Beurkundung einer Vollmacht einschließlich Beratung und Verwahrung eine Leistung, die vergütet werden muss; wie bereits berichtet, allerdings regelmäßig auf sehr niedrigem Niveau. Der Deutsche Notarverein fordert insoweit, bei Kostenvergleichen stets Vollkosten anzusetzen und nur gleiche Leistungen zu vergleichen. Die Beweiskraft der öffentlichen (notariellen) Urkunde resultiert gerade aus einem geregelten Verfahren, das die qualifizierte Beratung und Betreuung einschließt. Hier sind Leistungskürzungen nicht möglich. Werden die Kosten für das Produkt „öffentliche Urkunde“ verglichen mit den Kosten für die isolierte Bestätigung der Echtheit einer Unterschrift, hieße das, den Preis eines kompletten Autos mit dem Preis für die Felgen zu vergleichen.

#### **IV. Rechtsverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem**

Im Interesse sowohl des Vollmachtgebers als auch des Bevollmächtigten liegt es, das Innenverhältnis genau zu regeln, das Rechtsverhältnis also, das über Pflichten und Befugnisse entscheidet. Grundsätzlich halten wir auch hier eine individuelle Vereinbarung für geboten. Ein Witwer, der seine einzige Tochter und beabsichtigte Alleinerbin bevollmächtigt, ist in einer anderen Situation als eine junge Frau in nichtehelicher Lebenspartnerschaft mit einem minderjährigen Kind, die ihren Lebensgefährten bevollmächtigt. Fällt die junge Frau nach einem Unfall ins

Koma und verstirbt sie nach drei Jahren ohne Testament, kann der Lebensgefährte gegenüber den gesetzlichen Vertretern des Kindes in erheblichen Erklärungsnotstand geraten. Ein Muster schadet auch hier oft mehr, als es nützt.

## **V. Imageförderung Vorsorgevollmacht**

Vorbehalte gegenüber der Vorsorgevollmacht resultieren vor allem aus einer inneren Ablehnung, sich mit Krankheit und Handlungsunfähigkeit auseinander zu setzen. Das Thema Vorsorgevollmacht wird in der Öffentlichkeit mit Alter und Betreuung in Verbindung gebracht. Diese Haltung ist problematisch. Auch wenn mehr Menschen am Lebensende von Betreuungssituationen betroffen sind, muss das Image der Altersvorsorgevollmacht dringend abgebaut werden. Das Motto muss heißen: Betreuung vermeiden, selbstbestimmt anordnen.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit hat in der Initiative Unternehmensnachfolge next, an der auch der Deutsche Notarverein beteiligt ist, eine erfolgreiche Imagekampagne aufgelegt. Wir denken, dass dieser Ansatz gut auf die Vorsorgevollmachten transferierbar ist. Ebenso wie bei der Nachfolge ein Klima für Vorsorge und Planung geschaffen wird, kann bei einer konzertierten Aktion im juristischen Vorsorgebereich viel erreicht werden, indem zum Beispiel Meldebehörden oder die Führerscheinstellen auf die Notwendigkeit der Vorsorge hinweisen und gleichzeitig darlegen, wo der persönliche Rat zu holen ist.

Der Deutsche Notarverein und seine Mitgliedsverbände ebenso wie die Notarkammern beschreiten bereits jetzt den Weg, Hemmnisse abzubauen. Durch die Präsenz bei Verbrauchermessen, mit Informationsständen bei öffentlichen Veranstaltungen und durch Tage der offenen Tür wird effektive Aufklärung betrieben. Wichtig ist ein Bewusstseinswandel, dass Möglichkeiten zur Vorsorge bestehen und zur Eigenverantwortung gehört, diese Möglichkeiten zu nutzen. Gesetzesinitiativen erscheinen dieser Aufgabe gegenüber zweitrangig.

Der Deutsche Notarverein steht für weitere Ausführungen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Stefan Zimmermann  
(Präsident)