

Sybille M. Meier, Rechtsanwältin, Berlin

## Zu den Aufgaben der Betreuungs- behörde

### Im Zusammenhang mit der Beratung und Förderung von Vollmachten und Betreuungsverfügungen und den haftungsrechtlichen Folgen

Das 2. *Betreuungsrechtsänderungsgesetz (BtÄndG)* weist den *Betreuungsbehörden* in der ab 1. Juli 2005 gültigen Neufassung des § 6 *Betreuungsbehördengesetz (BtBG)* Beratungs-, Aufklärungs-, und neu hinzukommend *Beglaubigungsfunktionen* bezüglich *Vollmachten* und *Betreuungsverfügungen* zu.

Wortwörtlich heißt es im Gesetzestext: § 6 BtBG: „(1) *Zu den Aufgaben der Behörde gehört es auch, die Tätigkeit einzelner Personen sowie von gemeinnützigen und freien Organisationen zugunsten Betreuungsbedürftiger anzuregen und zu fördern. Weiterhin fördert sie die Aufklärung und Beratung über Vollmachten und Betreuungsverfügungen.* (2) *Die Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde ist befugt, Unterschriften oder Handzeichen auf Vorsorgevollmachten oder Betreuungsverfügungen zu beglaubigen. Dies gilt nicht für Unterschriften oder Handzeichen ohne dazugehörigen Text. Die Zuständigkeit der Notare, anderer Personen oder sonstiger Stellen für öffentliche Beurkundungen und Beglaubigungen bleibt unberührt.*“

Das Gesetz verwendet mehrere erläutersbedürftige Begriffe im Zusammenhang mit der – jedenfalls teilweise neuen – Aufgabenzuweisung an die *Betreuungsbehörde*, die da lautet, die *Förderung, Aufklärung* und *Beratung* über *Vollmachten* und *Betreuungsverfügungen* und deren *Beglaubigung* zu betreiben. Zu den Begriffen im Einzelnen: *Aufklären* ist jede auf Erzielung von mehr Klarheit gerichtete Tätigkeit<sup>1</sup>. Ob und inwieweit eine *Aufklärungspflicht* im Sinne einer *Hinweispflicht* gegenüber dem Bürger besteht, richtet sich nach dem jeweiligen Rechtsverhältnis und der Lage des Einzelfalls. Man wird sie immer dort bejahen, wo der Behörde eine gewisse Fürsorgepflicht obliegt<sup>2</sup>. Auf jeden Fall hat der *aufklärungspflichtige* Bedienstete bei seinem Gegenüber dazu beizutragen, einen Sachverhalt aufzuhellen beziehungsweise zu verdeutlichen<sup>3</sup>.

*Beraten* ist das Äußern einer Empfehlung, das Erteilen einer Auskunft<sup>4</sup>. Eine *Beratung* löst eine *Auskunftshaftung* aus<sup>5</sup>. *Fördern* heißt, eine Angelegenheit vorwärts zu bringen<sup>6</sup>. Eine *Förderung* kann durch finanzielle, sachliche oder personelle Unterstützung erfolgen<sup>7</sup>. *Beglaubigen* ist die Bestätigung einer hierzu befugten *Urkundsperson*, dass

die *Unterschrift* unter einen Text tatsächlich von diesem *Betreffenden* herrührt im Sinne eines *Identitätsnachweises*<sup>8</sup>. Der Text wurde nicht von der *Urkundsperson* entworfen, sondern von demjenigen, der die *Beglaubigung* seiner *Unterschrift* wünscht. Bei der *Unterschriftsbeglaubigung* prüft die *Urkundsperson* den ihr vorgelegten Text nicht inhaltlich – von *Missbrauchsfällen* einmal abgesehen. Es kann demgemäß auch von der *Urkundsperson* nicht erkannt werden, ob die *Vollmacht* an *Mängeln* leidet.

*Beurkundung*: Anders als bei der *Beglaubigung* wird bei der *Beurkundung* die *Urkunde* als solche, das heißt der gesamte Inhalt, von der *Urkundsperson* errichtet. Es wird zum Beispiel bezeugt, dass die *Beteiligten* an einem bestimmten Tag vor dem *Notar* erschienen und die in der *Urkunde* niedergelegten Inhalte, die ihnen vorgelesen wurden, abgaben und durch *Unterschrift* genehmigten<sup>9</sup>. Der *notariellen Beurkundung* geht in der Regel eine umfassende *Beratung* des Klienten durch den *Notar* über den Inhalt der *Urkunde* voraus. Dem *Vollmachtgeber* kommt also bei einer *Beurkundung* die dem *Notar* nach § 17 *Beurkundungsgesetz (BeurkG)* obliegende *Prüfungs-* und *Belehrungspflicht* zugute und die *Pflicht* zur *Formulierung* einer *Urkunde*, die seinen Willen richtig und erschöpfend wiedergibt. Dies dient dem *Schutz* des *Vollmachtgebers* in Form einer *Warnfunktion*. Der *Notar* soll nach § 11 *BeurkG* die *Beurkundung* bei *fehlender Geschäftsfähigkeit* eines *Beteiligten* ablehnen.

### Vorgehen bei der Beglaubigung

Die *erklärende Person* muss *persönlich* vor der *Urkundsperson* erscheinen. Nur so ist der *Urkundsperson* eine sichere *Prüfung* der *Identität* möglich. Gemäß § 10 Abs. 2 *BeurkG* hat der *Erklärende* durch *Vorlage* geeigneter *Nachweise*, *Personalausweis*, *Reisepass* oder *Führerschein* seine *Identität* unter *Beweis* zu stellen. *Ausreichend* ist, wenn der *Er-*

*klärende* der *Urkundsperson* *persönlich* bekannt ist; dies ist allerdings im *Beglaubigungsvermerk* festzuhalten. Kann sich die *Urkundsperson* keine *Gewissheit* über die *Person* verschaffen, ist die *Beglaubigung* abzulehnen<sup>10</sup>.

Die *Urkundsperson* bezeugt also mit dem angebrachten *Beglaubigungsvermerk*, dass der *Unterzeichnende* sich zu einem von ihm gefertigten darüber stehenden Text bekennt<sup>11</sup> Gegenstand der *Bezeugung* durch die *Urkundsperson* ist bei der *Beglaubigung* also stets das *Bekennen* zu einem Text. Voraussetzung auf Seiten desjenigen, der das *Dokument* verfasst, ist die *Fähigkeit* zu einer derartigen *Äußerung*. Allerdings ist die *Urkundsperson* nicht verpflichtet, auftauchenden *Zweifeln* bezüglich einer *fehlenden Geschäftsfähigkeit* des *Erklärenden* nachzugehen. Eine diesbezügliche *Prüfungspflicht* besteht – im Gegensatz zu § 11 *BeurkG* – nicht, vergleiche dazu § 40 *BeurkG*.

Ohnehin gilt für die *Frage* der *Geschäftsfähigkeit* das *Regel-Ausnahme-Prinzip*. Grundsätzlich geht der *Gesetzgeber* von der *Geschäftsfähigkeit* einer *Person* aus. Das ist die *Regel*. Behauptet jemand, er sei zum *Zeitpunkt* der *Vornahme* eines *Rechtsgeschäftes* *geschäftsunfähig* gewesen, stellt dies die *Ausnahme* dar, die zu *beweisen* ist. Im *Beglaubigungsvermerk* ist jedoch – sofern auf die *Schnelle* feststellbar – eine eventuell erforderliche und fehlende *Geschäftsfähigkeit* von der *Urkundsperson* zu *vermerken*<sup>12</sup>. Dies resultiert aus der *Verpflichtung* der *Urkundsperson*, wahr zu *bezeugen* und einen *falschen Anschein* zu vermeiden. Teilweise wird die *Auffassung* vertreten, in Fällen *offenkundiger Geschäftsunfähigkeit* des *Erklärenden* könne die *Beglaubigung* *verweigert* werden<sup>13</sup>. Nach *diessseitiger* *Auffassung* wird zu *differenzieren* sein: Bei einer *Vorsorgevollmacht* ist *Wirksamkeitsvoraussetzung* *Geschäftsfähigkeit*.

Ist ein *Vollmachtgeber* *erkennbar* *geschäftsunfähig*, kann die *Urkundsperson* zu *Recht* die *Beglaubigung* *verweigern*,

- 1 Köbler/Pohl, *Deutsch-Deutsches Rechtswörterbuch*.
- 2 Creifelds, *Rechtswörterbuch*, 18. Auflage.
- 3 Köbler/Pohl, a. a. O.
- 4 Creifelds, a. a. O.
- 5 Creifelds, a. a. O.
- 6 Köbler/Pohl, a. a. O.
- 7 Dodegge/Roth, § 6 BtBG, Rn. 49.
- 8 Creifelds, a. a. O.
- 9 Creifelds, a. a. O.
- 10 Reithmann/Blank/Rink, *Notarpraxis*, 2. Auflage, S. 98.
- 11 Reithmann/Blank/Rinck, a. a. O., S. 97..
- 12 Reithmann/Blank/Rinck, a. a. O., S. 99.
- 13 Bühler, *Vollmachtserteilung zur Vermeidung einer Betreuerbestellung – Möglichkeiten und Grenzen der Vorsorgevollmacht*, FamRZ 2001, 1585, 1590.

§ 40 Abs. 2 und 4 BeurkG<sup>14</sup>. Im Falle einer Betreuungsverfügung beziehungsweise Patientenverfügung sind jedoch andere Voraussetzungen für die Errichtung auf Seiten des Vollmachtgebers vorhanden. Für die Betreuungsverfügung, die in der Regel Vorschläge zur Auswahl des Betreuers und Wünsche zur Führung der Betreuung enthält, reicht das Vorliegen eines natürlichen, von Dritten unbeeinflussten Willens aus. Geschäftsfähigkeit ist nicht erforderlich. Bei der Patientenverfügung ist ebenso wenig Geschäftsfähigkeit zum Zeitpunkt der Errichtung notwendig. Der Erklärende muss nach der Rechtsprechung lediglich über die so genannte Einwilligungsfähigkeit verfügen. Ausreichend ist also, dass der Vollmachtgeber im Hinblick auf die medizinischen Festlegungen in seiner Patientenverfügung in der Lage ist, Bedeutung, Tragweite und Risiken zu erfassen und seinen Willen hiernach zu bestimmen<sup>15</sup>.

Soll die Urkundsperson also eine Vorsorgevollmacht einer offenkundig geschäftsunfähigen Person beglaubigen, kann dies abgelehnt werden beziehungsweise ist diese im Falle einer Beglaubigung mit einem entsprechenden Vermerk zu versehen. Die Beglaubigung einer Patientenverfügung respektive einer Betreuungsverfügung einer geschäftsunfähigen Person, die keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung enthält, sondern lediglich fixierte Wünsche bezüglich einer ärztlichen/pflegerischen Behandlung oder der Art und Weise, wie eine Betreuung zu führen ist, ist mithin durchzuführen.

Die Beglaubigung von Unterschriften ohne dazugehörigen Text ist abzulehnen, § 6 Abs. 2 Satz 2 BtBG. Das vorgelegte Dokument muss also einen Text enthalten, wobei es sich um einen hand- oder maschinenschriftlich gefertigten Individualtext oder aber um einen Vordruck handeln kann. Das zu beglaubigende Dokument soll in deutscher Sprache verfasst sein, es sei denn, die Urkundsperson beherrscht die in der Urkunde verwandte Fremdsprache, § 5 Abs. 2 Satz 2 BeurkG. Entsprechend § 40 Abs. 1 BeurkG ist eine Unterschrift nur dann zu beglaubigen, wenn sie in Gegenwart der Urkundsperson vollzogen und anerkannt wird.

Die Unterschrift selbst ist in deutschen oder lateinischen Schriftzügen abzuleisten und muss entzifferbar sein. Ausreichend ist die Unterschrift mit dem Familiennamen ohne Erwähnen des Vornamens. Bei Doppelnamen kann auch mit einem Namensteil unterschrieben werden, ebenso mit einem tatsächlich geführten Namen, einem Pseudonym, sofern die ausstellende Person zweifelsfrei identifizierbar ist<sup>16</sup>. Der Beglaubigungsvermerk muss demgemäß genau die

Person bezeichnen, die die Unterschrift vollzog und anerkannte, § 40 Abs. 3 Satz 1 BeurkG<sup>17</sup>. Wird diese zwingende Formvorschrift verletzt, ist die Unterschriftsbeglaubigung nichtig.

## Checkliste

*Folgende Schritte sind also bei einer Beglaubigung zu beachten:*

- Identitätsnachweis des Erklärenden gegenüber Urkundsperson
- Persönliches Erscheinen des Erklärenden vor Urkundsperson
- Vorhandensein eines Textes in deutscher Sprache/Beglaubigung eines fremdsprachigen Textes nur dann, wenn die Urkundsperson diese beherrscht
- Eventuell Vermerk über offenkundig fehlende Geschäftsfähigkeit des Erklärenden
- Unterschriftsleistung des Erklärenden in Gegenwart der Urkundsperson
- Genaue Bezeichnung der die Unterschrift leistenden Person.

## Grundsätzliches zu Amtspflichten und Haftungsfragen

### Gesetzliche Haftungsnormen

Gesetzlich ist die Haftung von Amtsträgern und damit auch die der Betreuungsbehördenmitarbeiter in § 839 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) niedergelegt.

Dort heißt es: „*Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.*“

Die Vorschrift gilt gleichermaßen für Angestellte des öffentlichen Dienstes.<sup>18</sup> Nach Art. 34 Grundgesetz (GG) haftet für Amtspflichtverletzungen an Stelle des Beamten/Angestellten grundsätzlich die Körperschaft in deren Dienst er steht, in aller Regel die Anstellungskörperschaft.<sup>19</sup> Art. 34 GG ordnet an: „*Verletzt jemand in Ansehung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so tritt die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht. Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit bleibt der Rückgriff vorbehalten. Für den Anspruch auf Schadensersatz und für den Rückgriff darf der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden.*“

## Amtspflichtverletzung

Zentraler Aufhänger eines möglichen Amtshaftungsanspruchs ist die Verletzung einer *Amtspflicht* durch einen Bediensteten. Inhalt und Umfang der Amtspflicht eines Bediensteten bestimmen sich nach den seinen Aufgaben- und Pflichtenkreis regelnden Vorschriften, also Gesetzen, Verordnungen, Verwaltungsvorschriften oder dienstlichen Einzelanweisungen und aus der Art der Aufgaben, die in angemessener Zeit zu erfüllen sind<sup>20</sup>. Es ist mithin eine Amtspflicht des Bediensteten, ihm übertragene Aufgaben ordnungsgemäß durchzuführen. Der Bedienstete hat im Rahmen des Zumutbaren den Sachverhalt vollständig zu erforschen<sup>21</sup>, sorgfältig anvertraute fremde Belange zu bearbeiten und jede vermeidbare Schädigung der Ausstellungskörperschaft zu unterlassen. Soweit rechtlich etwas zweifelhaft ist, gilt das Prinzip des sichersten Weges.

### Haftung der Betreuungsbehörde bei der Beratung über Vollmachten und Betreuungsverfügungen

Schon nach dem alten Gesetzeszustand war die Betreuungsbehörde verpflichtet, über Patientenverfügungen, Vorsorgevollmachten und Betreuungsverfügungen zu informieren und zu beraten.<sup>22</sup> Dazu gehört nach überwiegender Meinung auch die Beratung im Einzelfall. Das Betreuungsrechtsänderungsgesetz<sup>23</sup> fügte mit Wirkung vom 1. Januar 1999 § 6 Satz 2 BtBG ein, der die Pflicht zur Förderung von Informationen über Vollmachten und Betreuungsverfügungen vorsah. In Ansehung der erheblichen Steigerung an Fallzahlen war es dem Gesetzgeber ein besonderes Anliegen,

14 Zimmermann, Zur urkundstechnischen Behandlung von Zweifeln an der Geschäftsfähigkeit, BWNtZ 1998, 101, 108.

15 Meier, Handbuch Betreuungsrecht, Rn. 692 m. w. N.

16 BGH, NJW 1996, 997.

17 Reithmann/Blank/Rinck, a. a. O., Rn. 141.

18 Palandt-Thomas, BGB, § 839, Rn. 23.

19 Münchener Kommentar-Papier, BGB, 3. Aufl., § 839, Rn. 354; Geigel-Kunschert, Der Haftpflichtprozess, 3. Aufl., S. 641.

20 Geigel-Kunschert, a. a. O., S. 640.

21 BGH, NJW 1989, 99.

22 Allgemeine Ansicht: Jürgens-Winterstein, Betreuungsrecht, § 6 BtBG, Rn. 9; Dodegge/Roth, § 6 BtBG, Rn. 49; Damrau/Zimmermann, § 6 BtBG, Rz. 2; Bienwald, § 6 BtBG, S. 1427; Knittel, § 6 BtBG, Rn. IIb; a. A.: HK-BUR-Walther, § 6 BtBG, Rn. 29, der meint, eine Einzelfallberatung der Behörde verstoße gegen das Rechtsberatungsgesetz. § 3 Nr. 1 RberG gestattet den Behörden jedoch ausdrücklich die Rechtsberatung und -betreuung im Rahmen ihrer Zuständigkeit, vgl. Altenhoff/Busch/Chemnitz, Rechtsberatungsgesetz, 10. Aufl., Rn. 352.

23 BT-Drucksache 13/7158, S. 58.

über eine vermehrte Propagierung privater Vorsorgemöglichkeiten Spareffekte bei den öffentlichen Haushalten zu erzielen. Im Gegensatz zu den Betreuungsvereinen bestand seit dem BtÄndG für die Behörde eine Verpflichtung zur Förderung der Beratung über Vollmachten und Betreuungsverfügungen. Dies beinhaltet auch – wie bereits dargelegt – auf den Einzelfall bezogene Auskünfte und das Angebot zu Gesprächen<sup>24</sup>. Im Gesetz ist zwar die Patientenverfügung nicht ausdrücklich als Beratungsgegenstand erwähnt. Eine Vollmacht muss jedoch nicht notwendigerweise finanzielle Angelegenheiten zum Regelungsgegenstand haben. Durch das BtÄndG wurde die Möglichkeit eröffnet, auch in den so genannten höchstpersönlichen Angelegenheiten Bevollmächtigungen auszusprechen. Mittels einer Patientenverfügung kann der Verfügende private Vorsorge fokussiert auf den Bereich der Gesundheitsvorsorge treffen. Benennt der Vollmachtgeber in seiner Patientenverfügung einen so genannten Gesundheitsbevollmächtigten, entfällt bei dessen Eignung im Bedarfsfall das Erfordernis einer Betreuerbestellung für den Aufgabenkreis der Gesundheitsvorsorge. Besitzt der Verfügende keinen vertrauenswürdigen Gesundheitsbevollmächtigten, kommt es bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1896 Abs. 1 BGB zu einer Betreuerbestellung mit dem Aufgabenkreis der Gesundheitsvorsorge. In diesem letzteren Fall binden die in einer Patientenverfügung niedergelegten Behandlungswünsche Gerichte, Betreuer, Ärzte und Pflegepersonal im gesetzlich zulässigen Rahmen. Von daher wird durch die Patientenverfügung ein Ausschnitt der möglichen privaten Vorsorge erfasst. Diese Vorgehensweise ist für Bürger interessant, die ausschließlich auf dem Gebiet der Gesundheitsvorsorge Regelungen treffen wollen.

Grundsätzlich besteht eine Amtspflicht zu vollständiger, unmissverständlicher, richtiger und klarer Auskunft gegenüber Ratsuchenden<sup>25</sup>. Wer von einem Beamten eine unvollständige Beratung in sozialen Fragen erhält, hat Anspruch auf Schadensersatz. Kommt es etwa infolge einer Falschberatung zu einer von dem Ratsuchenden gerade nicht erwünschten Betreuerbestellung, ist eine Haftung möglich. Als Schaden ist in einem solchen Fall die Verletzung des Persönlichkeitsrechtes anzusehen, die in der Errichtung einer unerwünschten staatlichen Betreuung besteht, anstelle einer privat angestrebten Vorsorge sowie die entstandenen Kosten in der Gestalt von Gerichtsgebühren und Betreuervergütungen bei vermögenden Betreuungen. Nach der feststehenden Rechtsprechung der Obergerichte sowie des Bundesverfassungsgerichtes ist die Errichtung einer Betreuung wider den

Willen des Betroffenen ein schwerwiegender Eingriff in das durch das Grundgesetz geschützte Recht zu einem eigenverantwortlichen Handeln und auf freie Selbst- und Willensbestimmung.<sup>26</sup> Das Landgericht Berlin<sup>27</sup> sprach in einer Streitsache einer Klägerin im Jahre 1998, die zu Unrecht mit dem Rechtsinstitut der Betreuung überzogen wurde, für das Hinnehmenmüssen einer Betreuerbestellung für ein Jahr im Vergleichswege eine Summe von 4.000 Euro zu.

Das Bundesverfassungsgericht führte dazu in einer Richtung weisenden Entscheidung wortwörtlich aus<sup>28</sup>: „Die gerichtliche Bestellung eines Betreuers (§§ 1896 BGB, 65 FGG) stellt für den unter Betreuung Gestellten einen solchen gewichtigen Grundrechtseingriff dar. Der Betreute wird in seiner Entscheidungsfreiheit aus Art. 2 I GG ganz oder teilweise in den vom Gericht bestimmten Angelegenheiten eingeschränkt. An seiner Stelle und für ihn entscheidet in den vom Gericht angeordneten Aufgabenkreisen der Betreuer, der den Wünschen des Betreuten nur insoweit zu entsprechen hat, als dies dessen Wohl nicht entgegensteht (§ 1901 II und III BGB). Auch in höchstpersönlichen Angelegenheiten kann es deshalb zu Entscheidungen gegen den ausdrücklichen Willen des Betreuten kommen ...“

### Zur Beratung über Vollmachten und Betreuungsverfügungen

*Haftungsrechtlich ist also der Aufhänger für eine mögliche Haftung des Landes wegen eines Fehlverhaltens eines Bediensteten die Frage, ob eine Amtspflichtverletzung vorliegt. Die Betreuungsbehörde trifft qua Gesetz, § 6 Abs. 1 Satz 2 BtBG, die Amtspflicht zur Aufklärung und Beratung über Vollmachten und Betreuungsverfügungen.<sup>29</sup> Um beurteilen zu können, ob eine Amtspflichtverletzung in Form eines Beratungsverschuldens gegeben ist, ist zu erörtern, wie eine pflichtgemäße Beratung aussehen muss.*

### Beratung Vorsorgevollmacht

Es sollen stichpunktartig die wichtigsten Beratungspunkte aufgezählt werden.<sup>30</sup> Voranzuschicken ist zunächst, dass eine vollständige und eingehende Beratung, wie aus der anwaltlichen Praxis bekannt, zeitintensiv ist.

Form: Eine Bevollmächtigung kann in allen Angelegenheiten der Personen- und Vermögenssorge – formfrei – ausgesprochen werden. Freilich ist aus Beweisgründen dringend eine schriftliche Fixierung des Vollmachttextes zu empfehlen. Die Banken erkennen ohnehin in der Regel lediglich Vollmachten an, die auf ihren eigenen Vordrucken

abgegeben oder notariell beurkundet respektive beglaubigt wurden. Ist Grundvermögen vorhanden, ist eine notarielle Beurkundung unumgänglich mit Hinblick auf die Erfordernisse der Grundbuchordnung (GBO), § 29 GBO. Wird Vollmacht zur Unterbringung oder unterbringungsähnlichen Maßnahmen erteilt, ist es obligat, in dem Vollmachttext zumindest den Gesetzeswortlaut des § 1906 Abs. 1 und 4 BGB wortwörtlich niederzulegen mit Hinblick auf die Anforderungen der Rechtsprechung, die besagen, dass dem Vollmachtgeber dadurch Inhalt und Tragweite der ausgesprochenen Bevollmächtigung vor Augen geführt wird<sup>31</sup>. Soll dem Vollmachtnehmer Befugnis zur Einwilligung in riskante Heilmaßnahmen erteilt werden, ist dies ebenso in der Vollmachtsurkunde schriftlich aufzunehmen, § 1904 Abs. 2 Satz 2 BGB.

Voraussetzung: Bei der Abfassung einer Vorsorgevollmacht muss Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers gegeben sein. Der Bundesgerichtshof<sup>32</sup> fasste die Voraussetzungen für das Vorliegen von Geschäftsunfähigkeit wie folgt zusammen: „Abzustellen ist darauf, ob eine freie Entscheidung nach Abwägung des Für und Wider bei sachlicher Prüfung der in Betracht kommenden Gesichtspunkte möglich ist oder ob umgekehrt von einer freien Willensbestimmung nicht mehr gesprochen werden kann, etwa weil der Betroffene fremden Willenseinflüssen unterliegt oder seine Willensbildung durch unkontrollierte Triebe und Vorstellungen bestimmt wird ...“

Ersatzbevollmächtigung: Dem Ratsuchenden, der einen nahezu gleichartigen Bevollmächtigten avisiert, ist das nachstehende, grundsätzliche Problem vor Augen zu führen: Vollmachtgeber und Vollmachtnehmer sind zu dem Zeitpunkt, in dem im Regelfall von der Vollmacht Gebrauch gemacht wird – im

24 Winterstein/Jürgens/Kröger/Marschner, Betreuungsrecht kompakt, § 6 BtBG, Rn. 601a.

25 Palandt-Thomas, a. a. O., Rn. 44; BGH, NJW 1980, 2574; OLG Köln, Urteil vom 3.6.2004, Az. 3U 184/03, unveröffentlichte Entscheidung; OLG Koblenz, Urteil vom 13.3.2002, Az. 1 U 529/00, unveröffentlichte Entscheidung; ständige Rechtsprechung.

26 Exemplarisch KG, Urteil vom 28.11.1995, Az. 9 U 6782/94, unveröffentlichte Entscheidung.

27 Vgl. Fallschilderung in Meier, Handbuch Betreuungsrecht, S. 116 f.

28 BVerfG, FamRZ 2002, 312, 313.

29 Jürgens-Winterstein, § 6 BtBG, Rn. 9; Damrau/Zimmermann, § 6 BtBG, Rn. 2; Knittel, § 6 BtBG, Rn. IIb.; BT-Drucksache 13/4148, S. 53.

30 Zur Vertiefung: Meier, Inhalt und Reichweite einer Vorsorgevollmacht, BtPrax 2002, 184.

31 OLG Stuttgart, BtPrax 1994, 99, 100; AG Frankfurt/Main, BtPrax 1999, 246.

32 BGH, NJW 1996, 918.

Alter – gleich hochbetagt und möglicherweise beide gleich geistig oder körperlich gebrechlich. Eine wichtige Vorsorgefunktion der Vollmacht ist damit gefährdet. Der in gleicher Weise alte Vollmachtnehmer ist möglicherweise aus psychischen oder physischen Gründen außerstande, die mit der Bevollmächtigung verbundenen Aufgaben adäquat zu lösen. Er ist also, wie das Gesetz es in § 1986 Abs. 2 Satz 2 BGB verlangt, gerade nicht „ebenso gut“ wie ein Betreuer geeignet. Das Ziel der Vollmachterteilung – eine staatliche Fürsorge zu vermeiden – wäre damit konterkariert.

Idealerweise sollte zwischen einem Vollmachtgeber und einem Vollmachtnehmer ein Generationenabstand gewahrt sein. Dann ist in einem Vertretungsfall – der über 80 Jahre alte Betroffene muss in ein Heim übersiedeln, psychiatrisch behandelt werden oder Ähnliches – die Gewähr dafür gegeben, dass der dann etwa 60-jährige Bevollmächtigte sich um die zu regelnden Angelegenheiten kümmern kann. Will der Vollmachtgeber seinen gleichaltrigen Ehegatten bevollmächtigen, ist in der Beratungssituation auf die Möglichkeit eines Ersatzbevollmächtigten hinzuweisen, der im Falle der Verhinderung des Hauptbevollmächtigten die Befugnisse aus der Vollmacht ganz oder teilweise wahrnimmt.

Trennung Regelungen der Personen- und Vermögenssorge: Aus Gründen der Eleganz ist zu empfehlen, die Angelegenheiten der Vermögenssorge urkundenmäßig zu trennen von denen der Personensorge. Aus diesseitiger Sicht brauchen Institutionen, wie etwa eine Bank oder ein Rentenversicherungsträger, denen die Vollmachtsurkunde vorzulegen ist, nicht zu wissen, welche Vorsorgeregulungen der Vollmachtgeber für den Fall lebensbeendender Maßnahmen wünscht. Angelegenheiten der Personensorge sollten von daher in einer eigenen Urkunde zusammengefasst werden.

Widerrufsmöglichkeiten: Durch den Ausspruch einer Bevollmächtigung legt der Vollmachtgeber sein Schicksal in fremde Hände. Der Widerruf einer erteilten Vollmacht setzt Geschäftsfähigkeit voraus. Wird der Vollmachtgeber geschäftsunfähig, kann er sich nicht mehr gegen einen möglichen Missbrauch der Vollmacht durch den Vollmachtnehmer durch Widerruf zur Wehr setzen. Er ist dann auf Gedeih und Verderb darauf angewiesen, dass die Missbrauchssituation dem Vormundschaftsgericht – wodurch auch immer – bekannt wird. Das Gericht wird einen Kontrollbetreuer, § 1986 Abs. 3 BGB, bestellen, der auch das Recht hat – sofern es die Interessen des Vollmacht-

gebers erfordern – die Vollmacht zu widerrufen<sup>33</sup>.

Kontrollbetreuung: Eine Kontrollbetreuung kann gerichtsseits angeordnet werden, wenn dem Vollmachtgeber infolge seines Krankheits- oder Behinderungszustandes eine Überwachung oder die Geltendmachung von Rechten gegenüber seinem Bevollmächtigten nicht mehr möglich und ein Überwachungsbedarf vorhanden ist, resultierend aus dem Umfang und der Schwierigkeit der zu besorgenden Geschäfte. Der Verdacht des Missbrauchs ist nicht erforderlich.<sup>34</sup> Das Landgericht Berlin nahm in einer unveröffentlichten Entscheidung einen Überwachungsbedarf bereits bei einem Vermögen von 60.000 Euro an. Von daher ist einer vermögenden Person anzuempfehlen, in einer Vollmachtsurkunde eine Regelung über einen erforderlichenfalls einzusetzenden Kontrollbetreuer mit zu bedenken.

Entschädigungsregelung: Die Frage, ob überhaupt und wie der Bevollmächtigte für seine Tätigkeit honoriert werden soll, ist mit dem Vollmachtgeber zu erörtern. Es bieten sich Pauschalsätze vom Vermögen an oder aber eine Stundensatzregelung.

### *Patientenverfügung*

Folgende Beratungsschwerpunkte spielen eine Rolle<sup>35</sup>:

Form: Grundsätzlich kann formfrei verfügt werden, aber aus Beweisgründen ist eine schriftliche Fixierung vorzunehmen. Die Befugnis des Bevollmächtigten, in riskante ärztliche Heilmaßnahmen einzuwilligen, ist nach § 1904 Abs. 2 Satz 2 BGB ohnehin schriftlich auszusprechen.

Zweck: Die Patientenverfügung dient der Ermittlung des mutmaßlichen Willens des Verfügenden in einer entscheidungsunfähigen Situation. Der Verfügende kann einen Gesundheitsbevollmächtigten benennen. In diesem Fall entfällt bei Vorliegen der medizinischen Voraussetzungen des § 1896 Abs. 1 BGB die Erforderlichkeit zur Bestellung eines Betreuers in dem Aufgabenkreis der Gesundheitsvorsorge. Der Gesundheitsbevollmächtigte unterliegt ebenso wie der Betreuer bei riskanten Heileingriffen einem vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungserfordernis, § 1904 Abs. 2 BGB. Sah der Verfügende von einer Bevollmächtigung ab, artikuliert seine Patientenverfügung seine Behandlungswünsche und bindet im gesetzlich zulässigen Rahmen Ärzte, Pflegepersonal, Gerichte und Betreuer.

Voraussetzung: Einwilligungsfähigkeit, nicht Geschäftsfähigkeit. Die Anforderungen an die Einwilligungsfähigkeit sind geringer als die an die Geschäfts-

fähigkeit. Nach der Rechtsprechung setzt die natürliche Einsichts- und Steuerungsfähigkeit voraus, dass der Betroffene „nach seiner geistigen und sittlichen Reife die Bedeutung und die Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung ermessem kann“<sup>36</sup>. Es kommt darauf an, ob der Betroffene genügend Urteilskraft hat, um das Für und Wider der Regelungen abzuwägen.

Ärztliche Konsultation: Vor Abfassung einer Patientenverfügung ist eine Rücksprache mit dem behandelnden Arzt sinnvoll. Der 63. Deutsche Juristentag in Leipzig 2000 sprach sich in seinen Empfehlungen dafür aus, vor der Errichtung einer Patientenverfügung jeden Patienten durch einen Arzt beziehungsweise eine staatliche Stelle aufzuklären. Die Unsicherheit vieler Verfügenden in medizinischen Fragen ist groß. Die neue Debatte beispielsweise im Fall Terri Schiavo, welche Schmerzen ein komatöser Patient bei lebensbeendenden Maßnahmen noch empfindet, beleuchtet dies schlaglichtartig.

Passive Sterbehilfe: Der Bundesgerichtshof sprach sich in seiner Entscheidung vom 17. März 2003 zu Az. XII ZB 2/03<sup>37</sup> für die Anerkennung des Selbstbestimmungsrechtes eines einwilligungsunfähigen Patienten aus, der zuvor in einer im einwilligungsfähigen Zustand verfassten Patientenverfügung Festlegungen zur passiven Sterbehilfe traf. Allerdings müsse das Grundleiden einen tödlichen und irreversiblen Verlauf angenommen haben. Die Vorsitzende des XII. Zivilsenates, Frau Dr. Hahne, konkretisierte dieses Kriterium dahingehend, die Patientenverfügung eines Patienten, die eine medizinische Maßnahme untersage, wie beispielsweise das Legen einer Magensonde, sei in jedem Falle zu respektieren, unabhängig von dem körperlichen Zustand. Ein Handeln von Beteiligten gegen den Willen des Patienten stelle eine rechtswidrige Körperverletzung dar<sup>38</sup>.

33 HK-BUR-Bauer, § 1986, Rn. 261.

34 LG München I, BtPrax 1998, 117.

35 Zur Vertiefung: Meier: Zum Inhalt und zum Umgang mit Patientenvollmachten in Gesundheitsangelegenheiten, BtPrax 2001, 181.

36 BGHZ 29, 33, 36.

37 BGH, BtPrax 2003, 123.

38 Dr. Hahne auf dem Forum des Nationalen Ethikrates in Berlin am 11.6.2003, Wortprotokoll – über Internet abrufbar –, S. 20.

|                              | <b>Vorsorgevollmacht<br/>(§§ 1896 Abs. 2 Satz 2,<br/>1901a Satz 2, 167 BGB)</b>  | <b>Patientenverfügung</b>   | <b>Betreuungsverfügung<br/>(§§ 1897 Abs. 4, 1901a<br/>Satz 1 BGB)</b>                    |
|------------------------------|--|---|--|
| <b>Vertretungsverhältnis</b> | Regelt rechtsgeschäftliche Vertretung  | Regelt Vertretung im Bereich der Gesundheitspflege  | Regelt gesetzliche Vertretung, § 1902 BGB  |
| <b>Bestellung</b>            | Person des Vertrauens wird vom Vollmachtgeber bestimmt   | Person des Vertrauens oder Betreuerbestellung durch Vormundschaftsgericht   | Betreuer wird vom Vormundschaftsgericht bestellt. Wünsche sind zu beachten               |
| <b>Voraussetzung</b>         | Geschäftsfähigkeit   | Einwilligungsfähigkeit  | Keine Geschäftsfähigkeit erforderlich  |
| <b>Adressat</b>              | Rechtsverkehr  | Ärzte, Betreuer, Bevollmächtigter, Gerichte, Pflegepersonal   | Vormundschaftsgericht, Betreuer  |
| <b>Schriftform</b>           | Formfrei, aber Schriftform wegen §§ 1906 Abs. 4, 1904 Abs. 2 BGB; ggfs. notarielle Beurkundung wegen Grundstücksgeschäfte; Benutzung bankspezifischer Vollmachten ggfs. erforderlich     | Formfrei, aber Schriftformerfordernis für Bevollmächtigten für Einwilligung in riskante Heilmaßnahmen § 1904 Abs. 2 BGB | Formfrei, notarielle Beurkundung empfehlenswert  |
| <b>Regelungen</b>            | Bevollmächtigung in Angelegenheiten der Personen- und Vermögenssorge   | Wünsche bezüglich ärztlicher Behandlungen und Pflege, eventuell: Bestimmung eines Gesundheitsbevollmächtigten           | Wünsche bezüglich der Betreuerauswahl, der Art und Weise der Führung der Betreuung       |
| <b>Kontrolle</b>             | Prinzipiell keine; aber mehrere Bevollmächtigte mit gleichen oder unterschiedlichen Aufgaben möglich; §§ 1906 Abs. 1, 4 und 1904 Abs. 2 BGB; ggfs. Kontrollbetreuung, § 1896 Abs. 3 BGB. | Bei Gesundheitsbevollmächtigung, § 1904 Abs. 2 BGB  | Betreuer unterliegt der Aufsicht des Vormundschaftsgerichts                              |
| <b>Widerruf</b>              | Nur bei Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers jederzeitige Widerrufsmöglichkeit. Widerruf durch Kontrollbetreuer möglich. Vollmacht wird dann unwirksam                                 | Jederzeitige Widerrufbarkeit, verbal oder non-verbal (z. B. durch Kopfschütteln)  | Jederzeitige Widerrufbarkeit unabhängig von Geschäftsfähigkeit, siehe Patientenverfügung |
| <b>Zeugen</b>                | Wünschenswert, aber nicht erforderlich   | Wünschenswert, aber nicht erforderlich  | Wünschenswert, aber nicht erforderlich   |
| <b>Bestätigung</b>           | Nicht erforderlich   | Nicht erforderlich, aber jährliche Durchsicht empfehlenswert  | Nicht erforderlich   |
| <b>Entschädigung</b>         | Stundensatz oder Pauschalvergütung   | Stundensatz oder Pauschalvergütung  | Auslagen und Betreuervergütung gemäß §§ 1835, 1836 BGB                                   |
| <b>Hinterlegung</b>          | Bei Bundesnotarkammer möglich  | Bei Bundesnotarkammer möglich   | Bei Bundesnotarkammer möglich  |
| <b>Tod des Betroffenen</b>   | Vollmacht bleibt bei Tod bestehen; kann aber von Erben widerrufen werden   | Wird mit dem Tod gegenstandslos   | Wird mit dem Tod des Betreuten gegenstandslos  |

### Betreuungsverfügung

Die Betreuungsverfügung ist jedem Ratsuchenden zu empfehlen, der keine Vertrauensperson besitzt, die er mit der Erledigung seiner Angelegenheiten im entscheidungsunfähigen Zustand betrauen könnte und der infolgedessen auf die Inanspruchnahme einer staatli-

chen Betreuung angewiesen ist. Beratungsschwerpunkte:

Inhalt: Der Verfügende kann mittels einer Betreuungsverfügung auf die Person des Betreuers und die Art und Weise der Führung der Betreuung Einfluss nehmen. So unterliegen Betreuer beispielsweise einem rigiden Schenkungsverbot, §§ 1908i, 1804 BGB. Teilweise

gibt es Auseinandersetzungen mit dem Vormundschaftsgericht über riskante Geldanlagen, § 1811 BGB. In einer Betreuungsverfügung kann der Betroffene daher niederlegen, welche Zuwendungen welchen Personen in welcher Größenordnung zufließen sollen beziehungsweise wie die Verwaltung seines Vermögens aussehen soll.

---

Bindungswirkung: Sowohl das Vormundschaftsgericht als auch der Betreuer sind an die Festlegungen des Betroffenen in der Betreuungsverfügung gebunden, soweit sie dem Wohl nicht zuwiderlaufen und er willensmäßig daran festhält.

### *Pro und Kontra privater Vorsorge*

Das Rechtsinstitut der Bevollmächtigung steht und fällt mit der Zuverlässigkeit des Bevollmächtigten. Jeder Vollmachtgeber, der diesbezüglich Zweifel an der Person des Bevollmächtigten hegt, ist mit einer Betreuungsverfügung und einer staatlichen Betreuung besser bedient. Man legt bei einer Bevollmächtigung im Bereich der Personen- und der Vermögenssorge umfassend sein Schicksal in vielfach fremde Hände bei fehlender staatlicher Kontrolle.

Nach wie vor keiner befriedigenden Lösung zugeführt werden konnte das Problem des In-Kraft-Tretens einer Vorsorgevollmacht für den Fall divergierender Ansichten hierüber zwischen Vollmachtgeber und Vollmachtnehmer. Beispielsweise, wenn der Vollmachtgeber krankheitsbedingt der Ansicht ist, keiner

Unterstützung bei der Erledigung seiner Angelegenheiten zu bedürfen<sup>39</sup>.

Missbrauchseindämmung: Gegen den immer wieder zu Tage tretenden teilweise erheblichen Missbrauch von Vollmachten und die Ohnmacht gebrechlicher Vollmachtgeber, sich hiergegen adäquat zur Wehr zu setzen, ist scheinbar so recht kein Kraut gewachsen. Bei der Abfassung einer Vollmacht ist eine Mehrfachbevollmächtigung zu empfehlen in der Hoffnung, dass sich die Bevollmächtigten wechselseitig „auf die Finger“ schauen.

Selbstbestimmungsrecht: Mittels einer Vollmacht ist der Vollmachtgeber in der Lage, sein Alter beziehungsweise behinderungsbedingte Zustände vorausplanend zu gestalten. Die Vollmacht ermöglicht eine unbürokratische, weitgehend von gerichtlichen Genehmigungserfordernissen befreite Führung und Abwicklung der Angelegenheiten des Vollmachtgebers. Diesem bleiben zudem die oft als aufregend empfundenen gerichtlichen Verfahrenshandlungen erspart, von denen ein anhängiges Betreuungsverfahren gekennzeichnet ist.

