

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 167, 1854 Nr. 8 – Vorsorgevollmacht; Schenkungen des Bevollmächtigten in dem einem Betreuer gestatteten Rahmen; Reform des Betreuungsrechts

BtBG § 6; BtOG §§ 7, 34; GBO § 29 – Reform des Betreuungsrechts; Beglaubigung einer transmortalen Vollmacht durch die Betreuungsbehörde; Verwendbarkeit im Grundbuchverfahren

#### Gutachten im Abrufdienst

##### Literaturhinweise

##### Aktuelles

Inkrafttreten der Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts zum 1.1.2023

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB §§ 167, 1854 Nr. 8

#### Vorsorgevollmacht; Schenkungen des Bevollmächtigten in dem einem Betreuer gestatteten Rahmen; Reform des Betreuungsrechts

##### I. Sachverhalt

Herr A hat seiner Tochter T eine Vorsorgevollmacht nach dem Muster des Bundesjustizministeriums erteilt. Seine Unterschrift wurde notariell beglaubigt. In dem Muster heißt es: „Sie darf mein Vermögen verwalten und hierbei alle Rechtshandlungen und Rechtsgeschäfte im In- und Ausland vornehmen, [...] namentlich [...] Schenkungen in dem Rahmen vornehmen, der einem Betreuer rechtlich gestattet ist.“

Inzwischen ist Herr A geschäftsunfähig. T möchte nun ein Baugrundstück des A, das einen Verkehrswert von ca. 80.000,00 € hat, dem Nachbarssohn, zu dem A ein

gutes Verhältnis hat, schenken. Da die Vollmacht aber Schenkungen nur in dem Umfang erlaubt, in dem diese einem Betreuer gestattet sind, meint T – jedenfalls bis zum 31.12.2022 – wegen §§ 1908i, 1804 BGB a. F. (die dort geregelten Ausnahmen dürften nicht gegeben sein) – an der Vornahme einer Schenkung gehindert zu sein. T hat sich daher entschlossen, die Schenkung nach dem 31.12.2022 vorzunehmen. Sie begründet dies damit, dass die zum 1.1.2023 in Kraft getretene Reform des Betreuungsrechtes einem Betreuer Schenkungen grundsätzlich ermögliche (vgl. § 1854 Nr. 8 BGB), sodass die Formulierung in der Vorsorgevollmacht ihr nun die Schenkung gestatte. Denn Schenkungen seien nun nicht mehr weitgehend verboten, sondern vielmehr möglich, wenn auch verbunden mit einem weitreichenden Genehmigungsvorbehalt. Der Notar hat Bedenken, ob es sich bei der Bezugnahme auf das Betreuungsrecht in der Vorsorgevollmacht um eine dynamische Verweisung handelt.

##### II. Frage

Führt die Formulierung in einer vor dem 31.12.2022 erteilten Vorsorgevollmacht, dass dem Bevollmächtigten Schenkungen in dem Rahmen erlaubt sind, wie es einem Betreuer rechtlich gestattet ist, dazu, dass der Be-

vollmächtigte (im Außenverhältnis) ab dem 1.1.2023 Schenkungen vornehmen kann?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Aktueller Stand der Diskussion

Zu der aufgeworfenen Frage, ob die Formulierung in der bis zum 31.12.2022 erteilten Vorsorgevollmacht als **statische Verweisung** auf die Schenkungskompetenz des Betreuers nach der vormals geltenden Rechtslage (§§ 1908i Abs. 2 S. 1, 1804 BGB a. F.) oder im Falle der Verwendung der Vollmacht ab dem 1.1.2023 als **dynamische Verweisung** auf die aktuell geltende Rechtslage (betreuungsgerichtlicher Genehmigungsvorbehalt nach § 1854 Nr. 8 BGB n. F.) zu verstehen ist, gibt es bislang noch keine Rechtsprechung, so dass die **Rechtslage derzeit unsicher** ist.

In der bislang erschienenen **Literatur** wird hierzu **kontrovers Stellung genommen**. Nach *Grziwotz* (ZRP 2020, 248, 250) liegt es nahe, dass **§ 1908i Abs. 2 S. 1 BGB a. F. weiterhin den Umfang der Vorsorgevollmacht einschränken** solle, also die neue Erweiterung der Schenkungsmöglichkeiten nicht für vor dem 1.1.2023 erteilte Vorsorgevollmachten, die einen entsprechenden Verweis enthalten, gelte. Für eine solche Auslegung lässt sich anführen, dass der Vollmachtgeber mit der verwendeten Klausel die Vorsorgevollmacht an die Grenzen knüpfen wollte, die zum **Zeitpunkt der Erteilung der Vollmacht** und damit bei Abgabe der Willenserklärung für den Betreuer galten. Dies gilt erst recht dann, wenn es sich um eine notariell beurkundete Vollmacht handelt und dem Vollmachtgeber nach § 17 Abs. 1 BeurkG der rechtliche Gehalt seiner Klausel dahin gehend erläutert worden ist. In diesem Fall liegt die Annahme fern, dass nach dem Willen des Vollmachtgebers eine spätere Änderung der für Betreuer geltenden gesetzlichen Regeln Einfluss auf die Reichweite der von ihm erteilten Vollmacht nehmen sollte.

Demgegenüber vertritt u. a. *Müller-Engels* (DNotZ 2021, 84, 87; ErbR 2022, 666, 668), dass mit dieser in Vorsorgevollmachten z. T. verwendeten Formulierung regelmäßig eine **dynamische Verweisung** ausgesprochen worden sei, so dass bei Verwendung ab dem 1.1.2023 die aktuelle Rechtslage und damit § 1854 Nr. 8 BGB n. F. gelte. Für die Annahme einer dynamischen Verweisung spricht, dass es dem Vollmachtgeber in der Regel bei der Verwendung der einschränkenden Klausel (diese geht wohl auf Bühler, FamRZ 2001, 1585, 1597 zurück) darum gegangen sein dürfte, dem Bevollmächtigten keine uneingeschränkten Befugnisse einzuräumen, sondern die **Schenkungsbefugnisse sachgemäß zu begrenzen**. Die sachgemäße Begrenzung wurde jedoch nicht eigenständig formuliert, sondern hierfür auf das gesetzliche Regelungsmodell des gesetzlichen Vertreters (Betreuers)

verwiesen, wohl wissend oder zumindest in Kauf nehmend, dass die gesetzlichen Regelungen – wie in diesem Bereich häufig – künftig auch geändert werden könnten. Der Vollmachtgeber hat sein Vertrauen damit nicht in die aktuelle gesetzliche Regelung, sondern in das **gesetzliche Regelungsmodell des Betreuers** schlechthin gelegt, so dass die Verweisung auch etwaige Änderungen der Schenkungsmöglichkeiten des Betreuers mit umfasst. Dieser Ansicht folgend dürfte daher regelmäßig die Annahme einer dynamischen Verweisung nahe liegend sein, sofern im Einzelfall keine Anhaltspunkte für einen davon abweichenden Willen des Vollmachtgebers bestehen. Die Rechtslage muss aber als offen bezeichnet werden.

#### 2. Rechtslage bei Annahme einer statischen bzw. dynamischen Verweisung

Die Annahme einer **statischen Verweisung** würde dazu führen, dass sich die Schenkungsbefugnisse des Bevollmächtigten auch nach dem 1.1.2023 nach den §§ 1908i, 1804 BGB a. F. richten würden. Da die Schenkungsmöglichkeiten des Betreuers im Rahmen der Betreuungsrechtsreform 2023 erheblich erweitert worden sind (vgl. oben I), hätte dies zur Konsequenz, dass der Bevollmächtigte schlechter stünde als ein (aktueller) Betreuer. Schenkungen wären – wie bislang – nur in einem sehr engen Rahmen (Anstands-, Pflicht- und Gelegenheitsschenkungen) zulässig.

Nimmt man eine **dynamische Verweisung** an, so stellt sich weiter die Frage nach den **konkreten Rechtsfolgen**. Nach § 1854 Nr. 8 BGB ist die Genehmigung des Betreuungsgerichts zu einer Schenkung oder unentgeltlichen Zuwendung des Betreuers erforderlich, es sei denn, diese ist nach den Lebensverhältnissen des Betreuten angemessen oder als Gelegenheitsgeschenk üblich. Damit wurden die bisherigen, sehr engen materiellen Kriterien für die Zulässigkeit einer Schenkung in §§ 1908i Abs. 2 S. 1, 1804 a. F. zugunsten einer **gerichtlichen Genehmigungsmöglichkeit** weitgehend beseitigt. Durch eine privatautonome Regelung kann aber kein Erfordernis einer gerichtlichen Genehmigung begründet werden. Deshalb dürfte die Annahme einer **Genehmigungsmöglichkeit für Schenkungen des Bevollmächtigten ausscheiden**. Mit der erfolgten Verweisung auf die Kompetenzen eines Betreuers bestünde damit die Gefahr, dass der Schenkungsrahmen durch die neue Regelung für Bevollmächtigte nicht nur nicht erweitert, sondern im Gegenteil sogar **eingeschränkt** würde (Müller-Engels, DNotZ 2021, 84, 87 f.). Der Bevollmächtigte dürfte dann nur solche Schenkungen vornehmen, die auch nach neuem Recht genehmigungsfrei zulässig sind und stünde damit letztlich schlechter als ein Betreuer (nach aktuellem Recht).

Um dieses Ergebnis bei Zugrundelegung einer dynamischen Verweisung zu vermeiden, dürfte es naheliegen, auf die (gedachte) **Genehmigungsfähigkeit** der Schenkung abzustellen. Der Bevollmächtigte soll Schenkungen vornehmen können, wenn das Betreuungsgericht die identische Schenkung durch einen Betreuer genehmigen würde. Da die (gedachte) Genehmigung durch das Betreuungsgericht die Wirksamkeit der Schenkung im Außenverhältnis betrifft, dürfte die (gedachte) Genehmigungsfähigkeit auch die Vertretungsmacht des Bevollmächtigten im Außenverhältnis betreffen.

Zur betreuungsgerichtlichen **Genehmigungsfähigkeit** einer Schenkung durch den Betreuer führt die Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 19/24445, S. 290 f.; Hervorhebungen durch das DNotI) Folgendes aus:

*„Der Genehmigungsmaßstab für das Betreuungsgericht folgt aus § 1862 Abs. 2 in Verbindung mit § 1821 Abs. 2 bis 4 BGB. (...) Maßgebliches Kriterium für die Zulässigkeit einer in Vertretung durch den Betreuer gemachten Schenkung ist damit der **Wunsch oder der mutmaßliche Wille des Betreuten**. Gemäß § 1821 Abs. 2 BGB hat der Betreuer die Angelegenheiten des Betreuten so zu besorgen, dass dieser im Rahmen seiner Möglichkeiten sein Leben nach seinen Wünschen gestalten kann. Hierzu hat der Betreuer die Wünsche des Betreuten festzustellen, diesen grundsätzlich zu entsprechen und den Betreuten bei deren Umsetzung rechtlich zu unterstützen. Die Wünsche des Betreuten finden ihre Grenze, wenn hierdurch die Person des Betreuten oder dessen Vermögen erheblich gefährdet würde und der Betreute diese Gefahr auf Grund seiner Erkrankung oder Behinderung nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann oder die Wunschbefolgung dem Betreuer nicht zuzumuten ist (§ 1821 Abs. 3 BGB). Der Wunsch des Betreuten ist daher beachtlich, sofern nicht höherrangige Rechtsgüter des Betreuten gefährdet sind oder seine gesamte Lebens- und Versorgungssituation erheblich verschlechtert wird und der Betreute diese Gefährdung aufgrund seiner Erkrankung nicht erkennen kann. Der Betreute kann danach grundsätzlich auch wirtschaftlich unvernünftige Entscheidungen treffen. Selbst wenn also durch die Erfüllung der Wünsche des Betreuten dessen Vermögen erheblich geschmälert wird, ist der Wunsch in diesem Fall zunächst zu respektieren. Wünsche des Betreuten sind auch dann maßgeblich, wenn sie zu einem früheren Zeitpunkt geäußert worden sind, und gelten auch bei fortschreitendem geistigen Verfall als fortdauernd. Liegt ein auf die konkrete Situation feststellbarer Wunsch des Betreuten nicht vor, so ist sein mutmaßlicher Wille zur Prüfung heranzuziehen, ob die Schenkung vorgenommen werden kann. Damit können auch Schenkungen gemacht werden, die einer sittlichen Pflicht oder Anstandspflichten entsprechen und nicht auf einen konkreten aktuell geäußerten Wunsch des Betreuten zurückgehen. Schenkungen*

*durch den Betreuer, die nach den Lebensverhältnissen des Betreuten als Gelegenheitsgeschenk üblich sind, sind auch künftig zulässig. Sie werden vom Genehmigungsvorbehalt ausgenommen.“*

Die Kriterien für die betreuungsgerichtliche Genehmigungsfähigkeit einer in Vertretung des Betreuten gemachten Schenkung erscheinen damit **nicht eben als präzise** – möglicherweise noch weniger als diejenigen für die ausnahmsweise Zulässigkeit einer Schenkung durch den Betreuer nach der bis zum 31.12.2022 geltenden Rechtslage. Die Annahme einer im Außenverhältnis unbeschränkten Schenkungskompetenz des Bevollmächtigten aufgrund der im Sachverhalt wiedergegebenen Formulierung scheint aber von deren Wortlaut her kaum vertretbar. Schließlich würde die Verschiebung der Problematik auf das reine Innenverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem auch dem allgemein für Vollmachten geltenden **Auslegungsgrundsatz** widersprechen, wonach **der geringere Umfang der Vollmacht anzunehmen ist, wenn sich der größere nicht nachweisen lässt** (BayObLG Rpfleger 1996, 332; KG FGPrax 2018, 98; allg. Überblick: Meikel/Hertel, GBO, 12. Aufl. 2021, § 29 Rn. 66 ff.).

### 3. Ergebnis

Es spricht einiges dafür, dass die wiedergegebene Formulierung regelmäßig als **dynamische Verweisung** zu verstehen ist. Die unscharfen **Kriterien für die betreuungsgerichtliche Genehmigungsfähigkeit** einer Schenkung nach § 1854 Nr. 8 BGB n. F. dürften als außenwirksame **Beschränkung der Vertretungsmacht** des Vorsorgebevollmächtigten aufzufassen sein. Dass die Schenkung eines Baugrundstücks mit einem Verkehrswert von ca. 80.000,00 € bei diesem Verständnis (außenwirksam) in dem Rahmen läge, „der einem Betreuer rechtlich gestattet ist“, wird man nicht ohne Weiteres annehmen können. Der mitgeteilte Sachverhalt lässt allerdings offen, ob und inwieweit die Schenkung überhaupt den Wünschen oder dem mutmaßlichen Willen des Vollmachtgebers entspricht. Dies wäre hinsichtlich der Genehmigungsfähigkeit – und damit auch der Handlungskompetenz des Bevollmächtigten – wesentlich.

Zudem ist zu betonen, dass die Frage nach der Qualität des Verweises (statisch/dynamisch) derzeit ungeklärt und hierfür eine einzelfallbezogene Prüfung erforderlich ist. Bei **unsicherer Rechtslage** könnte es sich ab dem 1.1.2023 empfehlen, **vorsorglich einen Betreuer bestellen** zu lassen, der für den Vollmachtgeber handeln und die nach § 1854 Nr. 8 BGB n. F. erforderliche Genehmigung einholen kann, sofern dies aussichtsreich erscheint.

---

## BtBG § 6; BtOG §§ 7, 34; GBO § 29

### Reform des Betreuungsrechts; Beglaubigung einer transmortalen Vollmacht durch die Betreuungsbehörde; Verwendbarkeit im Grundbuchverfahren

---

#### I. Sachverhalt

Ein im Grundbuch zu vollziehendes Rechtsgeschäft, bei dem ein rechtsgeschäftlich bevollmächtigter Vertreter auftritt, wurde unter Verwendung einer betreuungsbehördlich beglaubigten transmortalen Vollmacht im Jahr 2022 beurkundet. Der Vollmachtgeber verstarb nach der Beurkundung, aber vor Einreichung der Urkunde beim Grundbuchamt. Diese wird aufgrund noch fehlender Vollzugsreife erst im Jahre 2023 erfolgen.

#### II. Frage

Lässt § 7 Abs. 1 S. 2 BtOG die Wirkung der betreuungsbehördlichen Beglaubigung im Grundbuchverfahren auch dann entfallen, wenn das Rechtsgeschäft unter Verwendung der Vollmacht bereits vor dem 1.1.2023 beurkundet, aber noch nicht vollzogen wurde?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Bisherige Rechtslage

Für das **Jahr 2022** wurde die Beglaubigungsbefugnis der Betreuungsbehörden noch durch das Betreuungsbehördengesetz geregelt. Nach **§ 6 Abs. 2 S. 1 BtBG** war die Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde befugt, Unterschriften oder Handzeichen auf Vorsorgevollmachten oder Betreuungsverfügungen öffentlich zu beglaubigen. Der BGH hatte hierzu mit Beschluss vom 12.11.2020 (DNotZ 2021, 710) entschieden, dass die Beglaubigung von Unterschriften auf Vorsorgevollmachten durch die Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde gemäß § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG den Anforderungen des § 29 GBO genügt. Die Beglaubigungsbefugnis der Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde nach § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG erstreckte sich aus Sicht des BGH dabei auch auf Vorsorgevollmachten, die über den Tod hinaus gültig sein sollen (sog. transmortale Vollmachten).

##### 2. Rechtslage nach Inkrafttreten der Betreuungsrechtsreform

Mit Ablauf des 31.12.2022 trat das Betreuungsbehördengesetz außer Kraft. Als Nachfolgeregelung trat **ab dem 1.1.2023** im Zusammenhang mit der umfassenden Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts das **Betreuungsorganisationsgesetz (BtOG)** an seine Stelle. Auch das BtOG spricht der Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde die Befugnis zu, Unterschriften oder Handzeichen auf Betreuungsverfügungen und auf

Vollmachten, soweit sie von natürlichen Personen erteilt werden, öffentlich zu beglaubigen (§ 7 Abs. 1 S. 1 BtOG).

Nach der Neuregelung des **§ 7 Abs. 1 S. 2 BtOG** endet aber die Wirkung der Beglaubigung bei einer Vollmacht **mit dem Tod des Vollmachtgebers** (dazu etwa Müller-Engels, DNotZ 2021, 84, 91; Horn, ZEV 2020, 748, 751; Bosch/Siegel, notar 2021, 204, 206 f.; Becker, MittBay-Not 2021, 549 ff.). Ab dem 1.1.2023 gilt also grundsätzlich, dass eine von der Betreuungsbehörde beglaubigte transmortale Vollmacht nach dem Tod des Vollmachtgebers wegen § 29 Abs. 1 S. 1 GBO **im Grundbuchverkehr** nicht mehr verwendet werden kann. Stattdessen sind die Einholung eines formgerechten Erbnachweises und die Beteiligung der Erben oder die Bestellung eines Nachlasspflegers erforderlich, auch wenn die Vollmacht materiell-rechtlich noch wirksam sein sollte. Würde das Grundbuchamt beim Grundbuchvollzug die Neuregelung des § 7 Abs. 1 S. 2 BtOG übersehen und bei einer materiell-rechtlich über den Tod des Vollmachtgebers hinaus wirkenden Vollmacht einen Erwerber trotzdem als neuen Eigentümer im Grundbuch eintragen, so wäre der wegen § 7 Abs. 1 S. 2 BtOG anzunehmende Verstoß gegen § 29 Abs. 1 S. 1 GBO materiell-rechtlich unschädlich. § 29 GBO ist lediglich eine grundbuchrechtliche Ordnungsvorschrift. Seine Verletzung macht die Grundbucheintragung nicht unwirksam, wenn die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für die Eintragung vorliegen (s. bereits BGH DNotZ 1963, 313; Demharter, GBO, 32. Aufl. 2021 § 29 Rn 2 m. w. N.). Der Erwerber hätte somit wirksam Eigentum erworben. Das Grundbuch wäre richtig.

##### 3. Übergangsproblematik

Fraglich ist nun, wie sich die Neuregelung in § 7 Abs. 1 S. 2 BtOG über das Erlöschen der Beglaubigungswirkung mit dem Tod des Vollmachtgebers für Rechtsgeschäfte auswirkt, die noch im **Jahr 2022** aufgrund einer transmortalen, durch die Betreuungsbehörde beglaubigten Vollmacht **beurkundet** wurden, jedoch erst **im Jahre 2023 zum grundbuchamtlichen Vollzug gelangen**, wenn der Vollmachtgeber vor Einreichung der Urkunde beim Grundbuchamt bereits verstorben ist.

Bei dem hier unterbreiteten Sachverhalt ist gegenüber der Frage nach dem intertemporalen Geltungsanspruch des § 7 Abs. 1 S. 2 BtOG noch vorgreiflich ein **grundbuchverfahrensrechtliches Problem** aufgeworfen. Es geht darum, ob es im Fall der Abgabe einer Eintragungsbewilligung durch einen Vertreter ausreichend ist, wenn die Vollmacht zugunsten des Vertreters **im Zeitpunkt der Erklärung** der Bewilligung bestand oder ob diese **noch bei Vorlage** der Bewilligung ans Grundbuch-



amt bestanden haben muss. Dieser Punkt ist streitig. Nach einer Auffassung genügt es, dass die Vollmacht des Vertreters zum Zeitpunkt der Erklärung der Bewilligung bei Beurkundung bestanden hat (Schöner/Stöber, Rn. 3581). Eine Gegenauffassung, die insbesondere vom **OLG München** (DNotZ 2019, 450, 455; RNotZ 2019, 269, 273) vertreten wird, verlangt demgegenüber den **Bestand der Vollmacht noch zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der verfahrensrechtlichen Erklärung**. Dieses Wirksamwerden tritt jedenfalls mit Vorlage der Eintragungsbewilligung beim Grundbuchamt ein. Jedoch wird auch aus Sicht des OLG München die Bewilligung dann bereits mit Abschluss der Beurkundung wirksam, wenn gemäß § 51 Abs. 1 BeurkG ein Anspruch auf Erteilung einer Ausfertigung der rechtsgeschäftlichen Urkunde entstanden ist. In diesem Zusammenhang wird man wohl annehmen müssen, dass es genügt, wenn der Veräußerer die Entstehung des Anspruchs gemäß § 51 Abs. 1 BeurkG nicht mehr einseitig verhindern kann, sodass eine Ausfertigungssperre in diesem Zusammenhang unschädlich bleibt (so Gutachten DNotI-Report 2019, 153, 155 f.).

Der eben angedeutete Streitstand zum Fortbestand der Vollmacht, also die weitgehende Unschädlichkeit des Widerrufs einer Vollmacht nach Abschluss der Beurkundung, **hat hier erst recht zu gelten, wenn es** – wie im unterbreiteten Problemzusammenhang – nicht um den materiell-rechtlichen Fortbestand der Vollmacht bzw. ihr Erlöschen wegen eines Vollmachtswiderrufs geht, sondern „**lediglich**“ **um den Entfall der Beglaubigungswirkung nach § 7 Abs. 1 S. 2 BtOG** bei materiell-rechtlichem Fortbestand der Vollmacht.

Allerdings regelt nunmehr auch das BtOG selbst in § 34 die Übergangsproblematik. § 34 BtOG wurde nachträglich durch das Änderungsgesetz zum Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vom 24.06.2022, BGBl. I 2022, S. 959, in das BtOG eingefügt, nachdem sich in der Literatur bereits vereinzelt Stimmen zur hier besprochenen Frage geäußert hatten (Becker, MittBayNot 2021, 549, 550). § 34 BtOG bestimmt, dass **§ 7 Abs. 1 S. 2 BtOG nur auf Vollmachten anzuwenden** ist, die **seit dem 1. Januar 2023** durch die Behörde nach § 7 Abs. 1 S. 1 BtOG öffentlich beglaubigt worden sind. Nach der Gesetzesbegründung (BR-Drucks. 84/22, S. 44) dient diese Regelung der Klarstellung, indem eine möglicherweise aus dem erst während des Gesetzgebungsverfahrens zum Reformgesetz (BGBl. I 2021, S. 873) veröffentlichten Beschluss des BGH v. 12.11.2020 (DNotZ 2021, 710) resultierende Rechtsunsicherheit hinsichtlich Bestandsvollmachten vermieden wird (vgl. dazu auch Schnellenbach/Waßenberg/Heyder, BtPrax 2022, 155, 158).

Aus § 34 BtOG folgt nunmehr, dass es im vorliegenden Fall für die Grundbuchtauglichkeit der verwendeten Vollmacht **unerheblich** ist, ob der Vollmachtgeber bereits verstorben ist. Da die Vollmacht bei Beurkundung eines Rechtsgeschäfts im Jahr 2022 verwendet wurde, muss sie denklogisch auch vor dem 1.1.2023 von der Betreuungsbehörde beglaubigt worden sein. Damit unterfällt sie **nicht der Neuregelung des § 7 BtOG**. Wie sich aus der Gesetzesbegründung zu § 34 BtOG ergibt, ist daher für eine vor dem 1.1.2023 gemäß § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG a. F. betreuungsbehördlich beglaubigte Vollmacht die Entscheidung des BGH v. 12.11.2020 (V ZB 148/19) maßgeblich, wonach die Vollmacht auch bei Ableben des Vollmachtgebers grundbuchtauglich (§ 29 GBO) bleibt, wenn sie transmortal erteilt worden ist.

#### 4. Ergebnis

Für die Frage, ob eine von der Betreuungsbehörde beglaubigte Vollmacht nach dem Tod des Vollmachtgebers grundbuchtauglich ist, kommt es darauf an, in welchem Zeitraum die Vollmacht beglaubigt wurde. Erfolgte die Beglaubigung noch unter Geltung des § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG, so hindert der Tod des Vollmachtgebers nicht die Grundbuchtauglichkeit. Erfolgte die Beglaubigung nach Inkrafttreten von (und gemäß) **§ 7 Abs. 1 S. 1 BtOG** am 1.1.2023, so entfällt die Beglaubigungswirkung und damit auch die Grundbuchtauglichkeit (§ 29 GBO) mit dem Tod des Vollmachtgebers.

## Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Abruf-Gutachten.

**BGB §§ 1896 Abs. 2 a. F., 1814 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Erteilung einer notariell beglaubigten General- und Vorsorgevollmacht; Formerfordernis bei Kreditaufnahme; Vorteil einer notariellen Beurkundung**  
Abruf-Nr.:

**BGB §§ 1629, 1824, 1809, 1850, 2147; GBO §§ 19, 20 Erfüllung eines Vermächtnisses über eine Eigentumswohnung zugunsten eines minderjährigen Enkelkindes; Vertretung; familiengerichtliche Genehmigung; Änderungen durch die Betreuungsrechtsreform**  
Abruf-Nr.:

§ 1904 BGB a. F.	->	§ 1829 BGB
§ 1906 BGB a. F.	->	§ 1831 BGB
§ 1906a BGB a. F.	->	§ 1832 BGB

Weiterhin kann eine Vorsorgevollmacht zusätzlich eine **Betreuungsverfügung** enthalten. Diese ist nun erstmals in § 1816 Abs. 2 S. 4 BGB legaldefiniert. Gestärkt wurde mit der Reform die Möglichkeit einer negativen Verfügung. Der Wunsch des Vollmachtgebers, dass eine bestimmte Person nicht zum Betreuer ernannt werden möge, ist für das Betreuungsgericht jetzt grundsätzlich verbindlich (§ 1816 Abs. 2 S. 2 BGB). Ebenfalls gesetzlich näher geregelt ist von nun an der **Kontrollbetreuer** (§ 1820 Abs. 3 BGB).

Eine Änderung ergibt sich in Bezug auf das sog. **Subsidiaritätsprinzip** der Betreuung. Der Kreis der Personen, für die das Subsidiaritätsprinzip nicht gilt, wurde erheblich erweitert auf alle Mitarbeiter von Diensten, die in der ambulanten Versorgung des Vollmachtgebers tätig sind, vgl. § 1814 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 i. V. m. § 1816 Abs. 6 BGB. Diese Personen sind als Bevollmächtigte tendenziell ungeeignet, sodass bei deren Bevollmächtigung aufgrund des naheliegenden **Interessenskonfliktes** mit gewisser Wahrscheinlichkeit dennoch ein Betreuer bestellt wird.

## 2. Auswirkungen auf die Verwendung von Vorsorgevollmachten bei notariell zu beurkundenden Rechtsgeschäften

Zwei Aspekte sollten künftig bei der Verwendung von Vollmachten im notariellen Kontext beachtet werden. Zum einen ist durch die Reform das **Schenkungsverbot des Betreuers** (§§ 1908i Abs. 2 S. 1, 1804 BGB a. F.) entfallen. Von nun an sind Schenkungen durch den Betreuer nicht mehr verboten, aber u. U. genehmigungspflichtig, vgl. § 1854 Nr. 8 BGB. Wird nun eine vor dem 1.1.2023 errichtete Vorsorgevollmacht vorgelegt, nach der der Bevollmächtigte im selben Umfang wie ein Betreuer Schenkungen vornehmen darf, so stellt sich die Frage nach der Bedeutung dieses Verweises (dynamisch oder statisch). Zur Vertiefung sei auf das in diesem Report enthaltene **Gutachten** verwiesen (S. 1).

Eine weitere Änderung ergibt sich aus **§ 7 BtOG**. Das Betreuungsorganisationsgesetz (BtOG) ersetzt das BtBG. Nach § 7 Abs. 1 S. 2 BtOG endet die Beglaubigungswirkung einer durch eine Betreuungsbehörde beglaubigten Vollmacht mit dem Tod des Vollmachtgebers. Materiell-rechtlich bleibt die Vertretungsmacht bei entsprechend transmortaler Bevollmächtigung hingegen bestehen. Siehe hierzu auch das in diesem Report enthaltene **Gutachten** (S. 4).

## Aktuelles

### Inkrafttreten der Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts zum 1.1.2023

#### 1. Auswirkungen auf die Errichtung von Vorsorgevollmachten

In vielen Mustern für Vorsorgevollmachten werden die §§ 1904, 1906, 1906a BGB (a. F.) genannt. Dies liegt daran, dass jeweils in Abs. 5 der genannten Vorschriften bestimmt war, dass eine Vollmacht **schriftlich** erteilt sein und die in der Norm genannten Maßnahmen etc. **ausdrücklich** umfassen muss. An diesem Schriftlichkeits- und Ausdrücklichkeitsanforderung ändert sich auch unter Geltung des neuen Rechts nichts, es wurde nur in § 1820 Abs. 2 BGB einheitlich zusammengefasst. Allerdings sind die **Inhalte**, auf die sich das Ausdrücklichkeitsanforderung bezieht, von nun an an anderen Orten zu finden:

Bezogen auf die Verwendung solcherart beglaubigter Vollmachten gegenüber dem Grundbuchamt ist daran zu denken, dass **bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte** für den Tod des Vollmachtgebers entsprechende Nachweise gefordert werden können (Stichwort: „Lebensbescheinigung“).

### 3. Änderungen in Bezug auf gerichtliche Genehmigungserfordernisse

Durch die Reform wurden die Katalogvorschriften der §§ 1821, 1822 BGB a. F. neu sortiert. Von nun an sind die Rechtsgeschäfte, die einer betreuungsgerichtlichen – oder wegen des weitreichenden Verweises in § 1643 BGB entsprechend einer familiengerichtlichen – Genehmigung bedürfen, in den §§ 1848 ff. BGB zu finden. Dort sind die Geschäfte nach **Lebenssachverhalten** sortiert. Von Interesse für die notarielle Praxis sind neben der geänderten Paragraphensortierung insbesondere folgende Normen:

§ 1850 BGB – Rechtsgeschäfte über Grundstücke und Schiffe

§ 1851 BGB – Erbrechtliche Rechtsgeschäfte

§ 1852 BGB – Handels- und gesellschaftsrechtliche Rechtsgeschäfte

§ 1854 BGB – Sonstige Rechtsgeschäfte

Im Bereich Schenkungen und Überlassungen ist künftig zu beachten, dass gemäß § 1850 Nr. 4 BGB der **unentgeltliche Erwerb von Wohnungs- und Teileigentum** unter Genehmigungsvorbehalt steht. Dies betrifft, anders als bisher, auch den Erwerb einer Sondereigentumseinheit zu Alleineigentum. Ebenfalls relevant ist dieses Genehmigungserfordernis für Vermächtniserfüllungen. Aus dem Bereich des **Erbrechts** ist erwähnenswert, dass § 1851 Nr. 3 BGB nun auch Fälle erfasst, in denen der Betreute bzw. Minderjährige im Wege der **Abschichtung** aus der Erbengemeinschaft ausscheidet. Im Übrigen versammelt die Norm in Nrn. 4-9 zahlreiche Genehmigungstatbestände, die nach altem Recht über das 5. Buch des BGB verteilt waren. Im Bereich des **Gesellschaftsrechts** ist zu beachten, dass mit Inkrafttreten der Reform auch der unentgeltliche Erwerb eines Anteils an einer Gesellschaft, die ein Erwerbsgeschäft betreibt, der Genehmigung bedarf, vgl. § 1852 Nr. 1 lit. b) BGB. Erwähnenswert ist aus dem Bereich der **sonstigen Rechtsgeschäfte** (§ 1854 BGB), dass gemäß Nr. 4 zu einem Rechtsgeschäft, das auf **Übernahme einer fremden Verbindlichkeit** gerichtet ist, eine Genehmigung erforderlich ist. Die Vorgängernorm (§ 1822 Nr. 10 BGB) wies einen etwas weiteren Wortlaut auf („zur Übernahme einer fremden Verbindlichkeit“). Aus § 1854 Nr. 4 BGB ergibt sich daher kein Genehmigungserfordernis in Bezug auf Gesellschaftsverträge, in deren Folge sich Haftungsrisiken (z.B.

§ 26 Abs. 2 GmbHG) nur als gesetzliche Nebenfolgen ergeben.

### 4. Änderungen im Bereich des Zentralen Vorsorgeregisters

Mit dem Inkrafttreten der Reform besteht die Möglichkeit, im Zentralen Vorsorgeregister isoliert **Patientenverfügungen** zu registrieren.

Außerdem kann nunmehr auch ein **Widerspruch** gegen das mit der Reform neu geschaffene Ehegattenvertretungsrecht in Gesundheitsangelegenheiten nach § 1358 BGB im Zentralen Vorsorgeregister eingetragen werden (vgl. § 78a BNotO n.F.). Durch das ebenfalls neu geschaffene **Einsichtsrecht für Ärzte**, die das Vorsorgeregister einsehen können, bevor sie nach § 1358 Abs. 4 BGB ein schriftliches Nachweisdokument erteilen, soll sichergestellt werden, dass die Registrierung des Widerspruchs die ungewollte Ausübung des (aufgrund Widerspruchs nicht bestehenden) Vertretungsrechts verhindert.

### 5. Änderungen hinsichtlich der Vertretung durch einen Betreuer

Die Reform des Betreuungsrechts dient u. a. der besseren Wahrung und Verwirklichung des **Selbstbestimmungsrechts** von Betreuten. Das Betreuerhandeln hat sich daher primär an den **Wünschen** sowie dem mutmaßlichen Willen und nicht am objektiven Wohl des Betreuten auszurichten (vgl. § 1821 BGB). Es gilt nunmehr der Grundsatz „**Unterstützung vor Vertretung**“; von der Vertretungsmacht gemäß § 1823 BGB soll der Betreuer nur Gebrauch machen, soweit dies erforderlich ist (§ 1821 Abs. 1 S. 2 BGB). Die Einhaltung des Erforderlichkeitsgrundsatzes ist aber **keine Bedingung für die Wirksamkeit** einer vom Betreuer im Rahmen seines angeordneten Aufgabenkreises abgegebenen Willenserklärung (vgl. BT-Drucks. 19/24445, S. 251).

### 6. Änderungen hinsichtlich der Gestaltung von Verfügungen von Todes wegen

Möchte der Erblasser seinem Berufsbetreuer Vermögen zuwenden, so ist seit Inkrafttreten der Reform **§ 30 BtOG** zu beachten. Hiernach ist es einem **beruflichen Betreuer** i. S. d. § 19 Abs. 2 BtOG untersagt, von dem von ihm Betreuten Geld oder geldwerte Leistungen anzunehmen. Die Norm stellt klar (Abs. 1 S. 2), dass dies auch für Zuwendungen im Rahmen einer Verfügung von Todes wegen gilt. Das Annahmeverbot bewirkt, dass der Berufsbetreuer eine ihm im Zuge einer letztwilligen Verfügung zufallende Zuwendung ausschlagen müsste. Die letztwillige Verfügung selbst wird zwar nach h. M. **nicht unwirksam**, kann allerdings nicht

gemäß dem Willen des Erblassers umgesetzt werden. Nimmt der Berufsbetreuer die Zuwendung dennoch an, so verstößt er gegen die Berufspflicht aus § 30 BtOG.

Die zentrale Vorschrift für die **Vormundbenennung in Verfügungen von Todes wegen** lautet seit Inkrafttreten der Reform § 1782 BGB. Entfallen ist die Möglichkeit, aus besonderen Gründen für einen Mündel mehrere Vormünder zu bestellen (§ 1775 S. 2 BGB a. F.). Nach § 1775 BGB besteht nunmehr die **gemeinschaftliche Vormundschaft von Ehegatten** und in Einzelfällen die Möglichkeit, für Geschwister unterschiedliche Vormünder zu bestellen. Weiterhin besteht die Möglichkeit, in

der Vormundbenennung die **Befreiung** des Vormunds von einigen Beschränkungen anzuordnen. Das Amt des **Gegenvormunds** (§ 1792 BGB a. F.) gibt es seit Inkrafttreten der Reform nicht mehr.

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –  
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0      Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notar a. D. Dr. Andreas Bernert

**Redaktion:** Notarassessor Dr. Philipp Theuersbacher

**Bezugsbedingungen:**

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

**Bezugspreis:**

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden. Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

**Verlag:**

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

**Druck:**

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice  
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn