

Bundesministerium
der Justiz und für Verbraucherschutz
Referate IA1 und IA6
Mohrenstraße 37
10117 Berlin

Per E-Mail: poststelle@bmjv.bund.de

Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zu einem Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts

Ihr Schreiben vom 23. Juni 2020

Ihr Zeichen: 3475/7-12 -122/2020

Sehr geehrte Damen und Herren,

für die Gelegenheit zum Referentenentwurf zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts Stellung zu nehmen, danken wir Ihnen und nehmen diese gerne wahr.

In unserer Stellungnahme werden wir im Schwerpunkt auf diejenigen Regelungen eingehen, die entweder einen Bezug zur notariellen Tätigkeit oder zur Tätigkeit der Bundesnotarkammer als Registerbehörde des Zentralen Vorsorgeregisters (ZVR) aufweisen.

Wir werden uns zunächst (unter A.) mit der Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts im engeren Sinne und den sich insoweit stellenden Detailfragen für die notarielle Praxis befassen. Die Bundesnotarkammer begrüßt die angedachte Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts in den weit überwiegenden Teilen.

Im Anschluss werden wir (unter B.) zum angedachten Ehegattenvertretungsrecht in Gesundheitsangelegenheiten und zu dessen konkreter Ausgestaltung Stellung nehmen. Das angedachte gesetzliche Ehegattenvertretungsrechts in Gesundheitsangelegenheiten wird von uns im Grundsatz kritisch gesehen.

Die Auswirkungen des Referentenentwurfes auf das ZVR werden wir sowohl in Bezug auf die Möglichkeit der Eintragung eines Widerspruchs gegen das gesetzliche

Ehegattenvertretungsrecht im ZVR als auch in Bezug auf ein Ärzteeinsichtsrecht (unter C.) erörtern. Die Bundesnotarkammer unterstützt das Anliegen des Referentenentwurfes, Klinikärzten in Deutschland ca. 4,8 Mio. eingetragene Registrierungen zu Vorsorgeverfügungen¹ zugänglich zu machen, um so die entsprechenden Willensbekundungen der Bürgerinnen und Bürger leichter und schneller auffindbar zu machen. Die Möglichkeit zur Speicherung von Widersprüchen gegen das gesetzliche Ehegattenvertretungsrecht im ZVR wird von der Bundesnotarkammer ebenfalls begrüßt.

Gleichzeitig möchten wir die Gelegenheit nutzen, um aus Sicht der Bundesnotarkammer als Registerbehörde des ZVR Vorschläge für Anpassungen der Bundesnotarordnung (BNotO) und der Vorsorgeregister-Verordnung (VRegV) (unter D.) zu unterbreiten, welche die Bürger- und Nutzerfreundlichkeit noch weiter erhöhen und gleichzeitig zu einer erhöhten Rechtssicherheit führen könnten. Dies betrifft unter anderem die Schaffung einer klaren rechtlichen Grundlage für die Speicherung von isolierten Patientenverfügungen im ZVR.

Auch auf die geplanten Regelungen zum Betreuungsorganisationsgesetz (BtOG) werden wir (unter E.) näher eingehen. Aus Sicht der Bundesnotarkammer wurde hier insbesondere bei der Beglaubigungsbefugnis eine insgesamt ausgewogene Regelung gefunden, die lediglich geringfügig angepasst werden sollte.

Abschließend werden wir (unter F.) Fragen zum Inkrafttreten der geplanten gesetzlichen Regelungen erörtern, soweit diese einen Bezug zur Aufgabe der Bundesnotarkammer als Registerbehörde des ZVR aufweisen.

Im Einzelnen:

A. Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts

1. Grundsätzliche Erwägungen

Die Bundesnotarkammer begrüßt die angedachte Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts in den weit überwiegenden Teilen.

Der Referentenentwurf basiert auf den Ergebnissen des in den Jahren 2015 bis 2017 durchgeführten Forschungsvorhabens zur „Qualität in der rechtlichen Betreuung“² und zur „Umsetzung des Erforderlichkeitsgrundsatzes in der betreuungsrechtlichen Praxis

¹ Stand: 30. Juni 2020.

² Matta/Engels/Brossey/Köller u. a., Abschlussbericht, Bundesanzeiger Verlag 2018.

im Hinblick auf vorgelagerte „andere Hilfen“³ sowie auf dem durch das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) durchgeführten interdisziplinären „Diskussionsprozess zu Selbstbestimmung und Qualität im Betreuungsrecht“, an dem sich auch die Bundesnotarkammer aktiv beteiligt hat. Er dient auch der Umsetzung des Übereinkommens der Vereinten Nationen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (BGBl. 2008 II S. 1419, 1420; UN-Behindertenrechtskonvention, UN-BRK) und ist seiner Begründung zentral darauf ausgerichtet, Selbstbestimmung und Autonomie unterstützungsbedürftiger Menschen im Vorfeld und innerhalb einer rechtlichen Betreuung im Sinne von Art. 12 UN-BRK zu stärken.⁴ Die mit dem Referentenentwurf verfolgten Ziele werden von der Bundesnotarkammer uneingeschränkt unterstützt.

Auch die grundlegende gesetzssystematische Überarbeitung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts wird von der Bundesnotarkammer befürwortet, weil damit klare und für Bürgerinnen und Bürger verständliche gesetzliche Regelungen geschaffen werden, was insbesondere auch für ehrenamtliche Betreuerinnen und Betreuer von Vorteil ist.

Das geltende Vormundschaftsrecht stammt weitgehend aus der Entstehungszeit des Bürgerlichen Gesetzbuches. Es enthält im Schwerpunkt Regelungen zur Vermögenssorge, wohingegen bislang recht wenige wirklich detaillierte Regelungen zur gleichsam wichtigen Personensorge normiert wurden. In diesem Zusammenhang ist ausdrücklich zu begrüßen, dass der Mündel als Subjekt künftig mehr in das Zentrum der Betrachtung gerückt wird, und dass die Erziehungsverantwortung des Vormunds im Alltag ausdrücklich geregelt werden soll.

Auch das Betreuungsrecht befasst sich gegenwärtig im Schwerpunkt mit Vermögensangelegenheiten. Die Stärkung des Vorrangs der Wünsche des betreuten Menschen als zentraler Maßstab des Betreuungsrechts wird insoweit begrüßt. Auch die grundlegende Überarbeitung zentraler Normen des materiellen Betreuungsrechts findet die Zustimmung der Bundesnotarkammer: Dies betrifft insbesondere die Stärkung des Erforderlichkeitsgrundsatzes im Rahmen der Betreuung sowie die ausdrückliche Regelung der Aufgaben und Pflichten des Betreuers im Verhältnis zum Betreuten und zu dessen Befugnissen im Außenverhältnis. Positiv zu bewerten ist ebenfalls, dass die betroffene Person in sämtlichen Stadien des Betreuungsverfahrens besser informiert und stärker eingebunden werden soll, insbesondere in die gerichtliche Entscheidung über das Ob und

³ Nolting/Zich/Tisch/Braeseke, Abschlussbericht, Band I und II, Bundesanzeiger Verlag 2018.

⁴ RefE, S. 1.

das Wie der Betreuerbestellung, in die Auswahl des konkreten Betreuers, aber auch in dessen Kontrolle durch das Betreuungsgericht.

2. §§ 1638 ff. BGB-E

Unter anderem in § 1638 Abs. 1 BGB-E sowie § 1639 BGB-E sollen Regelungen aufgenommen werden, wonach auch in Bezug auf unentgeltliche Zuwendungen auf den Todesfall besondere Anordnungen des Verfügenden zur Verwaltung getroffen werden können. Hierbei dürfte es vor allem um Lebensversicherungsverträge oder ähnliche Verträge gehen, die eine Bezugsberechtigung auf den Todesfall vorsehen.

Die Regelung dürfte indes rein klarstellender Natur sein und wird insoweit von der Bundesnotarkammer begrüßt. Für die Frage der Unentgeltlichkeit ist bereits gegenwärtig maßgeblich, ob das Kind als bedachte Person gegenüber dem Zuwendenden einen Anspruch hat, sodass bei schenkweiser Zuwendung der Bezugsberechtigung aus einem Vertrag zugunsten Dritter (z. B. Lebensversicherungsvertrag) an das Kind eine unentgeltliche Zuwendung i. S. d. § 1638 BGB vorliegt, obwohl das Kind gegen den Versprechenden einen eigenen Anspruch aus §§ 328 ff. BGB hat.⁵

3. § 1643 BGB-E

Gegenwärtig regelt § 1643 Abs. 1 BGB originär, in welchen Fällen Eltern bei Rechtsgeschäften für ihr Kind einer Genehmigung des Familiengerichts bedürfen. § 1643 Abs. 2 BGB erstreckt die Genehmigungsbedürftigkeit auch auf die Ausschlagung von Erbschaften, Vermächnissen und auf Pflichtteilsverzichte. Tritt aber der Anfall an das Kind erst infolge der Ausschlagung eines Elternteils ein, der das Kind allein oder gemeinsam mit dem anderen Elternteil vertritt, so ist die Genehmigung nur dann erforderlich, wenn dieser neben dem Kind berufen war.

Diese Regelung soll sich zukünftig in § 1643 Abs. 1, 3 BGB-E i. V. m. § 1851 Nr. 1 BGB-E finden. Die Begründung des Referentenentwurfes zu § 1851 BGB-E enthält in Bezug auf die Betreuung die Formulierung: „[...] Gleiches gilt für den Verzicht auf die Geltendmachung eines entstandenen Pflichtteilsanspruchs, da der Verzicht auf den Pflichtteil nicht möglich ist. Unter diese Genehmigungspflicht fällt auch der Erlass als vertraglich bindender Verzicht.“⁶ Die Fälle des § 1643 BGB-E und § 1851 BGB-E sind

⁵ OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 01.04.2015, 5 WF 316/14; Huber in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, BGB § 1638, Rn. 4; Kerscher in BeckOGK, 1.6.2020, BGB § 1638, Rn. 8.1;

⁶ RefE, S. 332.

zwar voneinander getrennt zu betrachten. Gleichwohl wäre in der Gesetzesbegründung zu § 1643 BGB-E möglicherweise eine Klarstellung dahingehend sinnvoll, dass die Wirkung des § 2349 BGB in gegenwärtiger Fassung erhalten bleibt. § 2349 BGB sieht eine Wirkungserstreckung eines Erb- und/oder Pflichtteilsverzichts vor. Verzichtet beispielsweise aus der Perspektive eines Kindes betrachtet ein Elternteil gegenüber den Großeltern auf das gesetzliche Erbrecht und/oder auf Pflichtteilsansprüche und erhält der Elternteil hierfür z. B. eine Abfindung, so ist in der Regel gewünscht, dass der gesamte Familienstamm abgefunden ist. Dies ist aus Sicht der notariellen Praxis durchaus sinnvoll, weil so vermieden wird, dass nach dem Tod der verzichtenden Eltern generation die Wirksamkeit des Verzichts von den Enkelkindern gegenüber den womöglich noch lebenden Großeltern in Frage gestellt wird. Nur so ist eine sichere Übergabeplanung möglich.

Interessant ist, dass der Referentenentwurf die von der Rechtsprechung entwickelte⁷ Konstruktion einer Abschichtungsvereinbarung nunmehr in der Begründung ausdrücklich anerkennt.⁸ Zu begrüßen ist, dass ein Auseinandersetzungsvertrag und eine Abschichtungsvereinbarung gemäß § 1643 Abs. 3 S. 2 BGB-E nicht genehmigungsbedürftig sind. Damit werden hierzu vorhandene Ansätze in der Rechtsprechung fortgeführt und bisherige Unklarheiten in diesem Bereich beseitigt.⁹

Ergänzend sei an dieser Stelle nur kurz darauf hingewiesen, dass sich in § 1643 Abs. 1 S. 1 BGB ein kleiner Fehler bei der Setzung der Verweisung auf die §§ 1850 bis 1854 BGB-E findet („[...] nach §§ den 1850 bis 1854 [...]“). Außerdem erschiene es gesetzssystematisch sinnvoll, wenn es in § 1643 Abs. 2 BGB-E heißen würde: „Nicht genehmigungsbedürftig gemäß § 1850 BGB sind [...]“. Bislang heißt es hier: „Von der Genehmigungspflicht [...] sind ausgenommen.“

4. § 1782 Abs. 2 BGB-E

Gemäß § 1782 BGB-E sollen die Eltern die Möglichkeit haben, per letztwilliger Verfügung eine natürliche Person als Vormund zu benennen oder diese auch von der Vormundschaft auszuschließen. § 1782 Abs. 2 BGB-E sieht vor, dass bei sich widersprechenden letztwilligen Verfügungen der Eltern die Verfügung durch den zuletzt

⁷ BGH, Urteil vom 21.01.1998 - IV ZR 346/96.

⁸ RefE S. 209, 332.

⁹ KG, Beschluss vom 20.07.2018, 13 UF 105/18, MittBayNot 2018, 562 ff; a. A. OLG Hamm, Beschluss vom 02.08.2017, 15 W 263/16.

verstorbenen Elternteil maßgeblich sein soll. Damit wird die geltende Regelung des § 1776 BGB fortgeschrieben.

Allerdings löst der Referentenentwurf damit nicht das Problem, das besteht, wenn die Eltern einander widersprechende Bestimmungen getroffen haben und dann gleichzeitig versterben. Wie hier vorzugehen ist, ist umstritten.¹⁰ Hier würde sich ggf. eine Klarstellung in der Gesetzesbegründung anbieten, wie das Auswahlermessen des Familiengerichts in dieser Situation ausgestaltet sein soll.

Außerdem stellt sich die Frage, ob eine gemäß § 1783 BGB-E vom Familiengericht übergangene Vormundsbenennung eines zuletzt verstorbenen Elternteils dazu führt, dass eine etwa abweichende Vormundsbenennung eines vorverstorbenen anderen Elternteils wiederauflebt und zum Zuge kommt. Auch insoweit könnte eine Klarstellung sinnvoll sein.

5. §§ 1785 ff. BGB-E

Die Bundesnotarkammer begrüßt, dass auch die Regelungen bezüglich der Pflicht zur Übernahme einer Vormundschaft in den §§ 1785 ff. BGB reformiert werden sollen. Die bislang vom Gesetz vorgesehene sehr weitreichende Pflicht zur Übernahme einer Vormundschaft mit sehr engen Ausnahmetatbeständen führt möglicherweise in manchen Fällen dazu, dass eine als aufgezwungen empfundene Vormundschaft nicht ordnungsgemäß geführt wird. Die testamentarische Benennung als Vormund kann hier gegenwärtig für den Benannten erhebliches Druckpotential in sich bergen, welches vielen Erblassern oft nicht bewusst ist und das auch in der notariellen Beratungspraxis schwer verständlich zu machen ist. Zugleich ist kaum zu erwarten, dass eine erzwungene Vormundschaft für ein Kind förderlich ist.

§ 1785 Abs. 1 BGB-E sieht nunmehr einschränkend vor, dass es eine Pflicht zur Übernahme einer vom Familiengericht übertragenen Vormundschaft (nur) geben soll, wenn der ausgewählten Person die Übernahme unter Berücksichtigung ihrer familiären, beruflichen und sonstigen Verhältnisse zugemutet werden kann. Zur Sicherstellung der Zumutbarkeit soll die ausgewählte Person gemäß § 1785 Abs. 2 BGB-E jedoch nun erst dann zum Vormund bestellt werden, wenn sie sich zur Übernahme der Vormundschaft bereit erklärt hat.¹¹

¹⁰ *Spickhoff* in MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, BGB § 1776, Rn. 7; *B. Hoffmann* in BeckOGK, 1.6.2020, BGB § 1776, Rn. 13

¹¹ RefE, S. 229.

Diese Einschränkungen bezüglich der Übernahmepflicht sind aus Sicht der Bundesnotarkammer zu begrüßen. Auch nach der Gesetzesbegründung zu § 1785 BGB-E bleibt jedoch offen, wie die Regelungen in Absatz 1 und Absatz 2 im Einzelfall zueinander im Verhältnis stehen sollen. Wie ist seitens des Familiengerichts zu verfahren, wenn dieses einerseits zur Überzeugung gelangt, dass der ausgewählten Person die Übernahme der Vormundschaft im Sinne des Absatzes 1 zumutbar ist, diese sich jedoch im Sinne des Absatzes 2 einer Übernahme verweigert? Unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen könnte es sich – vor allem mutmaßlich auch im Interesse des betroffenen Kindes – anbieten, einen Vorrang des Absatzes 2 dahingehend zu formulieren, dass die Zumutbarkeit in der Regel dann nicht gegeben ist, wenn der Vormund die Bestellung ablehnt.

6. § 1856 BGB-E

Die Regelung des § 1829 Abs. 2 BGB sieht gegenwärtig vor, dass der Vertragspartner des Betreuten bzw. Mündels bei gerichtlich genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäften (z. B. aufgrund von § 1821 BGB) die Möglichkeit hat, den Vormund bzw. Betreuer aufzufordern, innerhalb von vier Wochen zu erklären, ob die Genehmigung des Gerichts erteilt wurde. Nach Ablauf dieser Frist ohne Mitteilung einer Genehmigung gilt die Genehmigung als verweigert. Diese Regelung sorgt dafür, dass der Vertragspartner die Möglichkeit erhält, den für ihn nachteilhaften Schwebezustand einer Beendigung zuzuführen. Die Frist hierfür wird jedoch teilweise als zu kurz bemessen angesehen.¹² Der Referentenentwurf würde diese Frist gemäß § 1856 Abs. 2 BGB-E (ggf. i. V. m. § 1643 Abs. 3 BGB-E) auf zwei Monate verlängern, was der Bundesnotarkammer vertretbar erscheint. Zu berücksichtigen ist im Rahmen der gesetzgeberischen Abwägungsentscheidung, dass dem Vormund bzw. Betreuer eine realistische Chance eingeräumt werden sollte, innerhalb der Frist unter Beachtung der Dauer eines Genehmigungsverfahrens eine Genehmigung auch tatsächlich herbeizuführen. Auf der anderen Seite darf die Frist für den Vertragspartner des Betreuten aber nicht unangemessen lang sein. Ergänzend könnten Ausführungen in der Gesetzesbegründung dazu sinnvoll sein, dass die Frist durch einvernehmliche Vereinbarungen der Vertragspartner – wie auch bisher – modifiziert werden kann.¹³

¹² *Kilian* in: BeckOGK, 1.5.2020 Rn. 31, BGB § 1829 Rn. 31; *Schaal* in: Münch, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 3. Auflage 2020, § 17, Rn. 154, der eine Fristverlängerung auf i. d. R. drei Monate vorschlägt.

¹³ *Kroll-Ludwigs* in MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, BGB § 1829 Rn. 29; für die Möglichkeit der Verlängerung RGZ 130, 148 (153) sowie *Lafontaine* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 1829 BGB (Stand: 15.10.2019), Rn. 48.

B. Ehegattenvertretungsrecht in Gesundheitsangelegenheiten (§ 1358 BGB-E)

Der Referentenentwurf sieht gemäß § 1358 BGB-E ein gesetzliches Vertretungsrecht für Ehegatten in Gesundheitsangelegenheiten und den damit in engem Zusammenhang stehenden Angelegenheiten vor. Damit werden gesetzgeberische Erwägungen aus früheren Legislaturperioden aufgegriffen, die bislang nicht realisiert wurden.¹⁴ Das angedachte Ehegattenvertretungsrecht wird indes von der Bundesnotarkammer im Grundsatz kritisch bewertet.

Nachfolgend werden wir (unter B. 1.) erläutern, warum wir grundsätzliche Bedenken gegen die Einführung eines gesetzlichen Ehegattenvertretungsrechts in Gesundheitsangelegenheiten haben. Sodann werden wir (unter B. 2.) aufzeigen, wo aus unserer Sicht Änderungsbedarf hinsichtlich des konkreten Regelungsvorschlags besteht.

1. Grundsätzliche Erwägungen zum Ehegattenvertretungsrecht in Gesundheitsangelegenheiten

Aus dogmatischer Sicht bedeutet ein gesetzliches Recht zur Vertretung eine Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts einer betroffenen Person. Dies erscheint vor dem Hintergrund der Zielsetzung des Gesetzgebers, nämlich das Selbstbestimmungsrecht und die Autonomie unterstützungsbedürftiger Menschen zu stärken, zumindest fragwürdig.

Auch das angedachte Widerspruchsrecht stellt nach unserem Dafürhalten keinen ausreichenden Kompensationsmechanismus für die Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts der betroffenen Person dar. Es ist aus unserer Sicht zu erwarten, dass die Möglichkeit eines Widerspruchs vielen Menschen unbekannt bleiben wird. Nur diejenigen, die sich ohnehin bereits mit Vorsorgethemen befassen, werden auf das gesetzliche Ehegattenvertretungsrecht (und die Möglichkeit des Widerspruchs dagegen) aufmerksam werden. Nur diese Menschen werden einen individuellen Anlass erkennen, ihre Angelegenheiten proaktiv zu regeln. Dabei dürfte es sich aber um den gleichen Personenkreis handeln, der ohnehin eine positive Regelung der eigenen Angelegenheiten mittels Vorsorgevollmacht herbeiführen würde anstatt (nur) das Ehegattenvertretungsrecht durch Widerspruch auszuschließen.

¹⁴ Vgl. dazu auch die Ausführungen im Referentenentwurf auf S. 137, insbesondere zu möglichen Missbrauchsgefahren.

Es erscheint (rechtspolitisch) auch nicht recht konsistent, dass in Bezug auf das gesetzliche Ehegattenvertretungsrecht eine Widerspruchslösung eingeführt werden soll, während im verwandten Bereich der Organspende nach sehr intensiven Diskussionen vom Gesetzgeber letztlich eine Entscheidungslösung bevorzugt worden ist. Beide Fälle haben prinzipiell gemeinsam, dass Entscheidungen im elementaren Bereich der Gesundheitsangelegenheiten zu treffen sind. Ein schlichtes Nichthandeln der betroffenen Person führt im Bereich der Organspende auch künftig dazu, dass ihr kein Einverständnis zu einer Organspende unterstellt wird. Ein schlichtes Nichthandeln in Bezug auf das Ehegattenvertretungsrecht soll hingegen dazu führen, dass der andere Ehegatte in Gesundheitsangelegenheiten vertretungsbefugt ist, was bisher nur durch die Erteilung einer Vollmacht möglich war. Um diese Wirkung zu verhindern, muss der Ehegatte einen Widerspruch erklären. Diese unterschiedliche Beurteilung vergleichbarer Situationen erscheint uns nicht plausibel.

Wie bei der Organspende auch sollte stattdessen im Bereich der Aufklärung über Vorsorgethemen ein deutlicherer Schwerpunkt gesetzt werden. Es würde sich z. B. anbieten, zusammen mit den Informationsmaterialien zur Organspende im Sinne des Transplantationsgesetzes auch Informationsmaterialien zu Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen zur Verfügung zu stellen.

Der Bevölkerung steht mit der Vorsorgevollmacht bereits ein geeignetes Instrument zur Verfügung, um einen Vertreter für Angelegenheiten der Gesundheitspflege und darüber hinaus für weitere Bereiche, wie z. B. Vermögensangelegenheiten, zu bestimmen. Die Vollmacht ist Ausdruck einer privatautonomen Entscheidung und kann auf die individuellen Bedürfnisse des Vertretenen deutlicher besser zugeschnitten werden, als die schlichte Erklärung eines Widerspruchs. So können z. B. unterschiedliche Vertreter für Gesundheitsangelegenheiten und für Vermögensangelegenheiten bestimmt werden; außerdem besteht die Möglichkeit, bei mehreren Personen eine (auch teilweise) Gesamtvertretung oder (auch teilweise) Einzelvertretungen vorzusehen. Auch mit der Möglichkeit der Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB oder dem bewussten Unterbleiben einer solchen Befreiung existieren vielfältige individuelle Abstimmungsmöglichkeiten. Diese Gestaltungsmöglichkeiten werden in der notariellen Praxis auch durchaus genutzt.

Die notarielle Praxis zeigt darüber hinaus deutlich, dass es aus unterschiedlichen Gründen teilweise *nicht* zu einer gegenseitigen Bevollmächtigung der Ehegatten kommt. Daher überzeugt uns die – noch in einem früheren Anlauf zur Einführung eines

Ehegattenvertretungsrechts offen ausgesprochene¹⁵ – Hypothese nicht, dass sich die Ehegatten in den meisten Fällen ohnehin gegenseitig bevollmächtigen würden und daher auch nichts gegen die gesetzliche Vermutung einer wechselseitigen Vertretungsbefugnis sprechen könne. Die Gründe, warum Ehegatten einander nicht bevollmächtigen wollen, können durchaus vielfältig und gewichtig sein. Es sind häufig die gleichen Gründe, die ein Betreuungsgericht davon absehen lässt, einen Ehegatten zum Betreuer zu bestellen, was in der Praxis nicht selten geschieht.¹⁶ So sieht § 1897 Abs. 5 BGB vor, dass die Gefahr von Interessenkonflikten zur Ablehnung einer bestimmten Person als Betreuer führen kann. Außerdem kann sich der andere Ehegatte beispielhaft deshalb als ungeeignet zur Übernahme der Betreuung und damit auch als ungeeignet zur Wahrnehmung eines gesetzlichen Vertretungsrechts erweisen, weil in seiner Person bestimmte (gesteigerte) Missbrauchsrisiken vorhanden sind (wie z. B. einschlägige Vorstrafen) oder weil (bekannte) Fälle von häuslicher Gewalt vorliegen. Dass diese Fälle nicht selten sind, zeigt die aktuellste kriminalstatistische Auswertung des Bundeskriminalamts¹⁷.

Zu den vom Referentenentwurf erhofften Justizentlastungseffekten¹⁸ geben wir schließlich zu bedenken, dass selbst bei Einführung eines gesetzlichen Ehegattenvertretungsrechts auch weiterhin mit einer Vielzahl von Betreuerbestellungen zu rechnen sein würde, weil zumindest nach aktuellem Entwurfsstand der Umfang des gesetzlichen Ehegattenvertretungsrechts im Einzelfall unklar ist und die angedachte ärztliche Bescheinigung i. S. d. § 1358 Abs. 4 BGB-E nicht unerhebliche praktische Probleme aufwerfen würde, worauf wir an späterer Stelle noch näher eingehen werden. Außerdem soll es – was zu begrüßen ist – gemäß § 1831 Abs. 4 BGB-E i. V. m. § 1831 Abs. 2 BGB-E ausdrücklich der Genehmigung des Betreuungsgerichts bedürfen, wenn der Ehegatte im Rahmen des Notvertretungsrechts in freiheitsentziehende Maßnahmen einwilligt. Hier soll also auch künftig eine Befassung des Betreuungsgerichts stattfinden.

Ein gesetzliches Ehegattenvertretungsrecht wird aus den geschilderten Gründen von der Bundesnotarkammer als nicht zielführend angesehen.

¹⁵ BR-Drucks. 505/16, S. 5.

¹⁶ RefE, S. 188 f.

¹⁷ Bundeskriminalamt, Partnerschaftsgewalt – Kriminalstatistische Auswertung – Berichtsjahr 2018, veröffentlicht am 25. November 2019, zuletzt abgerufen am 28. Juli 2020 unter https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/JahresberichteUndLagebilder/Partnerschaftsgewalt/Partnerschaftsgewalt_2018.html;jsessionid=1C19C377744EFC752EDCDFEC8A63ADB5.live2292?nn=63476.

¹⁸ RefE, S. 197.

2. Ausgestaltung des gesetzlichen Ehegattenvertretungsrechts im Einzelnen

Auch die vorgeschlagene konkrete Ausgestaltung des Ehegattenvertretungsrechts begegnet Bedenken.

a. Anwendungsbereich des Ehegattenvertretungsrechts

Das Ehegattenvertretungsrecht soll nach dem Referentenentwurf einen engen Anwendungsbereich haben. Das ist im Grundsatz zu begrüßen.

Es soll zunächst nur den Ehegatten und Lebenspartnern zustehen. Dass es darüber hinaus nicht auf Kinder und nichteheliche Lebensgefährten erweitert werden soll, wird befürwortet, weil anderenfalls das Risiko sich widersprechender Handlungsanweisungen und Entscheidungen durch die Vertretungsberechtigten vergrößert würde.

Die Einschränkung des Anwendungsbereichs auf gesundheits- und gesundheitsnahe Angelegenheiten ist im Grundsatz ebenfalls zu begrüßen. Es bestehen jedoch noch Unklarheiten. Nach dem Referentenentwurf soll das Ehegattenvertretungsrecht auf den gesundheitlichen Zustand einer Bewusstlosigkeit oder einer Krankheit begrenzt sein. Daraus soll nach der Begründung zum Referentenentwurf deutlich werden, dass Anlass für das gesetzliche Vertretungsrecht eine akut eingetretene gesundheitliche Beeinträchtigung infolge eines Unfalls oder einer Erkrankung sein könnte, die auch eine ärztliche Akutversorgung notwendig mache.¹⁹ Hierfür liefert der Wortlaut des Gesetzes jedoch keine hinreichenden Anhaltspunkte, dieser sollte daher dahingehend präzisiert werden, dass „unaufschiebbare“ Untersuchungen des Gesundheitszustandes oder „dringende“ Heilbehandlungen Tatbestandsvoraussetzungen sind. Lediglich bei den Maßnahmen der Rehabilitation und Pflege ist dieser Notfallcharakter erkennbar, weil dort der Zusatz „eilig“ beigefügt wurde. Aus dieser Unterscheidung könnte der Rückschluss gezogen werden, dass das Ehegattenvertretungsrecht im Übrigen nicht nur eilige oder unaufschiebbare Untersuchungen oder Heilbehandlungen erfasst, sondern auch sonst zweckmäßige Handlungen.

b. Missbrauchsgeneigtheit der Schutzmechanismen

Abgesehen davon begründen sich unsere Bedenken durch die Missbrauchsgeneigtheit der im Rahmen einer Widerspruchslösung erforderlichen Schutzmechanismen.

¹⁹ RefE, S. 201.

i. Rechtliche Gebotenheit wirksamer Schutzmechanismen

§ 1358 Abs. 3 BGB-E sieht vor, dass in bestimmten Konstellationen das Ehegattenvertretungsrecht nicht bestehen soll. Diese Ausschlussgründe dürften insbesondere durch Art. 12 Abs. 4 UN-BRK geboten sein, weil dort vorgesehen ist, dass es hinreichende geeignete und wirksame Sicherungen zur Vermeidung von Missbräuchen geben muss. Zweifelhaft erscheint, ob die in § 1358 BGB-E vorgesehenen Sicherungsvorkehrungen ausreichend sind, um die Anforderungen von Art. 12 Abs. 4 UN-BRK zu erfüllen. Die Regelung lautet:

„(4) Die Vertragsstaaten stellen sicher, dass zu allen die Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit betreffenden Maßnahmen im Einklang mit den internationalen Menschenrechtsnormen geeignete und wirksame Sicherungen vorgesehen werden, um Missbräuche zu verhindern. Diese Sicherungen müssen gewährleisten, dass bei den Maßnahmen betreffend die Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit die Rechte, der Wille und die Präferenzen der betreffenden Person geachtet werden, es nicht zu Interessenkonflikten und missbräuchlicher Einflussnahme kommt, dass die Maßnahmen verhältnismäßig und auf die Umstände der Person zugeschnitten sind, dass sie von möglichst kurzer Dauer sind und dass sie einer regelmäßigen Überprüfung durch eine zuständige, unabhängige und unparteiische Behörde oder gerichtliche Stelle unterliegen. Die Sicherungen müssen im Hinblick auf das Ausmaß, in dem diese Maßnahmen die Rechte und Interessen der Person berühren, verhältnismäßig sein.“

ii. Anknüpfung des Ausschlusses des Ehegattenvertretungsrechts an objektive Tatsachen

Soweit bei den Ausschlussgründen des § 1358 Abs. 3 Nr. 1, 3 und 4 BGB-E an objektive Umstände (z. B. das Getrenntleben, die Bestellung eines Betreuers oder das Verstreichen von drei Monaten) angeknüpft wird, ist dies im Grundsatz nachvollziehbar. Gleichwohl dürften auch hier Missbrauchsrisiken bestehen, weil es sich um objektive Umstände handelt, die teilweise nur schwer überprüfbar sind.

Leben die Ehegatten getrennt, so ist das Ehegattenvertretungsrecht ausgeschlossen. Dass sich dieser Umstand nach außen hin allerdings nicht durch eine Trennung des Wohnsitzes manifestieren muss, bedarf keiner näheren Erläuterung, weil auch eine Trennung von „Tisch und Bett“ hierfür ausreichend sein kann. Es bleibt unklar, wie dem behandelnden Arzt dieser Umstand bekannt werden soll, ohne sich auf die Äußerungen des vertretenden Ehegatten verlassen zu müssen. Andererseits darf der behandelnde

Arzt, der die Personalausweise auf übereinstimmende Wohnanschriften prüft, nicht davon ausgehen, dass bei getrennten Wohnsitzen stets ein Getrenntleben vorliegt, weil es durchaus denkbar ist, dass Ehegatten getrennte Wohnsitze haben, ohne dass ein Getrenntleben i. S. v. § 1567 BGB vorliegt.

Ist für den vertretenen Ehegatten ein Betreuer bestellt, so ist in diesem Fall das gesetzliche Ehegattenvertretungsrecht ausgeschlossen. Dies erscheint überzeugend. Allerdings sind viele Fälle denkbar, in denen der behandelnde Arzt hiervon im Moment der Abgabe von Erklärungen des handelnden Ehegatten keine Kenntnis hat. Verschweigt ihm der handelnde Ehegatte ein angeregtes oder laufendes Betreuungsverfahren bewusst oder aus Unkenntnis, dann handelt der vertretende Ehegatte ohne Vertretungsmacht, ohne dass dies nach außen erkennbar wird.

Sind seit der Ausstellung einer ärztlichen Bescheinigung nach § 1358 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 BGB-E drei Monate verstrichen, so erlischt das gesetzliche Ehegattenvertretungsrecht. Mit Blick auf die zumindest zeitliche Begrenzung von Missbrauchsrisiken ist diese Befristung einleuchtend. Gleichwohl sei angemerkt, dass wohl in den ersten Monaten nach einem Unfall häufig die Weichen für die weitere Genesung gestellt werden; sei es durch Entscheidungen über eine Rehabilitationsbehandlung oder andere wichtige Fragen. Drei Monate können in medizinisch-gesundheitlichen Angelegenheiten eine sehr lange Zeit sein.

Darüber hinaus soll nach dem Referentenentwurf die Möglichkeit bestehen, dass das Ehegattenvertretungsrecht mehrfach hintereinander in Anspruch genommen wird, wenn z. B. wegen zeitlich unabhängig voneinander eingetretener Krankheiten bzw. Bewusstlosigkeit, beispielsweise eines schweren Unfalls und eines zu einem späteren Zeitpunkt erlittenen Schlaganfalls, ein Bedarf hierfür besteht.²⁰ Dies dürfte in der Praxis zu einer erheblichen Verlängerung der möglichen Vertretungsdauer führen, weil in dem vom Referentenentwurf an vorstehend beschriebener Stelle selbst aufgezeigten Beispiel kaum zu belegen sein wird, ob die später eingetretene Erkrankung ihre Ursache oder ihren Anlass in der Ersterkrankung hat und damit allein diese für den Ablauf der Dreimonatsfrist relevant ist oder ob es sich um eine losgelöste Folgeerkrankung handelt, die einen neuen Fristlauf auslöst.

²⁰ RefE, S. 207.

iii. Anknüpfung des Ausschlusses des Ehegattenvertretungsrechts an subjektive Tatsachen

Soweit für die Ausschlussgründe gemäß § 1358 Abs. 3 Nr. 2 BGB-E lediglich an subjektive Umstände angeknüpft wird, ist dies grundsätzlich bedenklich, weil diese noch weniger ergründ- und nachprüfbar sind.

Hiernach muss dem vertretenden Ehegatten oder dem behandelnden Arzt positiv bekannt sein, dass der vertretene Ehegatte eine Vertretung durch den vertretenden Ehegatten ablehnt. Alternativ muss es dem vertretenden Ehegatten oder dem behandelnden Arzt positiv bekannt sein, dass jemand zur Wahrnehmung der in § 1358 Abs. 1 BGB-E genannten Angelegenheiten bevollmächtigt ist.

Diese positive und damit sichere Kenntnis wird jedoch oft nicht zu erlangen sein. Auch bei begründeten Zweifeln an den Äußerungen des handelnden Ehegatten dürfte der behandelnde Arzt das Vertreterhandeln nicht ablehnen; etwa dann, wenn der behandelnde Arzt von Dritten (z. B. den Kindern) hört, dass der Betroffene mit einem Handeln des Ehegatten für ihn nicht einverstanden sei. Denn ein solches „Gerücht“ bzw. Erkenntnisse vom „Hörensagen“ würden für sich betrachtet keine positive Kenntnis der Ablehnung begründen.

Es ist ebenfalls fragwürdig, ein gesetzliches Vertretungsrecht allein von inneren Tatsachen abhängig zu machen, die dem handelnden Ehegatten ggf. gar nicht erkennbar sind. Denn dass die Ablehnung einer Vertretung durch den einen Ehegatten in der Praxis dem anderen Ehegatten verborgen bleiben könnte, lässt auch die Begründung zum Referentenentwurf erkennen.²¹

iv. Einsichtsrecht bzw. Einsichtspflicht für Ärzte ins ZVR

Das im Referentenentwurf in diesem Zusammenhang als Lösung vorgeschlagene Einsichtsrecht von Ärzten in das ZVR und die Erweiterung der Registrierungsfähigkeit von Widersprüchen gegen das Ehegattenvertretungsrecht führt nur dann zu einer Klärung der Lage, wenn der behandelnde Arzt in das ZVR Einsicht nimmt, wozu er aber nach dem Referentenentwurf nicht verpflichtet sein soll.

Entgegen den Erwägungen des Referentenentwurfes halten wir es für sinnvoll, dass der behandelnde Arzt gesetzlich verpflichtet wird, vor Ausstellung einer entsprechenden

²¹ RefE, S. 205.

ärztlichen Bescheinigung i. S. d. § 1358 Abs. 4 BGB-E in das ZVR Einsicht zu nehmen und diese Einsichtnahme sowie die Nichtauffindbarkeit einer Registrierung eines Ehegattenwiderspruchs und einer Vorsorgevollmacht oder Betreuungsverfügung anschließend zu dokumentieren.

Ohne eine entsprechende gesetzliche Verpflichtung wäre nicht sichergestellt, dass ein Abruf des ZVR als Maßnahme der Sachverhaltsaufklärung tatsächlich auch erfolgt, weil dies womöglich als zusätzliche „bürokratische Belastung für die Ärzteschaft“²² angesehen werden könnte.

v. Ärztliche Bescheinigung nach § 1358 Abs. 4 BGB-E

Nicht zu überzeugen vermag aus unserer Sicht unter Praktikabilitäts Gesichtspunkten auch die in § 1358 Abs. 4 BGB-E vorgesehene Bescheinigung des Arztes, dem gegenüber das Vertretungsrecht (erstmalig) ausgeübt wird. In der Sache geht es mutmaßlich vor allem darum, der Befristung des Vertretungsrechts gemäß § 1358 Abs. 3 Nr. 4 BGB-E zur Wirksamkeit zu verhelfen, dafür ist es zweifellos erforderlich, den Erstgebrauch des Vertretungsrechts zeitlich zu bestimmen und verlässlich festzuhalten.

Es ist indes davon auszugehen, dass die Vorlage der ärztlichen Bescheinigung nicht Wirksamkeitsvoraussetzung für ein Handeln als Vertreter ist. Bei der Bescheinigung i. S. d. § 1358 Abs. 4 BGB-E handelt es sich (zu Recht) nicht um einen Vertretungsnachweis ähnlich § 172 BGB, an den ein wie auch immer gearteter Rechtsschein geknüpft werden könnte. Wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen nach § 1358 Abs. 1 bis 3 BGB-E nicht vorliegen, handelt der vertretende Ehegatte daher unabhängig von der Vorlage einer entsprechenden ärztlichen Bescheinigung unberechtigt.

Gerade auch in Anbetracht der vorbeschriebenen tatbestandlichen Schwächen in § 1358 Abs. 1 bis 3 BGB-E erscheint es problematisch, den Ehegatten wesentliche Entscheidungen auf derart ungesicherter tatsächlicher und rechtlicher Grundlage treffen zu lassen. Auch für den Rechtsverkehr wäre kaum verlässlich ermittelbar, ob der Ehegatte berechtigt und damit wirksam für den Betroffenen handelt.

²² Vgl. Stellungnahme der Bundesärztekammer vom 5. August 2020, dort S. 9, zuletzt abgerufen am 7. August 2020 unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/080520_Stellungnahme_BAEK_RefE_Vormundschaft.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

c. Offene Fragen zum Widerspruchsrecht

Der Referentenentwurf beantwortet auch viele andere Fragen, die sich in der Praxis im Zusammenhang mit dem Widerspruch gegen das Ehegattenvertretungsrecht stellen, noch nicht. So wäre etwa zu klären, ob der entgegenstehende Wille höchstpersönlicher Natur ist oder ob diese Willensbildung auch von einem Bevollmächtigten oder Betreuer vorgenommen werden kann.

Zudem stellt sich die Frage, ob ein Widerspruch gegen das Ehegattenvertretungsrecht, der der Erteilung einer Vorsorgevollmacht an den Ehegatten zeitlich nachfolgt, einen teilweisen oder vollständigen Widerruf der Vorsorgevollmacht bedeuten könnte. Denkbar wäre auch, dass der Widerspruch gegen das Ehegattenvertretungsrecht als negativer Betreuungswunsch gewertet wird.

C. Auswirkungen der Regelungsvorschläge auf das ZVR

1. Eintragung eines Widerspruchs gegen das gesetzliche Ehegattenvertretungsrecht im ZVR

Unabhängig von den dargelegten grundsätzlichen Bedenken gegen die Einführung eines Ehegattenvertretungsrechts begrüßen wir die Bestrebung, dass ein Widerspruch gegen das Ehegattenvertretungsrecht jedenfalls im ZVR eingetragen werden können soll, um auch nach außen hin verlautbart zu werden.

Wie bereits oben ausgeführt, hält die Bundesnotarkammer jedoch in diesem Zusammenhang auch eine Abrufpflicht derjenigen behandelnden Ärzte, die eine ärztliche Bescheinigung i. S. d. § 1358 Abs. 4 BGB-E ausstellen, kombiniert mit einer Pflicht zur Dokumentation für erforderlich.

Derzeit ist vorgesehen, dass § 1 Abs. 1 VRegV um eine Nr. 7 erweitert wird, die regelt, dass Widersprüche gegen eine Vertretung durch den Ehegatten nach § 1358 des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit den Daten zur Person des Widersprechenden entsprechend § 1 Abs. 1 Nr. 1 VRegV gespeichert werden können. Außerdem sind im Hinblick auf die Möglichkeit der Eintragung eines Ehegattenwiderspruchs Folgeanpassungen in §§ 2 und 5 VRegV vorgesehen.

Aus Sicht der Bundesnotarkammer wäre zusätzlich auch eine Folgeanpassung in § 1 Abs. 2 VRegV empfehlenswert, um zu erreichen, dass Ehegattenwidersprüche unter einer Urkundenrollennummer, einem Urkundsdatum und einer Bezeichnung eines etwaig involvierten Notars und der Anschrift von dessen Geschäftsstelle in das ZVR

aufgenommen werden können. Zwar sieht § 1358 BGB-E derzeit kein Formerfordernis für die Erklärung eines Widerspruchs gegen das Ehegattenvertretungsrecht vor; gleichwohl könnte es etwa im Rahmen der Beurkundung von Scheidungsfolgenvereinbarungen dazu kommen, dass klarstellend ein Widerspruch gegen das Ehegattenvertretungsrecht erklärt wird.

Auch isoliert beglaubigte Widersprüche gegen das Ehegattenvertretungsrecht scheinen denkbar. Es wäre daher sinnvoll, wenn die in beurkundeter oder beglaubigter Form vor einem Notar erklärten Widersprüche dann – wie eine Vorsorgevollmacht oder Betreuungsverfügung – unter Angabe der Urkunde gespeichert werden könnten.

2. Auskunftsrecht für Ärzte zu den im ZVR vorhandenen Eintragungen

Ein Auskunftsrecht für Ärzte zu den im ZVR vorhandenen Eintragungen wird von der Bundesnotarkammer weiterhin begrüßt.

Mit Stand zum 30. Juni 2020 waren im ZVR der Bundesnotarkammer ca. 4,8 Mio. Registrierungen zu Vorsorgeverfügungen von Bürgerinnen und Bürgern vorhanden.²³ Die Registrierungszahlen sind seit dem Bestehen des ZVR stetig angestiegen, was auf eine große Akzeptanz und Wertschätzung in der Bevölkerung hindeutet.²⁴ Im Jahr 2019 wurden zuletzt insgesamt 393.092 Vorsorgeverfügungen neu registriert. Dabei wurden ca. 84 % der Eintragungen von Notarinnen und Notaren auf den Wunsch der Verfügenden hin vorgenommen. Rund 5,7 % der Neueintragungen wurden von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten veranlasst. 8,0 % der Eintragungsanträge wurden von Privatpersonen gestellt.²⁵

Betreuungsgerichte können das ZVR bereits gegenwärtig schnell und sicher binnen Minuten elektronisch aus einem sicheren Behördennetz abfragen, um gemäß § 1896 BGB die Erforderlichkeit der Anordnung einer Betreuung zu prüfen. Im Jahr 2019 ersuchten Betreuungsgerichte in 239.394 Fällen um Auskunft aus dem ZVR. Zu 24.121 Anfragen und damit in ca. 10,1 % der Fälle konnte mindestens eine oder mehrere auf die Anfrage passende Eintragung beauskunftet werden.²⁶

²⁴ Jahresberichte und Statistiken der Jahre 2005 bis 2020 abrufbar unter <https://www.vorsorgeregister.de/footer/jahresbericht-und-statistik>.

²⁵ Jahresbericht 2019, abrufbar unter https://www.vorsorgeregister.de/fileadmin/user_upload_zvr/Dokumente/Jahresberichte_ZVR/2019-JB-ZVR.pdf

²⁶ Wie vor.

Das Ärzteeinsichtsrecht wäre eine sinnvolle Ergänzung des aktuellen rechtlichen Rahmens, um vorhandenen Vorsorgeverfügungen und auf diese Weise auch dem Selbstbestimmungsrecht der jeweiligen Person noch besser Geltung zu verschaffen. Es würde sich um eine erhebliche Verbesserung für die Bürgerinnen und Bürger handeln, deren Vorsorgeverfügungen im ZVR registriert sind. Wenn ein Patient im Krankenhaus liegt und medizinische Behandlungsmaßnahmen indiziert sind, muss auch der Klinikarzt möglichst schnell und zuverlässig wissen, wer für den Patienten entscheiden darf. Mit dem Klinikärzteeinsichtsrecht würde das Ziel verfolgt werden, Notfallmedizinern einen ersten Ansprechpartner aufzuzeigen, den sie kontaktieren können, um die Vorlage einer hinreichenden Vorsorgeurkunde im Original oder in Ausfertigung zu erreichen.

In der Folge wäre eine erhebliche Entlastung der Betreuungsgerichte zu erwarten, weil die behandelnden Ärzte die Bevollmächtigten sogleich kontaktieren könnten, ohne den „Umweg“ über das Betreuungsgericht gehen zu müssen. Im ZVR sind zudem weit überwiegend notariell beurkundete Vorsorgeverfügungen registriert, die eine Qualität aufweisen, die dazu führt, dass das Erfordernis einer Betreuerbestellung in der Regel entfällt.

Soweit die Bundesärztekammer – entgegen ihrer früheren Bekundungen – nun nicht mehr an ihren Bestrebungen zur Einführung eines Ärzteeinsichtsrechts in das ZVR festhält,²⁷ ist dies nicht nachvollziehbar. Der Vorschlag der Bundesärztekammer, Vorsorgeverfügungen künftig (primär oder ausschließlich) auf der elektronischen Gesundheitskarte zu speichern, begegnet darüber hinaus grundsätzlichen rechtlichen und tatsächlichen Bedenken.

Die von der Bundesärztekammer befürchtete Doppelstruktur aus ZVR und elektronischer Gesundheitskarte würde durch die beabsichtigte Ausweitung der Speichermöglichkeit von Vorsorgeverfügungen im Notfalldatensatz der Gesundheitskarte gerade erst herbeigeführt. Wie bereits vorstehend ausgeführt, sind bereits Millionen von Vorsorgeverfügungen im ZVR gespeichert; demgegenüber dürfte es lange dauern, bis eine signifikante Anzahl von Vorsorgeverfügungen nach dem Modell der Bundesärztekammer gespeichert wären.

Neben dem ZVR entstünde nach den Vorstellungen der Bundesärztekammer ein zweiter Speicherort für Daten zu Vorsorgeverfügungen, was alle derzeitigen eGovernment-Bemühungen, mehrfache Datenhaltungen – und damit zwangsläufig auch Widersprüche

²⁷ Vgl. Stellungnahme der Bundesärztekammer vom 5. August 2020, dort S. 12, zuletzt abgerufen am 7. August 2020 unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/080520_Stellungnahme_BAEK_RefE_Vormundschaft.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

zwischen den Datensätzen – zu vermeiden, konterkarieren würde. Die parallele Vorhaltung der entsprechenden Daten stünde zudem in Widerspruch zu den Grundsätzen der Datensparsamkeit und Datenrichtigkeit als zentralen Säulen des Datenschutzes. Aus den gleichen Gründen lehnt die Bundesnotarkammer den Vorschlag der Bundesärztekammer ab, § 334 SGB V sowie § 357 SGB V dergestalt zu ergänzen, dass auch auf der Gesundheitskarte Widersprüche gegen das gesetzliche Ehegattenvertretungsrecht gespeichert werden können.

Beim ZVR handelt es sich schon jetzt um ein modernes, hochverfügbares Register, das im Bedarfsfall schnell und unkompliziert von jedem Ort innerhalb eines gesicherten Netzwerkes über handelsübliche Computer oder Mobilgeräte abgerufen werden kann. Demgegenüber handelt es sich bei der Gesundheitskarte um ein dezentrales Speichermedium, das gerade im Notfall vielfach nicht abgerufen werden kann. Hat der Betroffene die Gesundheitskarte nicht dabei oder ist diese nicht auffindbar, erfahren beispielsweise der Notarzt oder die Notaufnahme auch nichts von der Vollmacht oder Patientenverfügung. Die Vorstellung, die Betroffenen würden beispielsweise bei einem Verkehrsunfall ihre elektronische Gesundheitskarte stets mit sich führen wie bei einem Arztbesuch, erscheint zweifelhaft. Außerdem berücksichtigt der Vorschlag nicht, dass jedenfalls gegenwärtig eine Vielzahl der ca. 8 Mio. Mitglieder der Privaten Krankenversicherungen nicht über eine elektronische Gesundheitskarte verfügen dürften.

Der Vorschlag der Bundesärztekammer berücksichtigt außerdem die Folgen für die Betreuungsgerichte nicht: Diese könnten die Daten einer Gesundheitskarte nicht auslesen, um das Vorhandensein von Vorsorgeverfügungen zu prüfen, da ihnen die Gesundheitskarte nicht vorliegt. Vielmehr benötigen sie auch künftig einen einfachen, schnellen, sicheren und leistungsfähigen elektronischen Informationszugang zu den Daten, den das ZVR bereits jetzt bietet.

Der Gesundheitsbereich stellt zudem nur eine kleine Teilmenge des Einsatzspektrums von Vorsorgevollmachten dar. Diese kommen in allen Lebenslagen zum Einsatz, insbesondere auch in vermögensrechtlichen Angelegenheiten. Ihre Adressaten sind nicht nur Ärzte, sondern auch etwa Banken, Versicherungen, Rechtsanwälte, Steuerberater, Behörden und Gerichte. Folglich bedarf es ohnehin einer branchenneutralen Lösung – wie sie das Zentrale Vorsorgeregister darstellt – und keiner sektorspezifischen Zersplitterung der Speicherung von Daten zu Vorsorgeverfügungen.

Rechtlich zweifelhaft dürfte zudem das Argument sein, dass es bereits nach der Reform durch das Patientendaten-Schutz-Gesetz (PDSG) gestattet sein soll, die elektronische Patientenakte selbst zu einem Aufbewahrungsort für Ablichtungen von Vorsorgedoku-

menten zu machen, um dort PDF-Dateien von Vorsorgeurkunden zu speichern. Die dafür genannte Rechtsgrundlage der §§ 341, 345 SGB V in der Fassung des PDSG ist nach dem Dafürhalten der Bundesnotarkammer hierzu nicht ausreichend. Denn § 334 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB V sowie § 357 SGB V jeweils in der Fassung des PDSG sehen ausdrücklich vor, dass nur die elektronische Führung von *Hinweisen* der Versicherten auf das Vorhandensein und den Aufbewahrungsort von Vorsorgevollmachten oder Patientenverfügungen in den gesetzlichen Aufgabenbereich der Telematikinfrastruktur fällt. Der Telematikinfrastruktur wird es jedoch auch nach dem PDSG nicht gestattet, darüber hinaus die Aufgabe einer Hinterlegungsstelle wahrzunehmen. Die allgemeine Auffangregelung des § 345 SGB V in der Fassung des PDSG über „*Angebot und Nutzung zusätzlicher Inhalte und Anwendungen*“ dürfte hierfür auch nicht ausreichend sein, weil sie nicht im Einklang mit der Zugriffsregelung des § 357 SGB V in der Fassung des PDSG steht und an die Speicherung sensibler Gesundheitsdaten besondere rechtliche Anforderungen zu stellen sind.

Rechtlich irreführend ist die Vorstellung der Bundesärztekammer, dass ein „Vollmachtsnachweis“ in Form einer PDF-Datei über die Gesundheitskarte möglich wäre. Dies passt nicht zu der Regelung des § 172 BGB: Ein Bevollmächtigter legitimiert sich im Rechtsverkehr durch Vorlage des Originals einer privatschriftlichen Vollmachtsurkunde oder durch Vorlage einer Ausfertigung einer notariell beurkundeten Vorsorgevollmacht. Bei letzterer handelt es sich um eine genähte und gesiegelte Version der Vorsorgevollmacht, die in der Regel auf den Namen des konkreten Bevollmächtigten erteilt wird. Legt der Bevollmächtigte das Original einer privatschriftlichen Vorsorgevollmacht oder die auf seinen Namen lautende Ausfertigung einer notariell beurkundeten Vorsorgevollmacht vor, so kann sich der Rechtsverkehr darauf verlassen, dass eine Vertretung rechtlich möglich ist. Der Rechtsverkehr kann sich aber gerade nicht darauf verlassen, wenn der Bevollmächtigte nur eine einfache oder beglaubigte Kopie vorlegt. Wird eine Vorsorgevollmacht widerrufen, dann muss der Vollmachtgeber darauf achten, dass er das Original einer privatschriftlichen Vorsorgevollmacht wieder einzieht. Handelt es sich um eine notariell beurkundete Vorsorgevollmacht, dann muss der Vollmachtgeber im eigenen Interesse auch dafür sorgen, dass er auf den Namen des Bevollmächtigten erteilte Ausfertigungen wieder einzieht. Der Vorschlag der Bundesärztekammer liefe darauf hinaus, diesen gut funktionierenden Mechanismus ohne adäquaten Ersatz außer Kraft zu setzen, wenn eine einfache PDF-Datei als digitale Kopie ausreichen sollte, um eine Legitimationswirkung zu entfalten.

Die Speicherung der Vollmacht als PDF-Datei würde zudem dazu führen, dass auch die personenbezogenen Daten der Bevollmächtigten oder vorgeschlagenen Betreuer gespeichert würden. Dies hätte zur Folge, dass diese Personen über die Speicherung der über

sie vorhandenen Daten im Grundsatz nach Art. 14 DSGVO informiert werden müssen. So werden auch gegenwärtig die benannten Vertrauenspersonen im ZVR gemäß Art. 14 DSGVO sowie § 4 VRegV über die Speicherung ihrer Daten schriftlich informiert. Die benannten Vertrauenspersonen haben z. B. auch die Möglichkeit, ihre Daten zu berichtigen und aktuell zu halten. Auch eine Anonymisierung ist nach den Vorgaben der DSGVO möglich. Von der Bundesärztekammer ist bislang hingegen nichts zu einer möglichen Umsetzungsstrategie mit Blick auf die DSGVO vorgetragen worden. Soweit die Bundesärztekammer ihre Hoffnung auf die Anwendbarkeit der weitreichenden Ausnahmevorschrift des § 308 SGB V i. d. F. des PDSG setzen sollte, dürfte diese Hoffnung möglicherweise enttäuscht werden, da bereits gegenwärtig Zweifel daran angebracht sind, dass § 308 SGB V i. d. F. des PDSG den rechtlichen Vorgaben der DSGVO genügt.²⁸

Soweit die Bundesärztekammer behauptet, dass die Bundesnotarkammer die Auskunft erteilt habe, dass eine eindeutige Zuordnung einer Registrierung zu einem Patienten im ZVR nicht in allen Fällen gewährleistet sein soll, ist dies unzutreffend. Die Suche nach einer Registrierung im ZVR ist – wie auch bisher bei den Betreuungsgerichten – sicher z. B. über den Vornamen, Nachnamen und das Geburtsdatum möglich. Selbst wenn das Geburtsdatum nicht bekannt ist, kann eine Suche erfolgen. Ergebnis einer Suche ist eine Trefferliste, die von der größten zur kleinsten Übereinstimmungswahrscheinlichkeit sortiert ist. Dies hat sich auch insbesondere in der Praxis der Betreuungsgerichte bewährt.

Diese Suchfunktion könnte Ärzten z. B. in einer kurzen Videoschulung vermittelt werden. Anders als von der Bundesärztekammer dargestellt, wären darüberhinausgehende Schulungsbedarfe nicht vorhanden.

Aus Sicht der Bundesnotarkammer wäre es jedoch wünschenswert, das Einsichtsrecht und die Einsichtspflicht auf solche Ärzte zu begrenzen, die im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland stationär als Klinikärzte tätig sind. Diese Einschränkung findet sich gegenwärtig nicht ausdrücklich im Referentenentwurf; sie wäre aber zweckmäßig, um die Möglichkeit einer Datenübermittlung auf den typischerweise mit Eil- und Notfällen befassten Ärztekreis zu beschränken. Eine Ausdehnung auf alle Ärzte erscheint uns hingegen nicht erforderlich, um die Interessen des Betroffenen wie auch der in der Vorsorgekunde berücksichtigten Personen zur Geltung zu bringen.

²⁸ Vgl. Pressemitteilung des Landesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationssicherheit Baden-Württemberg vom 27. Februar 2020, zuletzt abgerufen am 10. August 2020 unter <https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/wp-content/uploads/2020/02/PM-zum-Patientendatenschutzgesetz.pdf>, zitiert in ZD-Aktuell 2020, 07013.

Abschließend bleibt festzuhalten, dass die Bundesnotarkammer die Einführung eines Einsichtsrechts und einer Einsichtspflicht für Klinikärzte auch und gerade unabhängig von einem möglichen Ehegattenvertretungsrecht begrüßt.

Die Einführung eines Auskunftsrechts macht darüber hinaus gerade auch bei einem Verzicht auf die Einführung eines Ehegattenvertretungsrechts Sinn. Klinikärzte hätten auf diese Weise die Möglichkeit, sich schnell und verlässlich Gewissheit über die Existenz von Vorsorgeurkunde zu verschaffen, was zu einer Stärkung der Selbstbestimmung und Autonomie unterstützungsbedürftiger Menschen beitragen würde.

Der Referentenentwurf sieht vor, dass § 78b Abs. 1 BNotO um einen neu einzufügenden Satz 2 ergänzt wird, der regeln würde, dass Ärzte nur um Auskunft im ZVR ersuchen dürfen, soweit die Auskunftserteilung für die Entscheidung über eine medizinische Behandlung dringend erforderlich ist. Es sollte aus Sicht der Bundesnotarkammer erwogen werden, die Formulierung so anzupassen, dass sie sich in das System der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), insb. in Art. 9 Abs. 2 lit. c DSGVO, einfügt. Die Formulierung des § 78b Abs. 1 S. 2 BNotO-E könnte demzufolge zum Beispiel lauten:

„Ärzte dürfen nur um Auskunft ersuchen, soweit die Auskunft zum Schutz lebenswichtiger Interessen der betroffenen Person erforderlich ist und die betroffene Person aus körperlichen oder rechtlichen Gründen außerstande ist, ihre Einwilligung zu geben.“

In Bezug auf das Zentrale Testamentsregister (ZTR) der Bundesnotarkammer ist in § 78f Abs. 1 S. 2 BNotO u. a. geregelt, dass eine Auskunft aus dem ZTR nur erteilt werden darf, soweit die Auskunft im Rahmen der Aufgabenerfüllung der Gerichte erforderlich ist. Eine gleichgelagerte Regelung fehlt für das ZVR in Bezug auf die gerichtliche Abfragetätigkeit. Es würde sich anbieten, im Gleichklang auch eine entsprechende Regelung für das ZVR in § 78b Abs. 1 BNotO einzufügen.

Diese könnte etwa lauten:

„Die Gerichte dürften um Auskunft nur ersuchen, soweit dies im Rahmen der Aufgabenerfüllung der Gerichte erforderlich ist.“

Dazu könnte flankierend auch die geplante Anpassung der Regelung des § 7 VRegV zur Protokollierungspflicht noch einmal modifiziert werden (vgl. hierzu die nachfolgenden Ausführungen unter D. 3.), um klarstellende Regelungen für eine sinnvolle Kontrolle durch die dienstaufsichtsführenden Stellen der Gerichte zu erreichen.

3. Abfrage des ZVR gemäß § 285 FamFG im Rahmen der Prüfung der Erforderlichkeit einer Betreuerbestellung

Die Bundesnotarkammer begrüßt die Regelung des § 285 FamFG-E, wonach Betreuungsgerichte in der Regel das ZVR einsehen sollen, um das Erfordernis einer Betreuerbestellung zu prüfen.

Bereits gegenwärtig gibt es starke Stimmen in der rechtswissenschaftlichen Literatur, die eine Pflicht zum Abruf des ZVR im Rahmen des geltenden Amtsermittlungsgrundsatzes gemäß § 26 FamFG annehmen. Zwar dürfte es bereits der Praxis der überwiegenden Mehrheit der Betreuungsgerichte entsprechen, das ZVR vor der Bestellung eines Betreuers einzusehen. Allerdings gibt es nach unseren Auswertungen der Registerabfragen weiterhin Betreuungsgerichte, die das ZVR gar nicht bzw. nur sehr selten abfragen.

Um die Betreuungsgerichte jedoch nicht mit überbordenden Ermittlungspflichten zu belasten, schlagen wir vor, noch eine geringfügige Anpassung dergestalt vorzunehmen, dass sich die regelmäßige Pflicht zur Einsichtnahme nur auf das Zentrale Vorsorgeregister im Sinne von § 78a BNotO bezieht und nicht auf andere Register privater Anbieter.

D. Vorschläge für Anpassungen an der Bundesnotarordnung (BNotO) und der Vorsorgeregister-Verordnung (VRegV)

1. Klarstellende Regelung zur isolierten Patientenverfügung im ZVR

Die Bundesnotarkammer hält es für wünschenswert, eine klarstellende Regelung in die Bundesnotarordnung und die Vorsorgeregister-Verordnung aufzunehmen, wonach auch isolierte Patientenverfügungen im ZVR registriert werden können.

Ausgangspunkt ist § 78a Abs. 1 BNotO. Die Norm regelt derzeit, dass die Bundesnotarkammer ein „*Register über Vorsorgevollmachten und Betreuungsverfügungen*“ führt. Patientenverfügungen können daher gegenwärtig zumindest nach dem Gesetzes- und Verordnungswortlaut nur in Verbindung mit einer Vorsorgevollmacht und/oder Betreuungsverfügung i. S. v. § 1 Abs. 1 Nr. 6 lit. c) VRegV als „*besondere Anordnungen oder Wünsche hinsichtlich Art und Umfang medizinischer Versorgung*“ im ZVR registriert werden.

Ob daneben eine isolierte Patientenverfügung bereits nach geltender Rechtslage im ZVR eingetragen werden kann, wird unterschiedlich beurteilt. Eine zentrale Frage dabei ist,

ob eine Patientenverfügung unter den Begriff „*Vorsorgevollmacht*“ oder „*Betreuungsverfügung*“ i. S. d. § 78a Abs. 1 BNotO subsumiert werden kann. Zum Teil wird diese Möglichkeit seit der 3. Betreuungsrechtsreform im Jahre 2009 bejaht, da es sich bei der Patientenverfügung um eine Unterform der Betreuungsverfügung (§ 1901a Abs. 1 S. 1 BGB) bzw. um eine Anweisung an den Vollmachtgeber (§ 1901a Abs. 5 BGB) handle.²⁹ Nach anderer Auffassung soll eine isolierte Patientenverfügung gegenwärtig nicht im ZVR registrierbar sein.³⁰ Die Rechtslage ist insoweit nicht eindeutig und daher klärungsbedürftig.

Losgelöst von dieser Streitfrage besteht in der Praxis ein unabweisbares Bedürfnis dafür, dass auch isolierte Patientenverfügungen sicher aufgefunden werden können. Das zeigen die regelmäßigen Anfragen beim ZVR von Bürgerinnen und Bürgern sowie Notarinnen und Notaren. Häufig kommt es in der notariellen Praxis vor, dass bereits aus der Vergangenheit Vorsorgevollmachten mit Patientenverfügung existieren. Bei Überprüfung der Aktualität stellt sich dann nicht selten heraus, dass es einen Bedarf für Anpassungen an der Patientenverfügung gibt, die Vorsorgevollmacht selbst aber noch die rechtlichen und tatsächlichen Bedürfnisse abdeckt. In dieser Situation würde allein die Patientenverfügung angepasst werden, während die Vorsorgevollmacht unberührt bleibt. Diese Vorgehensweise liegt vor allem auch im Kosteninteresse der Beteiligten. Gegenwärtig wäre es dann aber nicht möglich, dass auch die angepasste Patientenverfügung für sich neu im ZVR registriert wird.

Der Patientenverfügung kommt auch ohne einer erteilten Vorsorgevollmacht oder Betreuungsverfügung eine eigenständige Bedeutung zu. Diesen Umstand erkennt bereits die gegenwärtige Rechtslage mit § 630d BGB an. Danach ist der behandelnde Arzt vor Durchführung einer medizinischen Maßnahme, insbesondere eines Eingriffs in den Körper oder die Gesundheit, verpflichtet, die Einwilligung des Patienten einzuholen. Ist der Patient einwilligungsunfähig, ist die Einwilligung eines hierzu Berechtigten einzuholen, soweit nicht eine Patientenverfügung nach § 1901a Absatz 1 Satz 1 BGB die Maßnahme gestattet oder untersagt.

Dieser Bedeutung der Patientenverfügung sollte durch eine Erweiterung des Rechtsrahmens und eine daran anknüpfende Ergänzung des ZVR entsprochen werden. Es gibt keinen Sachgrund, der gegen eine dahingehende Erweiterung des ZVR spricht, insbesondere können Patientenverfügungen ohnehin schon in Verbindung mit

²⁹ *Diehn* in: Diehn, Bundesnotarordnung, 2. Auflage, 2019, § 78a Rn. 4, 12 m.w.N; *Hüren* in: Eylmann/Vaasen, BNotO, 4. Auflage 2016, § 78 Rn. 33.

³⁰ *Sandkühler* in: Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 8. Auflage 2016, § 78 Rn. 48; *Litzenburger* in: Eylmann/Vaasen, BNotO, 4. Auflage 2016, § 78a Rn. 5.

Vorsorgevollmacht und Betreuungsverfügung registriert werden. Außerdem könnte der Hinweis auf eine Patientenverfügung auch im Rahmen des Klinikärzteeinsichtsrechts in das ZVR einen erheblichen Mehrwert für die medizinische Praxis bedeuten.³¹

Denkbar wäre, dass die Fassung des Referentenentwurfes des § 78a Abs. 1 Satz 1 BNotO-E wie folgt ergänzt wird:

Die Bundesnotarkammer führt als Registerbehörde ein automatisiertes elektronisches Register über Vorsorgevollmachten, Betreuungsverfügungen, Patientenverfügungen und Widersprüche gegen eine Vertretung durch den Ehegatten nach § 1358 des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

In diesem Zusammenhang wäre es empfehlenswert, auch § 9 VRegV-E zu modifizieren, ggf. in der folgenden Art und Weise:

Im Zentralen Vorsorgeregister können auch Betreuungsverfügungen und Patientenverfügungen unabhängig von der Eintragung einer Vollmacht registriert werden. Die §§ 1 bis 9 gelten entsprechend.

Die vorgeschlagenen Regelungen würden sowohl in der Bundesnotarordnung als auch in der Vorsorgeregister-Verordnung für mehr Klarheit und Rechtssicherheit sorgen und sich in das bisherige Normengefüge zu Vorsorgevollmachten, Betreuungsverfügungen und Patientenverfügungen gut einfügen.

2. Registrierungsfähigkeit bestimmter Daten nach der VRegV

a. Aufnahme des Geschlechts als fakultative Registerangabe der benannten Vertrauensperson

Es wird angeregt, § 1 Abs. 1 Nr. 2 VRegV um einen einzufügenden Buchstaben zu ergänzen, der klarstellend vorsieht, dass auch das Geschlecht des Bevollmächtigten oder vorgeschlagenen Betreuers im ZVR fakultativ gespeichert werden darf. Zum Vollmachtgeber / Verfügenden einer Betreuungsverfügung ist hierzu bereits in § 1 Abs. 1 Nr. 1 lit. d VRegV eine Regelung vorhanden. Die von der Verordnung bislang vorgenommene Differenzierung wirft die Frage auf, ob das Geschlecht keine fakultative Registerangabe des Bevollmächtigten / vorgeschlagenen Betreuers sein darf, was wohl zu verneinen sein dürfte, weil bei lebensnaher Betrachtung sonst noch nicht einmal eine

³¹ Renner in: Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 804.

persönliche Anrede möglich wäre. Daher sollte diese Differenzierung im Sinne der Rechtsklarheit aufgegeben werden, weil ein Sachgrund für eine Ungleichbehandlung nicht ersichtlich ist.

b. Aufnahme der E-Mail-Adresse von Verfügendem und Vertrauensperson als fakultative Registerangabe

Es wird angeregt, § 1 Abs. 1 Nr. 1 VRegV sowie § 1 Abs. 1 Nr. 2 VRegV jeweils um einen Buchstaben zu ergänzen. Unter diesem Buchstaben könnte jeweils vorgesehen werden, dass fakultativ auch die E-Mail-Adresse des Vollmachtgebers / Verfügenden einer Betreuungsverfügung / Widersprechenden gegen § 1358 BGB bzw. des Bevollmächtigten / vorgeschlagenen Betreuers gespeichert werden kann.

Insbesondere die E-Mail hat sich mittlerweile in der Praxis zu einem beständig genutzten Kommunikationskanal entwickelt, wobei insbesondere die E-Mail-Adresse vergleichsweise wenigen Änderungen unterworfen ist.

Gleichzeitig kann anhand von E-Mail-Adressen eine verbesserte Benutzerkontoführung der verfügenden Person erreicht werden, was für die Bürgerinnen und Bürger komfortabler ist als ein lediglich auf verschiedenen Registrierungen basierendes Speichersystem. In einem solchen Benutzerkonto könnten perspektivisch verschiedene Registrierungen mittels verschiedener individueller Freischaltcodes zusammengefügt und einheitlich verwaltet werden, was dazu beitragen könnte, dass die Bereitschaft der Bürgerinnen und Bürger zur Pflege der vorhandenen Daten gesteigert werden könnte. Dies würde dann zu einer Verbesserung der Datenqualität führen, was aus Sicht der Bundesnotarkammer wünschenswert erscheint.

3. Klarstellende Regelungen im Zusammenhang mit der Protokollierungspflicht gemäß § 7 VRegV zur Übermittlung von Justizabfrageprotokollen nach § 7 VRegV

Die vorgeschlagene strukturelle Überarbeitung des § 7 VRegV-E erscheint insgesamt richtig und trägt zur Verbesserung der Übersichtlichkeit der Norm bei.

Sinnvoll könnte es sein, wenn die Angabe des Geschäftszeichens in § 7 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 VRegV-E sich nicht allein auf das Geschäftszeichen des Gerichts beschränken würde, sondern wenn auch der abfragende Klinikarzt ein Geschäftszeichen oder Aktenzeichen angeben müsste. Wir würden davon ausgehen, dass Kliniken eigene Aktenzeichen verwenden, um eine sinnvoll strukturierte Aktenführung zu gewährleisten. Eigene Erkenntnisse haben wir hierzu jedoch nicht.

Wir schlagen zudem vor, § 7 Abs. 2 VRegV-E um eine klarstellende Regelung zu ergänzen, die ausdrücklich vorsieht, dass Protokolle im Sinne von § 7 Abs. 1 VRegV-E auch an die jeweils zuständigen Stellen der Landesjustizverwaltung übermittelt werden dürfen, um dort die Überprüfung zu ermöglichen, ob die Voraussetzungen der oben vorgeschlagenen Regelung zur Abfragebefugnis der Betreuungsgerichte eingehalten wurden (vgl. oben unter C 2.). Weiter oben war vorgeschlagen worden, dass es sich anbieten würde, § 78b Abs. 1 BNotO um einen Satz zu ergänzen, der etwa lauten könnte:

„Die Gerichte dürften um Auskunft nur ersuchen, soweit dies im Rahmen der Aufgabenerfüllung der Gerichte erforderlich ist.“

Um die Einhaltung dieser Abfragebefugnis sinnvoll und effektiv überwachen zu können, könnte es zweckmäßig sein, eine klarstellende Regelung dafür zu schaffen, die vorsieht, dass – vergleichbar zu den Ärzteabfrageprotokollen i. S. d. Referentenentwurfes – auch die Justizabfrageprotokolle den dienstaufsichtsführenden Stellen übermittelt werden dürfen. Basierend auf den Vorschlägen des Referentenentwurfes zu den Ärzteabfrageprotokollen könnte eine ergänzte Regelung in § 7 Abs. 2 und 3 VRegV etwa wie folgt lauten:

(2) ¹ Die Protokolle dürfen nur für Zwecke der Datenschutzkontrolle, der Datensicherung, der Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Registerbetriebs und der Überprüfung durch die jeweils zuständige Landesärztekammer, ob die Voraussetzungen des § 78b Absatz 1 Satz 2 der Bundesnotarordnung eingehalten sind, sowie der Überprüfung der jeweils zuständigen Stelle der Landesjustizverwaltung, ob die Voraussetzungen des § 78b Absatz 1 Satz [...] (gemeint ist der vorstehende Satzvorschlagn) eingehalten sind, verwendet werden. ² Zur Überprüfung, ob die Voraussetzungen des § 78b Absatz 1 Satz 2 der Bundesnotarordnung eingehalten sind, kann die jeweils zuständige Landesärztekammer auf der Grundlage der Protokolle Auskunft darüber verlangen, welche Auskünfte an einen Arzt erteilt worden sind. ³ Zur Überprüfung, ob die Voraussetzungen des § 78b Absatz 1 Satz [...] (gemeint ist der vorstehende Satzvorschlagn) der Bundesnotarordnung eingehalten sind, kann die jeweils zuständige Stelle der Landesjustizverwaltung auf der Grundlage der Protokolle Auskunft darüber verlangen, welche Auskünfte an ein Betreuungsgericht oder Landgericht als Beschwedergericht erteilt worden sind. ⁴ Ferner kann der Vollmachtgeber oder der einer Vertretung durch den Ehegatten Widersprechende auf der Grundlage der Protokolle Auskunft darüber verlangen, welche Auskünfte aus dem Register erteilt worden sind. Satz 3 gilt entsprechend für den Bevollmächtigten, sofern

Daten zu seiner Person gespeichert sind. ⁵ Die Protokolle sind gegen zweckfremde Verwendung zu schützen.

*(3) ¹ Die Protokolle werden nach Ablauf des auf ihre Erstellung folgenden Kalenderjahres gelöscht. ² Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz löscht Protokolle, die ihm nach Absatz 1 Satz 4 zur Verfügung gestellt worden sind, ein Jahr nach ihrem Eingang, sofern sie nicht für weitere, bereits eingeleitete Prüfungen benötigt werden. ³ Die Landesärztekammer löscht Protokolle, die ihr nach Absatz 2 Satz 2 zur Verfügung gestellt worden sind, ein Jahr nach ihrem Eingang, sofern sie nicht für weitere, bereits eingeleitete Prüfungen benötigt werden. ⁴ **Satz 3 gilt entsprechend für die jeweils zuständige Stelle der Landesjustizverwaltung.***

Dieser Regelungsvorschlag würde klarstellen, dass eine Datenübermittlung in Bezug auf Protokolldaten an die zuständigen Stellen der Landesjustizverwaltungen möglich ist. Innerhalb der Landesjustizverwaltung kann beispielsweise anhand angegebener Geschäftszeichen leicht im Rahmen von Geschäftsprüfungen ermittelt werden, ob eine Abfrage im Rahmen der Aufgabenerfüllung der Gerichte im Sinne des obigen Vorschlags erforderlich gewesen ist. Wir gehen vor dem Hintergrund von Sinn und Zweck der gegenwärtigen gesetzlichen Regelung bereits davon aus, dass die Bereitstellung von Protokolldaten an die Landesjustizverwaltungen zulässig ist. Gleichwohl wäre eine klarstellende Regelung wünschenswert.

Abschließend ist es zu begrüßen, dass die gegenwärtige Regelung des § 7 Abs. 3 S. 2 VRegV wegen Gegenstandslosigkeit gestrichen und durch eine neue Regelung im Zusammenhang mit dem Klinikärzteeinsichtsrecht ersetzt werden soll. Die gegenwärtige Verweisung auf § 7 Abs. 1 S. 4 VRegV geht ins Leere, da § 7 Abs. 1 S. 4 VRegV bereits selbst zu einem früheren Zeitpunkt weggefallen ist.

E. Betreuungsorganisationsgesetz (BtOG)

Die Bundesnotarkammer begrüßt, dass das Betreuungsbehördengesetz durch das Betreuungsorganisationsgesetz (BtOG) abgelöst werden soll, welches dann sämtliche öffentlich-rechtlich geprägten Vorschriften zu den Betreuungsbehörden, den Betreuungsvereinen und den ehrenamtlichen und beruflichen Betreuern enthalten würde.

Die Regelung des § 5 BtOG-E zu den Beratungsaufgaben entspricht im Wesentlichen der gegenwärtigen Rechtslage des § 4 BtBG. Auch dort ist bislang eine Beratung zu

allgemeinen betreuungsrechtlichen Fragen und zu Vorsorgevollmachten und anderen Hilfen, bei denen kein gesetzlicher Betreuer bestellt wird, vorgesehen.

Im Zusammenhang mit der Beglaubigungsbefugnis der Betreuungsbehörden sieht die Bundesnotarkammer jedoch noch einen Bedarf für geringfügige Anpassungen.

So wird die Regelung des § 2 Abs. 3 BtOG-E von der Bundesnotarkammer kritisch gesehen. Danach soll die örtliche Zuständigkeit für die Vornahme öffentlicher Beglaubigungen i. S. v. § 7 Abs. 1 S. 1 BtOG-E sehr weit gefasst und nicht mehr daran gebunden sein, wo der Unterzeichnende seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Es erscheint uns jedoch geboten, die Regelung des § 2 Abs. 3 BtOG-E gänzlich zu streichen, um Formen des „Forum-Shoppings“ zu verhindern. Denkbar wären z. B. Fälle, in denen sich eine Betreuungsbehörde mit strengeren Maßstäben nach entsprechenden Nachfragen zum Sachverhalt aus Rechtsgründen zu Recht weigert, eine Beglaubigung vorzunehmen, während eine andere Betreuungsbehörde weniger strenge Maßstäbe anlegt und eine Beglaubigung im gleichen Fall möglicherweise noch vornimmt.

Dass Betreuungsbehörden, wie bereits gegenwärtig unter Geltung von § 6 Abs. 2 BtBG, auch künftig unter Geltung von § 7 BtOG-E mit einer Beglaubigungsbefugnis ausgestattet sein sollen, wird von der Bundesnotarkammer zurückhaltend bewertet. Die notarielle Praxis zeigt, dass mit dieser Befugnis teilweise recht unterschiedlich umgegangen wird. Beispiele, die Zweifel an der Praxis mancher – nicht aller – Betreuungsbehörden aufkommen lassen, waren auch Gegenstand der Sitzung einer Facharbeitsgruppe im BMJV.

Allerdings ist anzuerkennen, dass die Regelung einen engen Anwendungsbereich haben würde. Einerseits ist die Beglaubigungsbefugnis nur auf Betreuungsverfügungen und Vollmachten, soweit sie von natürlichen Personen erteilt werden, bezogen. Andererseits endet die Wirkung der Beglaubigung einer Vollmacht mit dem Tod des Vollmachtgebers. Außerdem ist in § 7 Abs. 2 BtOG-E geregelt, dass eine Unterschriftsbeglaubigung unter einer Vollmacht nur erfolgen darf, wenn die Vollmacht darauf gerichtet ist, die Bestellung eines Betreuers zu vermeiden.

Gleichwohl gibt es hier offene Fragen. Insbesondere kommt bislang weder im Gesetzeswortlaut noch in der Begründung hinreichend zum Ausdruck, dass die Vollmacht abstrakt-generell darauf gerichtet sein muss, die Bestellung eines Betreuers zu vermeiden, eine (beabsichtigte) konkrete Verwendung der Vollmacht im Einzelfall insoweit hingegen irrelevant ist. So kann etwa auch eine Verkaufsvollmacht darauf gerichtet sein, das Erfordernis einer Betreuung im konkreten Einzelfall entfallen zu lassen, wenn die Betreuung ausschließlich für das in Aussicht genommene Geschäft (z. B. einen

Grundstückskaufvertrag) erforderlich wäre, für andere Lebensbereiche jedoch nicht. In diesem Fall würde die Betreuungsbehörde nach dem Wortlaut des Referentenentwurfes wohl befugt sein, eine solche Vollmacht zu beglaubigen, obwohl die Vollmacht abstrakt-generell betrachtet nicht darauf gerichtet ist, das Erfordernis einer Betreuung entfallen zu lassen, sondern nur konkret im Einzelfall. Dies entspricht jedoch nicht der erklärten Intention des Referentenentwurfes³² und wäre daher ggf. noch korrekturbedürftig.

Das Oberlandesgericht Köln hat jüngst entschieden³³, dass eine betreuungsbehördlich öffentlich beglaubigte Vollmacht gemäß § 6 Abs. 2 Satz 1 BtBG nicht den Anforderungen des § 29 GBO genüge. Die Beglaubigungsbefugnis der Betreuungsbehörde diene allein der Vermeidung einer Betreuung. Deshalb sei diese auf die Beglaubigung von Vorsorgevollmachten und Betreuungsverfügungen begrenzt. Nach dem Tod des Vollmachtgebers gäbe es kein Bedürfnis mehr für ein Betreuungsverfahren, die Vorsorgevollmacht wandle – sofern sie transmortal erteilt wurde – ihren Charakter und bleibe ggf. als Nachlassvollmacht bestehen. Diesbezüglich fehle es aber an einer Beglaubigungsbefugnis der Betreuungsbehörde. Diesen Grundgedanken teilt der Referentenentwurf im Ansatz.³⁴ Den Erwägungen des Oberlandesgerichts Köln folgend wäre es dogmatisch jedoch überzeugender, wenn die Beglaubigung selbst bei einer transmortal wirkenden Vollmacht von Anfang an unwirksam wäre.

Schließt man sich jedoch den Erwägungen des Referentenentwurfes an, dann ist es zwingend, dass sich die Wirkung der betreuungsbehördlichen Beglaubigung zumindest auf die Lebenszeit des Vollmachtgebers beschränkt, so wie es in § 7 Abs. 1 S. 2 BtOG vorgesehen ist. Andernfalls würde das Betreuungsrecht ungewollte Folgewirkungen im Nachlassverfahren zeitigen und dort ohne Not das gut austarierte System der gesetzlich vorgesehenen Erbnachweise in Frage stellen. So bedarf es zum Beispiel zur Beantragung eines Erbscheins der Vorlage öffentlicher Urkunden sowie der Abgabe einer Versicherung an Eides statt mit entsprechender Strafandrohung bei Falschangaben (vgl. § 352 Abs. 3 FamFG). Die Regelung, wonach die Wirkung der Beglaubigung mit dem Tod des Betreuten endet, verhindert, dass mithilfe einer betreuungsbehördlich beglaubigten Vollmacht und ohne einen vom Nachlassgericht erteilten Erbschein Verfügungen zulasten der Erben des Betreuten vorgenommen werden können. Die Betreuungsbehörde würde insoweit außerhalb ihres gesetzlichen Aufgabenbereichs tätig werden; eine erbrechtliche Beratung kann und darf sie nicht erbringen. Das hinter § 7 Abs. 1 S. 2

³² RefE, S. 402 ff.

³³ Oberlandesgericht Köln, Beschluss vom 30. Oktober 2019, Az. 2 Wx 327/19.

³⁴ RefE, S. 403.

BtOG liegende Konzept einer zeitlich befristeten Beglaubigungswirkung hat zwar bislang kein Vorbild im deutschen Recht, erscheint aber schlüssig. Etwaige dogmatische Bedenken müssen hinter dem Zweck der Vorschrift zurücktreten, zumal die Vorschrift – wie in der Begründung ausgeführt – für die Praxis einfach zu handhaben ist und zu sachgerechten Lösungen führt.

In § 7 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BtOG könnte zudem das Wort „und“ am Ende durch das Wort „oder“ ersetzt werden.

F. Ausführungen zum Inkrafttreten

Die Bundesnotarkammer wird gerne Vorschläge zum Inkrafttreten der geplanten gesetzlichen Regelungen im Rahmen der Aufgabenwahrnehmung als Registerbehörde des ZVR unterbreiten.

Ein unmittelbares und zeitnahes Inkrafttreten der Änderungsvorschläge, die in dieser Stellungnahme unter Buchstabe D. unterbreitet wurden, wäre durchaus möglich.

Die Bundesnotarkammer schlägt jedoch vor, dass bestimmte Regelungen des Referentenentwurfes erst zu einem späteren Zeitpunkt in Kraft treten. Dies betrifft insbesondere die Schaffung eines (Klinik)Ärzteeinsichtsrechts in das ZVR sowie die Erweiterung der Registrierungsfähigkeit von Ehegattenwidersprüchen im ZVR. Hier wären technische Veränderungen notwendig, die einer hinreichenden Planungs- und Umsetzungsfrist bedürften. Dabei ist zu beachten, dass erst dann mit den Detailplanungen begonnen werden kann, wenn bestimmte rechtliche Rahmenbedingungen gesetzt sind.

Im Zusammenhang mit dem (Klinik)Ärzteeinsichtsrecht in das ZVR ist außerdem zu beachten, dass externe Abhängigkeiten bestehen. Es wäre aus unserer Sicht zum Beispiel zwingend erforderlich, den weitreichenden Lesezugriff der Klinikärzte auf das ZVR möglichst sicher zu gestalten, um den hohen Anforderungen an den Schutz der vertraulichen Daten gerecht zu werden. Der Zugriff durch die Notare erfolgt beispielsweise ausschließlich über das Notarnetz, einem sicheren geschlossenen Netzwerk, das durch die Bundesnotarkammer zur Verfügung gestellt wird. Auch die Betreuungsgerichte greifen aus einem vergleichbar gesicherten Netzwerk, dem Netzwerk des Bundes (NdB), auf das ZVR zu. Technisch wäre es durchaus denkbar, dass auch Klinikärzte nur aus einem sicheren Netz, wie der Telematikinfrastruktur der gematik GmbH, in das ZVR Einsicht nehmen können. Der Zugriff aus dem vom Internet abgekoppelten Netz müsste unserer Einschätzung nach ein ähnliches Schutzniveau wie die vorgenannten Netzzugänge bieten. Um dies zu ermöglichen, wären ggf. auch Anpassungen am fünften

Buch des Sozialgesetzbuchs (SGB V) erforderlich, die es der gematik GmbH gestatten würden, das ZVR über die Telematikinfrastruktur anzubinden. Derzeit ist gesetzlich dort eine Vernetzung der Akteure des Gesundheitswesens vorgesehen.

Absehbar ist jetzt bereits, dass die Bundesnotarkammer als Registerbehörde des ZVR keine eigene sog. Nutzerverwaltung übernehmen kann. Die Bundesnotarkammer müsste ansonsten Anträge zur Registrierung als ärztlicher Nutzer bearbeiten und dabei prüfen, ob ein Antragsteller noch Arzt ist. Außerdem müsste sie Kenntnis von einem Widerruf einer Zulassung als Arzt erhalten. Auch sonstige Statusänderungen müsste die Bundesnotarkammer in Erfahrung bringen. Dies erscheint jedoch aus praktischen Gesichtspunkten ausgeschlossen. Hier bedürfte es vielmehr der Mitwirkung der Landesärztekammern und ggf. der gematik GmbH, die einen Verzeichnisdienst führt. Diese Stellen wissen sicher, wer eine Zulassung als Arzt besitzt. So sieht die bisherige Regelung des § 291h SGB V vor, dass die gematik GmbH ab 1. Dezember 2020 einen Verzeichnisdienst führt, in dem u. a. Ärzte verzeichnet sind.

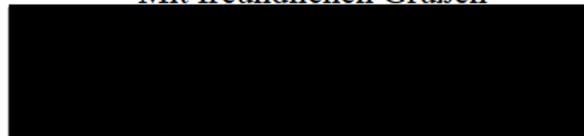
Diese Regelung wird durch das kürzlich verabschiedete Patientendaten-Schutzgesetz reformiert. Die Führung eines Verzeichnisdienstes durch die gematik GmbH ist zukünftig in der Vorschrift des § 313 Abs. 5 SGB V geregelt. Die Landesärztekammern übermitteln hierbei fortlaufend in einem automatisierten Verfahren die bei ihnen vorliegenden Daten der Nutzer, also auch der Klinikärzte. § 313 Abs. 5 S. 2 SGB V in der Fassung des PDSG sieht als Option für die Landesärztekammern vor, dass diese selbst oder von ihnen beauftragte Dritte der gematik GmbH für die Zwecke des Verzeichnisdienstes die für die Suche, Identifikation und Adressierung erforderlichen Daten über ein von ihnen für ihre Mitgliederverwaltung betriebenes standardbasiertes System zur Verwaltung von Identitäten und Zugriffsrechten zur Verfügung stellen können. Hierbei handelt es sich um ein sog. IAM (Identity and Access Management-System); dieses System ist nach den vorläufigen Erkenntnissen der Bundesnotarkammer jedoch noch im Aufbau begriffen. Das ZVR könnte eine technische Vertrauensstellung zu diesem IAM herstellen und das System als externen IdP (Identity Provider) nutzen. Das bedeutet, dass die Klinikärzte sich mit ihren gewohnten Zugangsmitteln an dem IAM authentifizieren und damit auch Zugang zum ZVR erlangen können (Single-Sign-On). Ein zusätzlicher Abgleich mit einem Verzeichnisdienst, eine aufwändige Benutzerpflege oder separate Registrierung der Ärzte wäre in diesem Fall nicht notwendig. Dass dies technisch durchaus machbar ist, hat ein gemeinsames erstes Gespräch von Vertretern der gematik GmbH und der Bundesnotarkammer ergeben.

Betrachtet man ausschließlich die notwendigen technischen Anpassungen am ZVR für die Umstellung auf die Möglichkeit zur Speicherung von Widersprüchen gegen das

gesetzliche Ehegattenvertretungsrecht und für das Ärzteinsichtsrecht und setzt man ein aktives IAM voraus, dann wären die technischen Anpassungen am ZVR nach vorläufiger Einschätzung jeweils in einem Release von einer Dauer von jeweils ca. 5 bis 6 Monaten denkbar, wenn diese nacheinander durchgeführt werden. Hinzukommen würden jeweils Zeiten für notwendige Arbeiten zur Infrastrukturintegration bzgl. des IAM sowie Pilotierungsphasen und etwa notwendige Nacharbeiten.

Bei Rückfragen stehen Ihnen mein Kollege Steven Liersch und ich sehr gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



(Dr. Nicola Hoischen)
Hauptgeschäftsführerin