

Stellungnahme

von Dr. Dietmar Kurze, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Erbrecht, Geschäftsführer und Vorstand des VorsorgeAnwalt e.V.

zum Fragenkatalog für das Symposium „Schutzmöglichkeiten bei der Vorsorgevollmacht – Herausforderungen für Staat, Notariat und Anwaltschaft“ des Forschungsinstituts für Notarrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin in Kooperation mit dem Bundesministerium für Justiz und dem VorsorgeAnwalt e.V. am 24. Februar 2024

Berlin, 16. Februar 2024

Vorbemerkung

Die folgenden Ausführungen sind die persönlichen Ansichten des Autors. In sie sind aber die Ergebnisse aus vielen Gesprächen mit Mandanten, Betroffenen, Bank- und Behördenmitarbeitern sowie mit vielen Experten, insbesondere aus dem VorsorgeAnwalt e.V., eingeflossen; juristische und nicht-juristische Veröffentlichungen wurden berücksichtigt.

Komplex 1 - Kontrolle der Geschäftsfähigkeit bei Errichtung und Widerruf:

Frage 1: Soll der Nachweis der **Geschäftsfähigkeit** des Vollmachtgebers bei Erstellung und Widerruf der Vorsorgevollmacht notwendig werden? Wenn ja, wie kann dies umgesetzt werden?

Einleitende Anmerkungen

Die Frage der Geschäfts(un)fähigkeit ist mE eine der wichtigsten und zugleich schwierigsten bei der Problematik des Schutzes bei der Vorsorgevollmacht.

Die Geschäftsunfähigkeit gem. § 104 Nr. 2 BGB ist oft schwer darzulegen und zu beweisen, insbesondere für die Vergangenheit. Das spielt den Personen in die Hände, welche Vollmachten missbrauchen, diese sich z.B. von einem geschäftsunfähigen Menschen erteilen lassen.

Das übliche Schema ist „Gutmachen“ („Ich helfe Ihnen beim Einkaufen ...“), „Schlechtmachen“ („Warum melden sich Ihre Kinder eigentlich so selten?“ „Der Banker macht das doch alles für seine Provision.“) und „Wegmachen“ (Kontaktabbruch zu Verwandten und Freunden, Wechsel von Banken und Ärzten).¹ Dieses Vorgehen ist eine Einflussnahme, welche eine Willensschwäche der Betroffenen ausnutzt.

¹ Vgl. Kurze, Vorsorgerecht, 2. Auflage, § 1820 BGB Rn. 35.

Nach hiesiger Ansicht sind die betroffenen Personen nicht selbstbestimmt. Problematisch ist der Maßstab der Geschäftsfähigkeit, wie er zurzeit wohl angelegt wird. Erst bei erheblichen und deutlich erkennbaren Defiziten wird von einer Geschäftsunfähigkeit ausgegangen. Im Bereich der Vorsorgestreitigkeiten sind die Defizite bei den betroffenen Personen oft selbst bei einer nicht nur oberflächlichen Untersuchung schwer oder nicht zu erkennen. Der Druck durch die missbrauchende Person wird zum einen verdeckt ausgeübt, ist für einen Dritten schwer oder nicht zu erkennen. Dem älteren Menschen ist es zudem unangenehm, seine Schwäche zuzugeben. Zum anderen kann der Druck nach außen als nicht wesentlich angesehen werden (Die Drohung, den Hund nicht mehr Gassi zu führen, der dann – als langjähriger und wesentlicher Kontakt des Betroffenen – abgeschafft werden müsste. Die Inaussichtstellung, keine gemeinsame Zeit mehr zu verbringen – den Betroffenen also in Einsamkeit und vielleicht sogar pflegerische Unterversorgung oder ein Pflegeheim zu bringen.) Hinzu treten Täuschungen und Drohungen, die den Betroffenen zur Vollmachtserteilung oder zum -widerruf bringen. Die Grenze zwischen Geschäftsunfähigkeit, da der Betroffene die Täuschung nicht erkennt oder einer Drohung seinen Willen nicht entgegensetzen kann, und Taten, die zu nach § 123 BGB anfechtbaren Erklärungen (z.B. Vollmachtserteilung) führen, kann als fließend angesehen werden.

Nach hier vertretener Ansicht liegt ein Zustand vor, in dem die Betroffenen Schutz benötigen. Er soll „**Beeinflussbarkeit**“ genannt werden. Im Ergebnis liegt nach hiesiger Einschätzung Geschäftsunfähigkeit vor, denn eine freie Willensbildung oder -äußerung sind nicht mehr möglich.

Betont werden soll, dass der Schutz des Geschäftsunfähigen ein **Schutz von dessen Selbstbestimmung** ist. Ist eine Erteilung oder ein Widerruf einer Vorsorgevollmacht für ihn nicht mehr möglich, sollte für ihn nur durch eine Person gehandelt werden, die er im Rahmen seiner Selbstbestimmung früher im geschäftsfähigen Zustand selbst dazu bestimmt hat – er wird dann also nicht fremdbestimmt (jedenfalls geschieht dies nicht außerhalb der staatlichen Kontrolle wie bei der Betreuung). Bewirken aber missbrauchende Menschen einen Widerruf dieser alten Vollmacht und/oder eine Errichtung einer neuen Vollmacht zu eigenen Gunsten bei Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers, wird dieser fremdbestimmt.

Damit soll auch dem Argument entgegengetreten werden, dass ein betagter Mensch auch neue Personen bedenken bzw. bevollmächtigen könne. Dies ist zwar richtig, verschließt aber die Augen vor den Realitäten. In den Fällen der anwaltlichen Praxis handeln die missbrauchenden Personen eindeutig eigennützig und die Vollmachtgeber sind nicht selbstbestimmt. Mit den erschlichenen Vorsorgeregeln werden damit Regelungen und Zustände geändert, die in selbstbestimmten Zeiten geschaffen oder bewusst beibehalten wurden. Mit dem

Vorgehen gegen Missbrauch wird daher die Selbstbestimmung gewahrt und geschützt – nicht beschränkt (auch wenn der betroffene Mensch uU äußerlich daran gehindert wird, etwas zu tun, also eine Vollmacht zu erteilen).

Zwischenergebnis: Es ist notwendig, dass Menschen in diesem Zustand der „Beeinflussbarkeit“ davor geschützt werden, neue Vorsorgevollmachten zu erstellen bzw. frühere zu widerrufen.

Es stellt sich eine Zwischenfrage: Entspricht der geschilderte Zustand der „Beeinflussbarkeit“ der gegenwärtigen **Definition von Geschäftsunfähigkeit**? Wenn der Zustand nicht erfasst ist, hilft auch eine Prüfung der Geschäftsfähigkeit nicht. Es müsste über eine Änderung der Definition, ggf. eine gesetzliche Präzisierung, nachgedacht werden, ausgehend wohl von § 104 Nr. 2 BGB (Dies ist uU nicht einfach, denn eine Anknüpfung an das Alter liegt nahe. Das wiederum lässt den Vorwurf einer „Altersdiskriminierung“ befürchten. Zum einen wäre aber wahrscheinlich eine altersneutrale Formulierung möglich. Zum anderen erscheint es widersinnig, wenn älteren Menschen Schutz versagt wird, weil man sie nicht besonders und unter Berücksichtigung alterstypischer Wahrscheinlichkeiten behandeln will.). Wird der Zustand der Beeinflussbarkeit von der gegenwärtigen Definition der Geschäftsunfähigkeit erfasst, könnte über die hier gestellte Frage fundiert nachgedacht werden. Es sollte also zunächst der aufgeworfenen Definitionsfrage weiter wissenschaftlich nachgegangen werden.

Im Folgenden wird davon ausgegangen, dass der Zustand der „Beeinflussbarkeit“ eine Geschäftsunfähigkeit darstellt.

Unter dieser Voraussetzung lautet die **Antwort: Ja**. Die Geschäftsfähigkeit sollte bei der Errichtung einer Vorsorgevollmacht nachgewiesen werden müssen.

Die Frage des „Wie“ ist einfach und zugleich kompliziert: Eine gute Prüfung der Geschäftsfähigkeit wird in den allermeisten Fällen die Erteilung von Vollmachten durch unlauter beeinflusste, geschäftsunfähige Menschen verhindern. Dazu müssen dem Prüfer umfassende und unabhängige Informationen vorliegen (um diese mit den Angaben des Betroffenen abzugleichen und sie zu hinterfragen). Zudem muss die Prüfung umfassend sein, in einer unbeeinflussten Prüfungssituation und von einem kompetenten Prüfer durchgeführt werden.

Fachlich sind Neurologen/Psychologen am ehesten geeignet. Sie müssen aber mit den entsprechenden Informationen versorgt werden und sollte auch noch auf diese Fälle spezialisiert sein, die sich von anderen psychischen Erkrankungen unterscheiden.

Faktisch wird es **nicht möglich** sein, solche Prüfungen auf breiter Basis anzubieten, da die Kosten hoch wären und die Verfügbarkeit entsprechender Ärzte gering ist.

Vorgeschlagen wird daher eine **Prüfung** (mit detaillierten Vorgaben – ähnlich denen unten, bei „Milderes Mittel“ beschriebenen), die **bei der Betreuungsbehörde** angegliedert wird. Personell kommen speziell geschulte Amtsärzte in Betracht. Erwogen werden kann, auch speziell geschulte, andere Personen zuzulassen, wie es beispielsweise auch bei der Prüfung von Pflegegraden geschieht. Wichtig ist eine Vorprüfung des Sachverhaltes, ggf. durch die Betreuungsbehörde (zu den Inhalten s.u.). **Wichtig sind umfassende Vorgaben** für die Prüfung, da sie sonst zu einer Formalie verkommen wird.

Weniger Schutz würde erreicht, wenn diese Prüfung auf die Bevollmächtigungen von Personen beschränkt wird, die keine Ehegatten oder Abkömmlinge sind (s.u.).

Milderes Mittel: Wenn der beschriebene Weg gescheut wird, sollte über einen einfacheren nachgedacht werden. Dieser ist nach hiesiger Ansicht eine **qualifizierte Pflichtberatung**. Sie kann durch Rechtsanwälte, Notare und besonders geschulte Personen der Betreuungsbehörde durchgeführt und bescheinigt werden (ähnlich dem § 262 ABGB). Es wären bestimmte Anforderungen an die Beratung und die Ausstellung der Bescheinigung zu stellen. Grundsätzlich wären die Beratungssituation zu beschreiben (Beratung des Vollmachtgebers allein, um Einflussnahmen auszuschließen), die Dauer der Beratung (z.B. mindestens 30 Minuten, um die Gefahr der Fassadendarstellung zu mindern) und die Inhalte (wichtig ist, dass der Vollmachtgeber spricht, nicht der Beratende; es sollten die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse und Beziehungen des Vollmachtgebers, insbesondere zum Bevollmächtigten, beleuchtet werden sowie sein Gesundheitszustand).

Ein noch milderes Mittel wäre die Beschränkung der Pflichtberatung auf Fälle, in denen keine Abkömmlinge und keine Ehegatten bevollmächtigt werden. Allerdings gibt es gerade bei Abkömmlingen auch immer wieder erheblichen Missbrauch, insbesondere zu Lasten anderer Abkömmlinge. Auf die Problematik der Ehe und der Eheschließung wird unten eingegangen.

Eine weitere Alternative ist die Ermöglichung einer **freiwilligen Prüfung/qualifizierte Beratung**. Diese wäre wiederum umfassend zu beschreiben. Dann könnten Vollmachtgeber diese in Anspruch nehmen, was bei der Vollmacht vermerkt würde.

Dies würde die Anwendbarkeit der Vollmacht verbessern. Um auch einen gewissen Schutz zu gewährleisten, müssten allerdings die Vorteile der geprüften/berateten Vollmacht oder die Nachteile der ungeprüften/unberateten deutlich sein. Ob dies allein durch Werbe- und Aufklärungsmaßnahmen erreicht werden kann, erscheint fraglich. Wenn aber Banken, Notare und Grundbuchämter (ggf. zusätzlich zu den bestehenden Formvorschriften wie § 29

GBO) auf geprüfte/beratene Vollmachten bestehen könnten, würde dies ihre Erstellung deutlich attraktiver machen.

Eine Voraussetzung für solche Pläne wäre die **Definition der Vorsorgevollmacht**, damit der Anwendungsbereich klar wäre (dazu unten).

Zu beachten ist, dass **viele Wege des Missbrauches nicht erfasst** wären. Das wären z.B. die Erteilung von Bankvollmachten, die Erteilung einer Vollmacht nur zur Übertragung einer Immobilie oder das Bedrängen eines Geschäftsunfähigen, direkt Geld- oder Immobilienübertragungen vorzunehmen, die Bankkarte nebst PIN zu überlassen oder den Online-Banking-Zugang zu ermöglichen oder eine Ehe einzugehen.

Für den **Widerruf** einer Vorsorgevollmacht ist eine Verzögerung durch eine Geschäftsfähigkeitsprüfung problematisch. Zumindest müsste bei einem Widerruf bis zu dem Ergebnis der Prüfung über eine Art der Suspendierung nachgedacht werden (siehe zudem unten zu Frage 5).

Frage 2: Sollte die Prüfung der Geschäftsfähigkeit durch Notare verbessert oder das Verfahren grundsätzlich geändert werden, ggf. durch umfassendere, konkrete Fragen und Dokumentationen durch den Notar oder externe Prüfung?

Bevorzugt wird die Ergänzung durch einen bei der Frage 1 beschriebenen Wege, also Prüfung oder Pflichtberatung oder freiwillige Prüfung oder freiwillige qualifizierte Beratung (iE die in der Frage 1 angesprochene „**externe Prüfung**“). Die Notare wären daneben wie bisher zur Prüfung der Geschäftsfähigkeit verpflichtet.

Sollte keiner dieser Wege besprochen werden, wäre eine Verbesserung der Prüfung durch Notare wichtig, die Frage also mit „**Ja**“ zu beantworten.

Dabei soll vorausgeschickt werden, dass hier gesehen wird, dass eine umfassende Prüfung durch einen Notar für diesen einen erheblichen Aufwand bedeutet. Dies gilt schon jetzt, wenn ordnungsgemäß gearbeitet wird, und würde es mit den folgenden Vorschlägen noch mehr. Zu beachten ist auch, dass diese Art der Arbeit „mit älteren Menschen“ nicht jedem Notar besonders gelegen ist. Und schließlich muss auch gesehen werden, dass die **Vergütung** für Notare in den meisten Fällen viel **zu gering** sein wird (eine deutliche Erhöhung er-

höht aber die Hemmschwelle zur Notarbeauftragung). Dass insofern umfangreichen Prüfungen von notarieller Seite skeptisch bis ablehnend entgegengetreten wird, ist absolut nachzuvollziehen. Für eine sichere und schützende Gestaltung ist sie aber wichtig, wenn es keine andere Prüfung gibt. Daher wird an dieser Stelle noch einmal der Vorzug einer qualifizierten, externen Prüfung betont.

Ohne qualifizierte, externe Prüfung sollten die Anforderungen an die notarielle Prüfung geschärft werden. Dass dem Notar keine medizinischen Kenntnisse abverlangt werden können, ist klar. Eine gute Prüfung durch den Notar sollte zum einen beim Verfahren ansetzen, zum anderen beim Inhalt.

Verfahrensmäßig würden **zwei Termine** helfen: Beim ersten würde der Text durchgegangen. Beim zweiten könnten Nachfragen gestellt bzw. berücksichtigt werden. Individualisierungen wären besser einzuarbeiten. Bei zwei Terminen kann sich der Notar ein deutlich besseres Bild machen. Zudem ist das Gespräch **allein mit dem Vollmachtgeber** wichtig, um Einflussnahmen zu vermindern.

Inhaltlich ist ein intensives Gespräch mit dem Vollmachtgeber über relevante Fragen zu führen. Dazu wäre eine Mindest-**Fragenkatalog** wünschenswert, auf dem die Antworten notiert und der zu den Akten des Notars genommen wird. Allgemeine Gespräche über Politik, die Familie und ähnliches lassen wenig über die Geschäftsfähigkeit bzw. Beeinflussbarkeit des Betroffenen erkennen. Die Fragen sollten sich auf die Vollmachtserteilung beziehen. Wie ist die Beziehung zu dem Bevollmächtigten? Wie lange besteht diese Beziehung? Woher kennen sich der Vollmachtgeber und der Bevollmächtigte? Gab es schon andere Bevollmächtigte? Wie sind die wirtschaftlichen Verhältnisse beider Personen? Woraus rührt das Vertrauen in den Bevollmächtigten? Gibt es Sicherungsmaßnahmen? Welche (Vermögens-)Güter sind zu schützen? Gibt es erbrechtliche Verfügungen, die bindend sind und ggf. durch lebzeitige Verfügungen des Bevollmächtigten umgangen werden können? Sind Immobilienverfügungen geplant, wahrscheinlich und/oder gewollt? Sind Schenkungen denkbar und gewollt? Soll der Bevollmächtigte auch pflegen und dafür oder sonst eine Vergütung oder andere Vorteile erhalten?

Ein Abgleich der Antworten mit der Realität sollte erfolgen, da insbesondere demente Menschen überzeugend sein können, auch wenn sie komplett Falsches darstellen. Dies wird für einen Notar schwer zu bewerkstelligen sein. Die Bitte an den Vollmachtgeber, Unterlagen mitzubringen, könnte zumindest ein teilweise gangbarer Weg sein.

Auch eine verkürzte Prüfung in medizinischer Hinsicht ist nach hiesiger Ansicht nicht völlig abwegig. Für die (ähnliche) Prüfung der Testierfähigkeit hat Brah eine Anleitung entworfen.² Es ist von Pflegeheimen bekannt, dass diese von „Bewerbern“ um einen Platz die Zeichnung einer Uhr verlangen (so genannter „Uhrentest“). Dies ist zwar keine fundierte Testung. Demenzerkrankungen können dadurch aber durchaus festgestellt werden und dies auf eine einfache Art und Weise.

Noch einmal: Eine sichere Geschäftsfähigkeitsprüfung wird so nicht erreicht – aber eine bessere als bislang meist. Der Aufwand für den Notar ist groß und die Vergütung dafür nicht ausreichend. Daher wird hier weiter die qualifizierte Beratung bevorzugt.

Eine Änderung bzw. Ergänzung der notariellen Prüfung könnte bei **§ 17 BeurkG** ansetzen. Ergänzt werden könnte ein **Absatz 2b**. Eine Formulierung könnte sich an dem folgenden Vorschlag orientieren, wobei dem Autor bewusst ist, dass eine Verfeinerung notwendig ist:

„Vor der Beurkundung einer Vorsorgevollmacht soll ein separater Beratungstermin stattfinden. Der Notar hat bei der Prüfung der Geschäftsfähigkeit besondere Sorgfalt anzuwenden und den Beteiligten grundsätzlich ohne Anwesenheit Dritter eingehend nach dem Sachverhalt, dem besonderem Vertrauensverhältnis zum Bevollmächtigten und Sicherungsmaßnahmen zu befragen. Dies ist zu dokumentieren.“

Ergänzend bzw. zumindest alternativ sollten diese Gestaltungen in der **Ausbildung und der Fortbildung** der Notare mehr Raum einnehmen. Damit wird auch dem demographischen Wandel Rechnung getragen.

Frage 3: Soll es möglich sein, den Widerruf einer Vorsorgevollmacht unter den Vorbehalt einer Geschäftsfähigkeitsprüfung zu stellen?

Vgl. hierzu Antwort zu Frage 5

Frage 4: Welche weiteren Maßnahmen sind denkbar, um (nachträgliche) Unsicherheiten über die Geschäftsfähigkeit eines Menschen bei Vollmachtserteilung und -widerruf zu vermeiden (bei notariellen und bei nicht-notariellen Erklärungen)?

² Die Feststellung der Testierfähigkeit durch den Notar, Dissertation 2013.

In der Werbung für Vorsorgevollmachten sollte das Problem, wie auch das des Missbrauches insgesamt, mehr thematisiert werden.

Die Möglichkeiten der Beratung sollten mehr betont werden, insbesondere durch spezialisiert Personen. Das müssen nicht unbedingt nur Rechtsanwälte und Notare sein. Speziell und umfassend geschulte Personen bei den Betreuungsbehörden können als Berater ebenfalls sinnvoll sein. Gesetzlich liegen die Voraussetzungen in § 5 Abs. 1 BtOG mE schon vor. Da die Praxis wohl anders aussieht und die Beratung bei Vorsorgevollmachten durch die Betreuungsbehörden anscheinend nachrangig betrieben und auch weniger nachgefragt wird, sollte geprüft werden, wie dieser Zustand geändert werden kann.

Komplex 2 – Schützende Vorgaben durch Vollmachtsgestaltung:

Ich verweise auch auf meine **Antwort zu Frage 18** hinsichtlich der Bevollmächtigung von **Pflegepersonen**. Soweit meinem Vorschlag gefolgt wird, wird es auch Auswirkungen auf die Gestaltung haben, da eine Personengruppe mit erhöhtem Missbrauchsrisiko weniger taugliche Bevollmächtigte werden. Dies wäre von anwaltlichen, notariellen und allen anderen Beratern zu berücksichtigen.

Frage 5: Sollten generelle **Formerfordernisse** für die Erstellung und den Widerruf einer Vorsorgevollmacht eingeführt werden?

Wenn ja, welche sollten das sein (Schriftformerfordernis/öffentliche Beglaubigung/notarielle Beurkundung/andere, wie z.B. fakultativ zu verwendende gesetzlich normierte Formulierungen)?

Sollten alternativ nur für bestimmte Rechtshandlungen weitere Formerfordernisse in Ergänzung des bereits in § 1820 Absatz 2 BGB geregelten Schriftformerfordernisses geschaffen werden? Wenn ja, für welche?

Generelle Formerfordernisse

Ein Nachteil eines Formerfordernisses wäre die Erschwerung der **Errichtung**, damit wahrscheinlich weniger Vorsorge. Wenn das Formerfordernis tatsächlich nur ein Formalismus wäre, würde es wiederum Sicherheit vorgaukeln, welche tatsächlich nicht besteht.

Vorteile könnten die Warnfunktion und Aufklärung sowie individuellere, anwendungsfreundlicherer und sicherer Regelungen sein. Das setzt allerdings eine entsprechende Beratung voraus. Die Schriftform hilft dafür wenig; allerdings wird sie ohnehin schon im Ergebnis immer mindestens gewählt.

Bei dem **Widerruf** wird ein deutliches Bedürfnis gesehen, diesen zu erschweren. Zu einführenden Erwägungen wird auf die folgenden Ausführungen zur freiwilligen Selbstbindung verwiesen.

Problematisch ist, dass eine allgemeine, gesetzliche Erschwerung des Widerrufs sich auf ganz bestimmte (Vorsorge)Vollmachten beziehen müsste. Es wäre also eine gesetzliche Definition der Vorsorgevollmacht notwendig (dazu siehe Frage 7). Unstimmigkeiten, ob die konkrete Vollmacht unter diese Definition fällt, wären zu erwarten.

Sollte die Errichtung einer Vorsorgevollmacht unter ein Formerfordernis gestellt werden, so sollte das auch für den Widerruf gelten.

Alternative: Freiwillige Selbstbindung gegen Widerruf

Der Widerruf ist die „Achillessehne der Vorsorgevollmacht“. Eine noch so gute Gestaltung kann nach jetzigem Stand mündlich ohne weiteres widerrufen werden. Dann hat der bisherige Bevollmächtigte kaum mehr Möglichkeiten zum schützenden Eingreifen.³

Besonders problematisch ist dabei die oft fragliche Geschäftsfähigkeit. Deren Fehlen muss aber grundsätzlich vom Bevollmächtigten bewiesen werden, dessen Vollmacht widerrufen wurde. Zeitaufwand und Kostenrisiko liegen allein bei ihm, weshalb er oft untätig bleibt. Dazu kann auch auf die Ausführungen zum ersten Fragekomplex verwiesen werden.

Allerdings wünschen sich Mandanten immer wieder, sich selbst gegen einen schädlichen Widerruf zu schützen, etwa bei Einflussnahme durch unlautere Dritte. Diesem Wunsch, dem Interesse des ursprünglich Bevollmächtigten an Aufrechterhaltung seiner Vorsorgebevollmächtigung und dem Schutzbedürfnis vulnerabler Menschen zu entsprechen, sollte durch Gestaltungsmöglichkeiten entsprochen werden.

Ein Vorteil ist, dass Definitionsprobleme vermieden werden. Die Widerrufsbeschränkung in einer Vollmacht bezieht sich genau auf diese und damit ist nicht fraglich, ob eine Vollmacht betroffen ist.

Problematisch ist allerdings, dass bei einer weitreichenden Vorsorgevollmacht eine Fremdbestimmung gegen den freien Willen des Vollmachtgebers unzulässig ist. Der Vollmachtgeber kann sich also nicht selbst verdrängen. Eine Regelung wie „Ich schließe den Widerruf der Vollmacht aus.“ ist unzulässig (nach meines Erachtens allgemeiner Ansicht). Auch Einschränkungen sind zumindest problematisch, tendenziell eher unzulässig, wie „Der Widerruf ist nur mit einer Frist von zwei Wochen zulässig.“ Eine Frist ergibt immer noch eine Selbstverdrängung.

Eine Kombination mit dem Anknüpfen an die Suspendierungsmöglichkeit nach § 1820 Abs. 4 BGB erscheint allerdings zulässig und sinnvoll. Danach könnte der Vollmachtgeber sich freiwillig selbst binden („Ein Widerruf ist nur mit einer Frist von drei Monaten möglich, innerhalb derer ggf. ein Betreuungsverfahren zur Prüfung der Geschäftsfähigkeit und des Widerrufs im Übrigen möglich ist.“), so dass ein Widerruf zunächst nur als Suspendierung gilt („Nach der Erklärung eines Widerrufs darf der Bevollmächtigte die Vollmacht bis zur Klärung seiner Wirksamkeit oder bis zum Ablauf der Widerrufsfrist nicht verwenden.“). Der **§ 1820 Abs. 2**

³ Vgl. Mau ZErB 2023, 1.

BGB könnte **ergänzt** werden durch einen **Satz 2** wie folgt: „**Der Vollmachtgeber kann anordnen, dass ein Widerruf der Vollmacht nur mit einer Frist zulässig ist; während der Frist darf der Bevollmächtigte die Vollmacht nicht verwenden.**“

Denkbar ist zudem eine freiwillige Regelung wie „Der Widerruf muss schriftlich erfolgen.“ Ein Schriftformerfordernis kann den Widerruf für eine nur körperlich eingeschränkte Person unzulässig zwar erschweren und verzögern machen. Eine notarielle Erklärung ist aber jedenfalls möglich. Insofern könnte eine solche Einschränkung zulässig sein; geklärt ist dies mE nicht.

Eine Klarstellung wäre denkbar, wie eine Ergänzung im jetzigen **§ 1820 Abs. 2 BGB** durch einen **Satz 3**: „**Der Vollmachtgeber kann anordnen, dass sein Widerruf der Vorsorgevollmacht nur schriftlich wirksam ist.**“ Besser wäre die Ersetzung von „schriftlich“ durch „**öffentlich beglaubigt**“ oder sogar „**durch notarielle Beurkundung**“. Dann käme es zumindest zur Einschaltung einer Urkundsperson, also eines externen Dritten mit einer gewissen Kontrollmöglichkeit. Sonst würde – wie nach hiesiger Erfahrung regelmäßig – der Widerruf einfach von dem neuen, unlauteren Bevollmächtigten geschrieben und dem Vollmachtgeber untergeschoben werden.

Weitere Schriftformerfordernisse in Ergänzung des § 1820 Abs. 2 BGB

Vorsorgebevollmächtigungen bedürfen schon jetzt der Schriftform für die Ermächtigung zu besonders gefährlichen Behandlungen, zur Freiheitsentziehung und freiheitsentziehenden Maßnahmen sowie zur ärztlichen Zwangsmaßnahme und der Verbringung, § 1802 Abs. 2 BGB.

Vom Gesetzgeber wurden in der Reform für Betreuungen an die Regelung des Umgangs und der Aufenthaltsbestimmung im Ausland neue, erhöhte Anforderungen gestellt (§ 1815 Abs. 2 Nr. 3, 4 BGB). Zutreffend werden damit besonders sensible Bereiche besser geschützt.

Bevorzugt wird die Einführung von **optionalen Genehmigungserfordernissen**, dazu unten zu Frage 14.

Weniger effektiv, aber eine Verbesserung, wäre die Einführung des Schriftformerfordernisses für die Umgangsbestimmung und die Aufenthaltsbestimmung im Ausland.

§ 1820 Abs. 2 BGB könnte wie folgt ergänzt werden:

**„4. die Bestimmung des Umganges des Bevollmächtigten mit anderen Personen,
5. die Bestimmung des Aufenthalts des Bevollmächtigten im Ausland.“**

Eventuell kommen noch weitere Tatbestände in Betracht. Bei anderen, wichtigen Vertretungshandlungen gibt es aber ohnehin schon Formvorschriften an anderen Stellen, z.B. für Immobilienverfügungen in § 29 GBO.

Dokumentation des Vermögens

Sowohl in Betreuungsverfahren als auch in Verfahren vor der ordentlichen Gerichtsbarkeit ist es regelmäßig ein erhebliches Problem, dem missbrauchenden Bevollmächtigten und/oder dem Gericht den Stand des Vermögens vor der Tätigkeit des Bevollmächtigten nachzuweisen. Eine Dokumentation wäre äußerst hilfreich.

Der beste Zeitpunkt wäre zwar der des Beginns der Tätigkeit des Bevollmächtigten. Eine Vermögensaufnahme durch ihn könnte allerdings schon verfälscht sein. Zudem macht dies auch dem redlichen Bevollmächtigten Arbeit, welche ihn die Aufgabenübernahme uU ablehnen lässt. Auch eine Aufnahme durch Dritte, wie in es bei Betreuungen gem. § 1835 BGB möglich ist, bedeutet einen erheblichen Aufwand. Schon jetzt kann der Vollmachtgeber den Bevollmächtigten im Innenverhältnis zudem schon zu einer Verzeichniserstellung, ggf. durch eine dritte Person, verpflichten.

Der Vollmachtgeber ist allerdings selbst mehr an einer Sicherung interessiert, so dass eine Vermögensaufnahme durch ihn naheliegend ist. Sie kann auf wesentliche Vermögenswerte beschränkt werden (Immobilien, Bankvermögen, Unternehmensbeteiligungen). Dass der Zeitpunkt regelmäßig vor dem Beginn der Tätigkeit des Bevollmächtigten liegt, ist ein verschmerzbarer Nachteil.

Privatschriftlich kann der Vollmachtgeber eine Aufstellung jederzeit erstellen, sollte sie einer anderen Person als dem Bevollmächtigten geben. Eine Hinterlegungsmöglichkeit bei dem Betreuungsgericht ist denkbar, würde aber einige Bürokratie bedeuten.

Eine Verpflichtung zur Erstellung eines Verzeichnisses über wesentliche Vermögensgüter ist denkbar. Dagegen sprechen aber die Abschreckung zu Vorsorge aufgrund des Aufwandes und die angesprochene Frage der Verwahrung. Daher wird hier die Möglichkeit einer freiwilligen Errichtung befürwortet. Für die private Errichtung ohne Hinterlegung bedarf es keiner gesetzlichen Regelung.

Für die Hinterlegung beim Notar ist eine Regelung notwendig. Diese könnte in einem neuen **Absatz 2b zu § 17 BeurkG** eingefügt werden und lauten: „**Der Notar soll anbieten, eine Aufstellung der wesentlichen Vermögenswerte des Vollmachtgebers zur Urkundensammlung zu nehmen.**“ Ggf. könnte klargestellt werden, dass diese Aufstellung nicht an

Ausfertigungen geheftet wird; zudem sollte sie auch in einem verschlossenen Umschlag abgegeben werden können, damit die Vermögensoffenbarung den Vollmachtgeber nicht von einer Beurkundung abhält.

Frage 6: Sollte - alternativ oder kumulativ zur Bestimmung eines Formerfordernisses - die verpflichtende **Registrierung** der Vorsorgevollmacht im Zentralen Vorsorgeregister als Wirksamkeitsvoraussetzung vorgesehen werden (Modell Österreich, vgl. § 263 ABGB)?

Ja. Eine Registrierung ist sinnvoll zum Schutz des Vollmachtgebers. Die Täter „meiden das Licht.“ Sie fürchten also eine Registrierung.

Zum einen ist die Bevollmächtigung der Täter bei einer Registrierung im Zweifel nachzuvollziehen. Zum anderen können Wiederholungstäter durch eine Registrierung erkannt werden.

Damit eine Registrierung tatsächlich den Schutz erhöht, muss aber eine Verwendung der Daten ermöglicht werden. Damit sind die der Bevollmächtigten gemeint. Mit der Registrierung der **Betreuer** mit der **Reform** ist für diese ein gutes Kontrollelement geschaffen worden. Früher war es möglich, dass ein Betreuer bei dem einem Amtsgericht wegen Verfehlungen nicht mehr benannt wird, aber doch noch bei einem anderen, dem die Verfehlungen nicht bekannt waren. Für Bevollmächtigte fehlt eine solche Kontrolle noch heute.

Wichtig wäre also, dass zumindest bei dem Verdacht eines Missbrauchs eine **Abfrage möglich** wäre, ob der Bevollmächtigte schon in anderen Fällen bevollmächtigt war oder ist. Zumindest den **Betreuungsgerichten** und den **Ermittlungsbehörden** (Polizei, StA), besser auch den **Betreuungsbehörden** sollte eine Abfrage möglich sein.

Diese Kontrolle wäre allerdings nur reaktiv, wenn aus irgendeinem Grund ein Missstand zu Tage tritt. Eine **Meldung an z.B. die Betreuungsbehörde zur aktiven Prüfung** ist für den Fall erwägenswert, dass eine Person von mehr als einem Menschen bevollmächtigt wird. Ausgeschlossen von einer Meldung oder das Prüfungsverfahren beendend könnte die Bevollmächtigung eines Kindes durch beide Eltern sein.

Als milderer Mittel könnte die Registrierungspflicht auf Vorsorgevollmacht für Personen, die keine Abkömmlinge und keine Ehegatten sind, beschränkt werden.

Frage 7: Ist eine gesetzliche **Definition** der Vorsorgevollmacht erforderlich? Wenn ja, wo könnte diese verortet werden und welche Regelungen sollte diese mindestens enthalten? Wie soll die Abgrenzung zu den §§ 164 ff. BGB aussehen?

Soweit Formerfordernisse, qualifizierte Prüfungspflichten und/oder eine Registrierungspflicht eingeführt werden, erscheint eine gesetzliche Definition unumgänglich. Da diese hier zumindest zum Teil befürwortet werden, lautet die Antwort zur ersten Frage „**Ja**“.

Zudem bietet eine gesetzliche Definition auch weitere Möglichkeiten für (ggf. zukünftige) Sicherungsmaßnahmen.

Schon jetzt ist **§ 1820 BGB** der „Vorsorgevollmachts-Paragraf“. Eine Verortung dort wäre konsequent, z.B. als **neuer Absatz 1**.

Einen Ansatz zu einer Definition gibt es in § 1820 Abs. 5 S. 1 BGB („einer Vollmacht, die den Bevollmächtigten zu Maßnahmen der Personensorge oder zu Maßnahmen in wesentlichen Bereichen der Vermögenssorge ermächtigt“). Das „oder“ könnte klarstellend durch „und/oder“ ersetzt werden.

Von einer Einschränkung („für den Fall der eigenen Handlungsunfähigkeit“) sollte abgesehen werden. Vorsorgevollmachten sollen oft schon vorher genutzt werden, jedenfalls für einzelne Tätigkeiten. Zudem verleitet eine solche Definition zu Formulierungen, welche einer Bedingung nahekommen oder diese sogar beinhalten, was die Brauchbarkeit der Vorsorgevollmacht später beeinträchtigt. Schließlich gibt es bei der Personensorge keine verdrängende Vollmacht, so dass die Ausrichtung auf den Vorsorgefall ohnehin klar ist.

Eine Definition als neuen **§ 1820 Abs. 1 BGB** könnte also lauten: „**Mit einer Vorsorgevollmacht bevollmächtigt der Vollmachtgeber den Bevollmächtigten zu Maßnahmen der Personensorge und/oder zu Maßnahmen in wesentlichen Bereichen der Vermögenssorge.**“

Nach dieser Definition wäre die Vorsorgevollmacht eine spezielle Art der Vollmacht nach den §§ 164 ff. BGB.

Klar sollte sein, dass viele Formen des Missbrauches damit nicht vermieden bzw. auch nur berührt werden (s.o. sowie Schlussbemerkungen).

Frage 8: Sollte die spätere **Ausübung** der Vorsorgevollmacht an bestimmte Nachweise geknüpft werden? Sollte - wie im österreichischen Recht (§ 263 ABGB) - der Eintritt des Vorsorgefalls als Wirksamkeitsvoraussetzung verpflichtend registriert werden? Bedarf es eines anderweitigen Aktes der Bestätigung des Eintritts des Vorsorgefalls, um die Vorsorgevollmacht im Rechtsverkehr einsetzen zu können?

Oder sollte z.B. eine Anzeigepflicht bei Aufnahme der Tätigkeit als Bevollmächtigter eingeführt werden, um eine Kontrolle durch das Betreuungsgericht zu ermöglichen?

Eher nein. Die Vorsorgevollmacht sollte auch verwandt werden können, wenn der Vorsorgefall nicht eingetreten ist, aber der Vollmachtgeber die Verwendung (z.B. zur Unterstützung) wünscht, oder der Vollmachtgeber verstorben ist, um die Nachlassabwicklung zu erleichtern.

Zudem ist die Prüfung des Vorsorgefalls aufwändig (s.o. zur Prüfung bei der Geschäftsfähigkeit), eine nur vorübergehende Unterstützungsbedürftigkeit denkbar. Die Einreichung nur eines einfachen, ärztlichen Attestes bringt wenig Sicherheit. Diese Nachweise werden schnell und meist ohne angemessene Prüfung erstellt. Ob Meldungen durch einen Notar, einen Rechtsanwalt oder einen Erwachsenenschutzverein ohne weitere Vorgaben, wie in § 263 ABGB, sinnvolle Prüfungen vorausgehen, erscheint fraglich.

Gänzlich abgelehnt werden entsprechende Überlegungen hier nicht. Es müsste aber eine **qualifizierte Prüfung** gewährleistet sein, wie sie oben bei den Fragen zur Geschäftsfähigkeit erörtert wurde.

Wesentlich ist auch die Frage nach der **Konsequenz einer Meldung**. Allein das Inkrafttreten der Vorsorgevollmacht ist wenig effektiv. Die Opfer von Vollmachtsmissbrauch sind gerade regelmäßig geschäftsunfähig, eine solche Wirksamkeitsvoraussetzung also schnell geschaffen.

Wenn eine solche Meldung eingeführt wird, sollten daran weitere Folgen zur Kontrolle geknüpft werden. Dies kann z.B. die Pflicht zur Abgabe eines **Vermögensverzeichnisses** sein. Oder die Meldung kann eine **Abfrage nach weiteren Bevollmächtigungen** durch die Betreuungsbehörde oder das -gericht auslösen (bei einer Registrierungspflicht).

Frage 9: Sind spezielle gesetzliche Regelungen für das **Innenverhältnis** erforderlich, die über das Auftrags- und Geschäftsbesorgungsvertragsrecht hinausgehen (z.B. zu Auskunft, Rechenschaft, Herausgabe, Schadensersatz, Haftungsbegrenzung, Schenkungen, Pflicht zur Erstellung eines Vermögensverzeichnisses)? Wenn ja, wie könnten diese aussehen?
Sollte eine Verpflichtung eingeführt werden, das Innenverhältnis zu regeln?

Das Innenverhältnis wird fast nie geregelt. Es liegt dann – bis auf bei der Bevollmächtigung unter Ehegatten – grundsätzlich ein Auftragsverhältnis gem. §§ 662 ff. BGB vor.⁴ Die Durchsetzung von Ansprüchen daraus gestaltet sich meistens extrem schwierig.

Die wesentlichen Einwände gegen die Pflichten aus den §§ 662 ff. BGB sollten ausgeräumt werden, so dass neue Regelungen **befürwortet** werden.

Dazu könnte zunächst **klargestellt** werden, dass bei einer Vorsorgevollmacht ein **Auftragsverhältnis** vorliegt. Anschließend an die Definition der Vorsorgevollmacht (s.o. als **neuen** § 1820 Abs. 1 BGB) sollte als **§ 1820 Abs. 1 S. 2 BGB** eingefügt werden: „**Der Bevollmächtigte gilt als beauftragt, soweit es sich nicht um den Ehegatten handelt.**“

Die grundsätzliche Ablehnung eines Auftragsverhältnisses bei Ehegatten wird hier kritisch gesehen.⁵ Bei einer umfassenden Übernahme von umfangreichen Geschäften durch einen Ehegatten aufgrund einer Vorsorgevollmacht kann und muss nach hier vertretener Ansicht durchaus Auftragsrecht angewandt werden, zumindest angewandt werden können. Dies kann – insbesondere bei großen Vermögen – über das übliche Ehegattenverhältnis deutlich hinausgehen. § 1413 BGB könnte ein Ansatzpunkt sein, aber auch der vorgeschlagene **§ 1820 Abs. 1 S. 2 BGB** abgewandelt und durch einen Satz 3 ergänzt werden: „**Der Bevollmächtigte gilt als beauftragt. Soweit es sich um den Ehegatten handelt, gilt dies nur bei außergewöhnlichen Geschäften.**“ Für größere Verfügungen, etwas über Immobilien, größeres Bankvermögen oder Unternehmensbeteiligungen würde Auftragsrecht gelten mit den entsprechenden Folgen.

Hilfreich wäre zudem die **Dokumentation des Vermögens** (zumindest der wesentlichen Vermögensbestandteile) bei Errichtung der Vollmacht und/oder dem Beginn der Tätigkeit des Bevollmächtigten. Dazu wurden schon Regelungen vorgeschlagen.

⁴ Kurze, Vorsorgerecht, 2. Auflage, § 662 BGB Rn. 2 ff.

⁵ Kurze, Vorsorgerecht 2. Auflage, § 662 BGB Rn. 15-19.

Ergänzend könnte geregelt werden in einem neuen § 1820 Abs. 2 BGB: „**Der Vollmachtgeber kann dem Bevollmächtigten auferlegen, zu Beginn der Tätigkeit ein Verzeichnis über seine wesentlichen Vermögensbestandteile zu fertigen und beim Betreuungsgericht zu hinterlegen.**“ Sollte der Bevollmächtigte dies nicht getan haben und kommt es zu einer Anregung einer Kontrollbetreuung, würde grundsätzlich schon dieses Pflichtversäumnis die Anordnung der Kontrollbetreuung rechtfertigen.

Angebliche **Schenkungen** sind ein erhebliches Problem bei Vorsorgestreitigkeiten. Beschränkungen können allerdings schnell die Handhabung der Vollmacht auch im Außenverhältnis erschweren. Eine Klarstellung könnte aber hilfreich sein, z.B. die Beweislast regeln. So könnte in dem neuen § 1820 Abs. 1 BGB noch ein weiterer Satz eingefügt werden nach der Klarstellung des Auftragsverhältnisses: „**Zu Schenkungen, die über Gelegenheitsgeschenke hinausgehen, ist der Beauftragte im Zweifel nicht beauftragt.**“ Diese Formulierung ermöglicht eine individuelle, abweichende und öffnende Regelung. Der Bevollmächtigte müsste sie aber beweisen. Mit der Wortwahl „beauftragt“ sollte klargestellt sein, dass sich aus dieser Regelung im Außenverhältnis keine Beschränkung ergibt. Die Leichtläufigkeit der Vollmacht sollte erhalten bleiben. Nicht gänzlich auszuschließen ist allerdings, dass bei z.B. Banken, welche Überweisungen ausführen sollen, schneller eine Ausführung abgelehnt wird. Es kann – fälschlicherweise – befürchtet werden, dass der Bank später vorgeworfen wird, einen offensichtlichen Missbrauch durch einen Verstoß gegen das Schenkungsverbot nicht gesehen zu haben.

Es bleibt zudem bei der Feststellung, dass eine konkrete und individuelle Regelung des Innenverhältnisses die bessere Lösung ist.

Die hier angeführten Vorschläge würden eine Pflicht zur Regelung des Innenverhältnisses überflüssig machen. Wenn keine Regelung getroffen wird, gelten die gesetzlichen Vorschriften. Eine Verpflichtung zur Regelung erscheint ohnehin schwer zu spezifizieren und zu sanktionieren.

Entgegengewirkt sollte Gestaltungsbestrebungen, die eine nachträgliche Kontrolle zu Lasten von Erben oder auch Kontrollbetreuern vereiteln sollen. So wird die Deklaration von Auskunfts- und **Rechenschaftsansprüchen** als höchstpersönlich, jedenfalls der **Ausschluss** für Erben als zulässig angesehen. Damit wird Missbrauch begünstigt.

Sollen die Erben nach dem Willen des Vollmachtgebers nichts erhalten, können sie enterbt werden. Wenn dies z.B. aufgrund einer bindenden letztwilligen Verfügung nicht möglich ist, sind diese aber auf Rechte gegenüber dem Bevollmächtigten angewiesen. Sind diese Rechte

ausgeschlossen, wirkt dies allein zu Lasten der Erben, was also kollusiv von Erblasser und Bevollmächtigten bewirkt werden könnte.

Eine Regelung könnte als weitere Ergänzung des § 1820 Abs. 1 BGB neu wie folgt lauten: „**Ein Ausschluss der Rechte aus § 666 zu Lasten Dritter ist unzulässig.**“ Eine Beschränkung bzw. Modifizierung der Rechte ist damit ebenso möglich wie ein Ausschluss für sich selbst. Der Anspruch in seinem Kern ist aber weiter vorhanden und über wesentliche Verfügungen muss Auskunft gegeben werden.

Frage 10: Sehen Sie Bedarf für die Einführung differenzierter Vorsorgeinstrumente, die in den Anforderungen und Kontrollmechanismen abgestuft sind? Wenn ja, wie könnten diese ausgestaltet sein?

Mit der **Betreuungsverfügung** besteht die Möglichkeit, Anweisungen zu geben, auch wenn keine Vollmacht erteilt wird. Dieses Instrument wird recht wenig genutzt, obwohl es die Arbeit der Betreuer verbessern könnte. Eine weitgehend undifferenzierte, betreuungsablehnende Darstellung in Vorsorgeratgebern sollte überdacht werden. Ein Betreuer ist fast immer besser als ein missbrauchender Bevollmächtigter.

Komplex 3 – Staatlicher Schutz durch betreuungsrechtliche Instrumente:

Frage 11: Sind die Möglichkeiten zur **Beratung** von Vollmachtgebern und Bevollmächtigten sowie die Beratung, Begleitung und Qualifizierung von Bevollmächtigten ausreichend gesetzlich geregelt? Oder sollte eine Pflichtberatung bei Errichtung eingeführt werden (Modell Österreich, vgl. § 262 Absatz 2 ABGB)?

Anlehnend an die Ausführung zu einer qualifizierten Prüfung bezüglich der Geschäftsfähigkeit (s.o. zu Frage 1) erscheint eine verpflichtende Beratung **sinnvoll**. So ist beispielsweise eine passende Regelung des Innenverhältnisses (Auskunfts- und Rechenschaftspflichten, Vergütung, Schenkungen) wichtig, wie auch klare Regelungen bei mehreren Bevollmächtigten, missbrauchserschwerende Gestaltungen (z.B. keine Immobilienverfügungen) und Begleitmaßnahmen wie Informationen für den Bevollmächtigten, Notfallkarten usw.

Frage 12: Wie kann ggf. ein erleichterter Zugang zu qualifizierter Beratung im Hinblick auf Vorsorgeinstrumente erreicht werden?

Es wird **dringend** die Einrichtung einer **Anlaufstelle** für Verdachtsfälle von Vollmachtmissbrauch gefordert. Durch eine Zuweisung als Aufgabe an die Betreuungsbehörden wäre dies einfach und ohne die Schaffung neuer Strukturen möglich.

Ergänzt werden sollte **§ 5 BtOG** durch einen **Absatz 3**: „**Die Behörde berät und unterstützt Vollmachtgeber und Dritte bei dem Verdacht, dass der Bevollmächtigte die Angelegenheiten des Vollmachtgebers nicht entsprechend der Vereinbarung oder dem erklärten oder mutmaßlichen Willen des Vollmachtgebers besorgt.**“ Die Formulierung ist an § 1820 Abs. 3 BGB angelehnt.

Angehörige und Zugehörige von Menschen, die mutmaßlich Opfer eines Vollmachtmissbrauchs sind, sind heutzutage noch stark auf sich gestellt. Ihnen fehlen häufig die Kompetenz und Kenntnisse, um gegen den Missbrauch vorzugehen und bei dem Betreuungsgericht und/oder den Strafermittlungsbehörden wesentliche Schritte zu erreichen. Zur Beauftragung von Rechtsanwälten fehlen finanzielle Mittel. Eine Anlaufstelle kann die richtigen Schritte vermitteln und wird im Einzelfall auch selbst z.B. ein Betreuungsverfahren initiieren.

Zudem würden so konkrete und allgemeine Aufklärungsschritte ermöglicht. Konkret könnten die Betreuungsbehörden feststellen, wenn bestimmte Personen oder Personengruppen mehr

als einmal auffällig werden. Allgemein-gesellschaftlich könnte der Umfang des Problems des Vollmachtsmissbrauchs deutlich besser erfasst werden.

In der Gesetzesbegründung sollte klargestellt werden, dass auch Kreditinstitute und Ärzte sich an die Behörde wenden können, sie insofern **keiner Schweigepflicht** unterliegen. Dies ist nach wohl hM schon heute so, da bei einem Missbrauch der Vertretungsmacht eine Rechtfertigung oder sogar eine Fürsorgepflicht gegeben ist. Dies wird aber nicht bei allen Kreditinstituten so gesehen und gehandhabt.

Frage 13: Bedarf es - unterhalb der Schwelle zur Anordnung einer Kontrollbetreuung - der Einführung weiterer Instrumente zur **Kontrolle** der Ausübung der Tätigkeit des Bevollmächtigten für den Fall der fehlenden Handlungsfähigkeit des Vollmachtgebers? Wenn ja, wie könnten diese aussehen?

Hier sei auf die Forderung nach einer Anlaufstelle bei Vollmachtsmissbrauch bei den Betreuungsbehörden verwiesen.

Ansonsten sollte bei einer guten Gestaltung auf einen unabhängigen Kontrollbevollmächtigung mit entsprechenden Informationen und einer Regelung des Innenverhältnisses geachtet werden. Dies kann wohl weniger durch gesetzliche Regelungen erreicht werden, als durch Änderungen in Ratgebern sowie Schulungen der beratenden Personen (Rechtsanwälte, Notare, Betreuungsbehördenmitarbeiter).

Frage 14: Ist eine stärkere Kontrolle der Ausübung von Vorsorgevollmachten durch das Betreuungsgericht erforderlich, etwa durch eine Ausweitung der Genehmigungserfordernisse über §§ 1829 ff. BGB hinaus? Wenn ja, für welche weiteren Rechtshandlungen sollte mit welcher Begründung ein Genehmigungserfordernis geschaffen werden? Sollte es dem Vollmachtgeber möglich sein, z.B. für Immobilienverfügungen ein Genehmigungserfordernis anzuordnen?

Freiwilliges Genehmigungserfordernis

Es sollte dem Vollmachtgeber ermöglicht werden, Genehmigungserfordernisse anzuordnen. Dann könnte z.B. der Bevollmächtigte Immobilienverfügungen nur mit gerichtlicher Genehmigung vornehmen.

Ein Bevollmächtigter benötigte schon nach alter Rechtslage und benötigt nun weiter für bestimmte Maßnahmen wie die Unterbringung sowie eine ärztliche Zwangsmaßnahme eine gerichtliche Genehmigung. Dieses Instrument wäre also nicht insgesamt neu, sondern nur die Möglichkeit, dass der Vollmachtgeber die Genehmigungsbedürftigkeit anordnen könnte. Mit ihm könnte schwerwiegender Missbrauch in einigen Fällen vermieden werden.

Der Bevollmächtigte müsste eine betreuungsrechtliche Genehmigung beantragen, wenn er eine Immobilie verkaufen oder belasten möchte. Das Verfahren wird zwar schwerfälliger (uU Einschaltung eines Verfahrenspflegers) und ist teurer (Gutachten), es bringt aber Objektivität, Neutralität und Sicherheit mit sich. Für Notare, Gerichte, Makler und Käufer bedeutet es aufgrund der geübten Praxis bei Betreuungen keine Umgewöhnung.

Eine gesetzliche Regelung könnte in **§ 1820 Abs. 2 BGB**, angelehnt an § 1850 Nr. 1 BGB, als weitere Sätze eingefügt werden und lauten: **„Der Vollmachtgeber kann anordnen, dass sein Bevollmächtigter für Verfügungen über ein Grundstück oder ein Recht an einem Grundstück der Genehmigung des Betreuungsgerichts bedarf. Die §§ 1855-1857 gelten entsprechend.“**

Frage 15: Mit welchen Maßnahmen könnten Betreuungsverfahren, die den Schutz von Vollmachtgebern zum Gegenstand haben, verbessert werden?

Die Ermittlungen der Betreuungsgerichte und -behörden in diesen Verfahren sind regelmäßig unzureichend und viel zu langsam.

Verbesserungen in der Form der **personellen Ausstattung sowie der Qualifikation** der bearbeitenden Personen sind dringend erforderlich. Dazu sollte in den Organisationen für Fortbildungen gesorgt werden sowie für eine angemessene Gewichtung dieser Fälle. Ein Missbrauchsfall verursacht schätzungsweise das 10-fache an Aufwand wie ein „normaler“ Betreuungsfall.

Auf gerichtlicher Ebene fehlt regelmäßig das Verständnis für diese Fälle. Es wird unzutreffender Weise reines Eigeninteresse unterstellt („Will nur erben.“) und die in diesen Fällen besonders eiligen und wichtigen Ermittlungen werden wegen den damit verbundenen Mühen nicht oder nur sehr zögerlich betrieben.

Ob insofern gesetzliche Maßnahmen angezeigt sind oder welche sonst wirken könnten, kann der Autor nicht beurteilen.

Es sollte **standardmäßig** ein **Verfahrenspfleger** bestellt werden. Missbrauchende Bevollmächtigte vermitteln oft einen Rechtsanwalt für den Vollmachtgeber, der dann nicht (nur) den Interessen des Vollmachtgebers folgt, jedenfalls wesentlich vom Bevollmächtigten beeinflusst wird. Dies ist keine ausreichende Unterstützung für den Vollmachtgeber. Trotz der Rechtsanwaltsbeauftragung sollte daher ein Verfahrenspfleger bestellt werden. Ergänzt werden kann **§ 276 Abs. 1 S. 2 FamFG durch eine Nr. 3: „oder die Bestellung eines Kontrollbetreuers oder eines Betreuers zum Widerruf einer Vorsorgevollmacht erfolgen soll.“**

Schließlich sollten **Angehörige** an dem Verfahren **beteiligt werden müssen**, zumindest auf Antrag. Dazu sollten Ehegatten, Eltern und Abkömmlinge durch eine Änderung des **§ 274 FamFG** auf Antrag beteiligt werden müssen. Damit wird soziale Kontrolle erst effektiv. Zumindest sollte dies für Verfahren mit dem Antrag der Einrichtung einer Kontrollbetreuung oder einer Betreuung zum Widerruf einer Vorsorgevollmacht gelten.

Frage 16: Haben Sie bereits Erfahrungen mit der Wirksamkeit der Kontrollbetreuung insbesondere nach den hierzu am 1.1.2023 in Kraft getretenen Änderungen dieses Instruments gemacht und wie bewerten Sie die Wirksamkeit der Regelungen in § 1820 Absatz 3 bis 5 BGB?

Die **Voraussetzungen** für die Kontrollbetreuung und für einen Widerruf sind **zu hoch**. Dies hat sich nach hiesiger Einschätzung vor und nach der Reform nicht geändert. Etwas verbessert scheint sich die Kenntnis bei Richtern und anderen Stellen zu haben, dass es überhaupt solche Maßnahmen wie die Kontrollbetreuung gibt.

Es wird vorgeschlagen, zur **Kontrollbetreuung** in **§ 1820 Abs. 3 Nr. 2 BGB neu** zu formulieren, wie folgt: **„Anhaltspunkte dafür vorliegen, ...“** (statt „aufgrund konkreter Anhaltspunkte davon auszugehen ist, ...“).

Die Befugnisse des Kontrollbetreuers sollten immer auch die Geltendmachung von Rechten gegenüber Dritten umfassen, so dass **§ 1815 Abs. 3 BGB** wie folgt neu formuliert werden sollte: **„... die Aufgabenbereiche der Geltendmachung von Rechten des Betreuten ge-**

genüber seinem Bevollmächtigten und der Geltendmachung von Auskunfts- und Rechenschaftsansprüchen des Betreuten gegenüber Dritten übertragen werden (Kontrollbetreuer)“ (statt „die Aufgabenbereiche der Geltendmachung von Rechten des Betreuten gegenüber seinem Bevollmächtigten *sowie zusätzlich* der Geltendmachung von Auskunfts- und Rechenschaftsansprüchen des Betreuten gegenüber Dritten übertragen werden (Kontrollbetreuer)“).

Der Widerruf sollte erleichtert und § 1820 Abs. 5 BGB umformuliert werden wie folgt: „... **widerrufen, wenn das Festhalten an der Vollmacht eine künftige Verletzung der Person oder des Vermögens des Betreuten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit befürchten lässt und mildere Maßnahmen nicht zur Abwehr eines Schadens für den Betreuten geeignet erscheinen.**“ (statt „... widerrufen, wenn das Festhalten an der Vollmacht eine künftige Verletzung der Person oder des Vermögens des Betreuten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit *und in erheblicher Schwere* befürchten lässt und mildere Maßnahmen nicht zur Abwehr eines Schadens für den Betreuten geeignet erscheinen.“). Dass es sich insofern nicht um unerhebliche Schäden handeln darf, ist selbstverständlich. Ein Handeln gegen den (mutmaßlichen) Willen des Betreuten wird ohnehin vorausgesetzt. Kleinere Schäden können vom Vollmachtgeber einkalkuliert worden sein. Dieser Maßstab ist also ohnehin anzulegen.

Die **Begründung** für diese Vorschläge ist, dass die **Verfahren** zum Schutz eines Vollmachtgebers **zu lange dauern**, die Ermittlungen der Betreuungsgerichte und -behörden meist zu wenig ergeben und die **Anforderungen** an andere Beteiligte **zur Darlegung von Misständen überspannt** werden.

Die vollmachtmissbrauchenden Bevollmächtigten (**Täter**) haben **Herrschaftswissen** und regelmäßig Herrschaft über den Vollmachtgeber sowie die ihn betreffenden Informationen und seine Vermögensgüter. Für Außenstehende (z.B. **Familienangehörige**, frühere Bevollmächtigte) sind Informationen regelmäßig kaum zu erlangen, da sie **ausgeschlossen** werden (s.o. zu Frage 1, einleitende Anmerkungen). Banken und Ärzte dürfen ihnen keine Auskunft geben, in die Wohnung bzw. das Haus des Betroffenen kommen sie meist nicht mehr hinein.

Trotzdem verlangen Betreuungsgerichte von den Personen, welche eine Kontrolle anregen, regelmäßig umfassende Darlegungen und besser noch Beweise für einen Missbrauch. Anhaltspunkte sind meist vorhanden. Mit Belegen untermauert werden können diese naturgemäß regelmäßig nicht. Die Betreuungsbehörden ermitteln ebenso wie die -gerichte meist wenig, erforschen und erhalten (auf welcher Grundlage auch?) selten neutrale Informationen

vom Bevollmächtigten oder Dritten, wie Banken. Insofern können die Voraussetzungen für die Einrichtung einer Kontrollbetreuung oder zum Widerruf einer Vollmacht schwer erfüllt werden. Daher sollten die Voraussetzungen weniger hoch sein.

Der **Kontrollbetreuer** kann damit schneller tätig werden und selbst ermitteln. Sollte sich der Verdacht nicht erhärten, ist eine Aufhebung der Betreuung möglich.

Zudem sollte der Kontrollbetreuer **immer** bei Banken etc. **Informationen** einholen können. Anders ist eine effektive Kontrolle nicht möglich. Der Bevollmächtigte, der es zu einer Kontrollbetreuung hat kommen lassen, ist von sich aus nicht offen und kooperativ. Der Kontrollbetreuer braucht also andere Quellen und sollte daher immer **bei Dritten** nachfragen können. Der Zeitverlust und das damit (aufgrund des Versterbens des Vollmachtgebers) oft eintretende Leerlaufen der Kontrolle sind unnötig und rechtsstaatlich bedenklich.

Beim **Widerruf** sind die Hürden durch das Genehmigungsbedürfnis ohnehin hoch, so dass ein voreiliges Handeln weitgehend ausgeschlossen ist. Zum Schutz des Betroffenen ist aber ein schnelles und unterbindendes Handeln wichtig.

Frage 17: Sind die bestehenden **strafrechtlichen** Regelungen zum Schutz älterer Menschen vor Eigentums- und Vermögensdelikten mit Hilfe von Vorsorgevollmachten ausreichend oder besteht gesetzlicher Änderungs- bzw. Ergänzungsbedarf (z.B. Streichung des Antragserfordernisses nach § 247 StGB)?

Eine Streichung des Antragserfordernisses gem. § 247 StGB für die hier einschlägigen Taten wird **befürwortet**.

Denkbar ist auch die Einführung eines **eigenen Straftatbestandes** zum Schutz so genannter „vulnerabler Personen“, da die allgemeinen Regelungen oft als nicht passend erscheinen.

Schließlich ist auch an einen besseren, strafrechtlichen Schutz vor der unbefugten **Verbringung** von Erwachsenen zu erwägen.

Der Autor als Zivilrechtler möchte sich an dieser Stelle mit konkreten Vorschlägen zurückhalten. Die Berichte und Erfahrungen in diesen Fällen zeigen aber **erheblichen Handlungsbedarf**, da Taten selten konsequent verfolgt werden, oft sogar kaum ermittelt wird.

Hingewiesen werden soll darauf, dass die Verfolgung bei Anzeigen **wegen falscher Eidesstattlicher Versicherungen** hier als zumindest zögerlich wahrgenommen wird. In Prozessen vor der ordentlichen Gerichtsbarkeit sind Auskünfte regelmäßig zentral. Anders können Vermögensverfügungen nicht nachvollzogen werden. Allerdings geben zivilrechtlich verurteilte Bevollmächtigte oft wider besseres Wissen keine oder unvollständige Auskünfte, aber versichern deren Vollständigkeit an Eides statt. Die Eidesstattliche Versicherung ist eines der wenigen Mittel des Auskunftsbeghernden. Wenn diese falsch abgegeben werden kann, weil eine Strafverfolgung kaum zu befürchten ist, laufen die berechtigten Ansprüche des Vollmachtgebers bzw. seines Rechtsnachfolgers leer.

Frage 18: Welche bislang noch nicht genannten Ansätze zum Schutz der vollmachtgebenden Person sind für Sie denkbar?

Bevollmächtigung von Pflegepersonen

In der Reform wurde der Kreis der (Pflege-)Personen, deren Bevollmächtigung eine Betreuung nicht grundsätzlich ausschließt, sinnvollerweise deutlich ausgeweitet (von § 1897 Abs. 3 BGB a.F. zu § 1816 Abs. 6 BGB iVm § 1814 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 BGB).⁶ So geht es nicht mehr nur um Angestellte von Einrichtungen, in denen der Betroffene wohnt, sondern auch um andere Versorgende wie Mitarbeiter von ambulanten Pflegediensten.

Allerdings enthält § 1816 Abs. 6 BGB in Satz 2 eine Öffnungsklausel bei fehlender Interessenkollision in Bezug auf den Arbeitgeber. Dies ist nach hier vertretener Ansicht verfehlt. Das dringlichere Problem, welches die Vorsorgebevollmächtigung solcher Personen problematisch erscheinen lässt, ist die Missbrauchsgefahr. Pflegekräfte erhalten regelmäßig einen tiefen Einblick in die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der versorgten und besonders vulnerablen Menschen. Sie wissen also, wann eine Einflussnahme lukrativ und ob und wie die gepflegte Person zu beeinflussen ist.

Daher wird vorgeschlagen **§ 1816 Abs. 6 S. 2 BGB zu streichen**. Dies wäre eine klare Regelung, nach welcher solche Personen (bei denen nach hiesiger Meinung grundsätzlich ein Interessenwiderstreit besteht und bei denen die Missbrauchsgefahr deutlich erhöht ist) keine Betreuer für die Versorgten werden können und deren Bevollmächtigung zumindest eine Kontrollbevollmächtigung nicht grundsätzlich ausschließt. Die Vorsorgebevollmächtigung wäre weiter möglich, aber im Regelfall würde eine Kontrolle durch einen zusätzlichen Betreuer geschaffen.

⁶ BReg, BT-Drucks. 19/2445 (Gesetzentwurf), 233.

Weniger einschneiden und damit auch weniger wirksam wäre die Änderung und Ergänzung des § 1816 Abs. 6 S. 2 BGB zu folgender Formulierung: „**Dies gilt nicht, wenn die Gefahren einer Interessenkollision oder des Missbrauchs ausgeschlossen sind.**“ Die Anforderungen würden also strenger.

Zusätzlich oder alternativ kann die Anordnung einer Kontrollbetreuung erleichtert werden bei Pflegepersonen. Dazu könnte in § 1820 Abs. 3 BGB ein Satz 2 eingefügt werden wie folgt: „**Wurde eine in § 1816 Abs. 6 bezeichneten Personen bevollmächtigt, ist grundsätzlich ein Kontrollbetreuer zu bestellen.**“ Diese Fälle bergen eine erhöhte Gefahr, da die Vollmachtgeber unterstützungsbedürftig und insofern eingeschränkt sind und die Pflegepersonen regelmäßig neu in deren Leben sind und tiefe Einblicke haben. Schließlich kann erheblicher Druck durch die Abhängigkeitssituation ausgeübt werden.

Gesehen wird, dass in all diesen Fällen für die Pflegeperson die Möglichkeit besteht, bei einem „lukrativen“ Bevollmächtigungsfall durch Berufsaufgabe diese Sicherungselemente zu umgehen. Allerdings würde die Möglichkeit der (Kontroll)Betreuung weiter bestehen und der Gedanke der (neuen) Regelungen wäre in einem Betreuungsverfahren zu berücksichtigen und würde die Einrichtung einer (Kontroll)Betreuung wahrscheinlicher machen.

Abschließende Anmerkungen/Hinweise:

1. Dem Autor ist bewusst, dass es **keine** fundierte **wissenschaftliche Untersuchung** zum Umfang des Vollmachtsmissbrauchs gibt. Dies ist bedauerlich, war aber bislang wohl nicht zu ändern. Ein Nachholen würde sehr begrüßt werden.
Aber zum einen sind die Berichte und Zeugnisse von Missbrauch und Streitigkeiten bei Vorsorgevollmachten schon jetzt erheblich. Und zum anderen wäre es nicht angebracht, gänzlich untätig zu bleiben und keine Schutzmaßnahmen anzugehen, nur weil es an einer entsprechenden Studie fehlt.
2. Es wird davon ausgegangen, dass der größte Teil der Vorsorgebevollmächtigungen problemlos und ohne Missbrauch verläuft. Erheblich gefährlicher sind Bevollmächtigungen von Personen, die **keine Verwandten und keine Ehegatten** sind. Auf diesen sollte der **Schwerpunkt der Missbrauchsbekämpfung** liegen. Auch wenn dies nur 5 bis 10 Prozent aller Vorsorgebevollmächtigungen sein mögen, ergeben sie bei der riesigen Anzahl an Bevollmächtigung eine **große absolute Zahl**. Zudem sind die **Auswirkungen** der Missbräuche **enorm**. Finanziell geht es meist und schnell um mehrere hunderttausend Euro und mehr; persönlich reichen die Einschränkungen

von Vereinsamung bis zu gesundheitsgefährdender und lebensbeendender Schlechtversorgung.

Auch durch Ehegatten und (wohl mehr) unter Abkömmlingen, insbesondere bei mehreren Kindern, ist der Missbrauch aber kein seltenes Phänomen. Insofern sollten auch diese Konstellationen nicht außer acht gelassen werden.

3. Ein erheblicher, schon jetzt bestehender Weg des Missbrauches ohne Vorsorgevollmacht ist die **Eheschließung**. Sie hat erhebliche Wirkungen und ist oft einfacher möglich als eine Vollmachtserteilung, auch bei Geschäftsunfähigkeit (bzw. Eheunfähigkeit). „Eheschleicherei“ ist nicht Thema dieses Symposiums. Sie steht aber mit dem behandelten Problem in engem Zusammenhang und sollte daher dringend behandelt werden.
4. Schließlich gibt es **weitere Wege des Missbrauches**, die hier nicht erfasst wurden, wie z.B. die Erteilung von Bankvollmachten, die Erteilung einer Vollmacht nur zur Übertragung einer Immobilie oder das Bedrängen eines Geschäftsunfähigen, direkt Geld- oder Immobilienübertragungen vorzunehmen, die Bankkarte nebst PIN zu überlassen oder den Internetzugang zu ermöglichen. Auch diese sind bekannt und ihnen sollte begegnet werden.