

Stellungnahme als Sachverständige der Polizei Berlin

zum Fragenkatalog anlässlich des Symposiums

"Schutzmöglichkeiten bei der Vorsorgevollmacht – Herausforderungen für Staat, Notariat und Anwalt- schaft"

am 24. Februar 2024

Berlin, 12.02.2024

Polizei Berlin
Landeskriminalamt · LKA 222
Ansprechpartner: Annett Mau
Heinrich-Grüber-Str. 35, 12621 Berlin

Vorbemerkung

Bevor im Folgenden zu den aufgeworfenen Fragen aus Sicht der polizeilichen Praxis im einzelnen Stellung genommen wird, erlauben wir uns eine kurze Vorbemerkung.

Die Intentionen des Gesetzgebers, ein modernes, praktikables, an den Betroffenen orientiertes, kostenoptimales Betreuungsrecht zu schaffen, welches gleichzeitig den Anforderungen der UN-Behindertenrechtskonvention von 2006 (UN-BRK)¹ gerecht wird, kann von hier aus nur unterstützt werden. Der wesentliche Gedanke des neuen Betreuungsrechtes war insbesondere die Stärkung der Selbstbestimmung der Betroffenen und die Fokussierung auf den Wunsch (Willen) der Betroffenen als Handlungsleitlinie staatlicher Eingriffe. Demzufolge wurden die Regelungen privatautonomer Vorsorge in den Vordergrund und staatliches Handeln subsidiär nach hinten gerückt; gleichzeitig bestimmte Artikel 12 dieser UN-BRK „... dass geeignete und wirksame Sicherungen vorgesehen werden, um Missbräuche zu verhindern.“²

Als Polizei sind wir also genau hier die Ansprechpartner für die Frage, ob dieser Schutz gewährleistet wird, und die folgenden Antworten sind Ergebnis einer langjährigen Praxis, welche insbesondere die "Lücken des Gesetzes" in der tatsächlichen Anwendung aufzeigt. Denn die bestehenden privatrechtlichen Regelungen der Fürsorge, Hilfe und Betreuung in Form von Vorsorgevollmachten sind unüberwacht und ohne Kontrolle und schaffen so Tatgelegenheiten für Missbrauch besonders vulnerabler Personen. Häufig sind die Opfer sog. Hochalte (Ü80) mit kognitiven Einschränkungen (oft demenziell erkrankt), die aber rechtlich noch als geschäftsfähig gelten. Gemeint ist der sog. 'Graubereich', also der fließende Übergang zwischen Geschäftsfähigkeit und gerichtlich festgestellter Geschäftsunfähigkeit. In diesem Übergang sind die Opfer besonders verletzlich durch Manipulation, Abhängigkeit, Hilflosigkeit, Überforderung, kognitive Ausfälle/Einschränkungen usw., doch diese Verletzbarkeit ist für Außenstehende kaum erkennbar. Die vom Gesetzgeber für Volljährige vorausgesetzte, freie Willensbildung ist de facto nicht mehr gegeben, bzw. stark eingeschränkt; gleichwohl wird bis zur gegenteiligen Feststellung die Geschäftsfähigkeit angenommen. Die in dieser Zeit getroffenen Entscheidungen der Opfer sind deshalb schwer rückgängig zu machen und eben leider nicht immer durch tatsächlich freien Willen begründet.

Die Täter agieren zwar meist aus monetärem Interesse, hinterlassen aber bei den Opfern neben dem finanziellen Verlust zusätzlich Verletzungen durch physische und psychische Gewalt sowie Schäden durch Freiheitsberaubung, unterlassene Hilfeleistung, schlechte oder unterlassene Pflege und führen auch zum Verlust familiärer Bindungen, unwürdigem und einsamem Sterben. Die WHO spricht deshalb vom Elder Abuse³, einer Gewaltform, die in einer Vertrauensbeziehung auftritt – also der klassischen Pflegesituation. Die Erfahrung zeigt, dass eine strafrechtliche Sanktion faktisch nicht möglich ist, Ermittlungsverfahren regelmäßig mit Verfahrenseinstellungen und ohne Rückgewinnung des Taterlangten enden und die Opfer ohne Aussicht auf wenigstens zivilrechtliche Klärung entreichert zurückbleiben.

Dies geschieht leider im Einklang mit der Gesetzeslage und ist aktuell weder durch Polizei noch Justiz zu verhindern. Deshalb sind insbesondere *Änderungen der zivilrechtlichen Regelungen das Mittel der Wahl*, um **zur Wahrung der Selbstbestimmung, den Selbstbestimmenden im Zweifel auch vor sich selbst zu schützen**. Denn Selbstbestimmung setzt auch Selbstbestimmungsfähigkeit voraus.⁴

Aus diesen Erfahrungen konkrete Handlungsempfehlungen für den Gesetzgeber abzuleiten, ist jedoch von Seiten der Polizei nicht möglich – dies sollte Ergebnis eines wissenschaftlichen Diskurses sein. Insoweit sind unsere Ideen und Vorschläge lediglich als Anregung für diesen Diskurs zu betrachten.

Da die einzelnen Fragen nicht voneinander losgelöst zu beantworten waren, also Vorschläge von Alternativen etc. ggf. nur umsetzbar sind, wenn andere Parameter, Forderungen etc. ebenfalls geändert werden, haben wir ein Konzept – welches nur eine Skizze ist – an das Ende dieser Ausführungen gestellt.

¹ Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13.12.2006 (UN-BRK); in Kraft seit 03.05.2008

² ebenda

³ <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/abuse-of-older-people>; [25.10.2022]

⁴ BVerfG 19.01.1999. 1 BvR 2161/94, Rn 42

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?

Die Antwort lautet eindeutig: JA! Allerdings sind an diesbezügliche Feststellungen hohe Anforderungen zu stellen und nur von zertifizierten Ärzten durchzuführen. Maßstab hierfür könnten bspw. die Anforderungen der Deutschen Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie, Psychosomatik und Nervenheilkunde (DGPPN e.V.) für das Zertifikat "Forensische Psychiatrie"⁵ sein, wonach umfängliche theoretische als auch praktische Kenntnisse in diesem Bereich nachgewiesen werden müssen.

Die Praxis zeigt, dass Geschäftsfähigkeit häufig von Allgemeinmedizinern, Fachärzten oder Psychiatern aus rein medizinischer Sicht attestiert wird und die rechtlichen Fragen hinsichtlich freier Willensbildung ungenügend beachtet bleiben. Gerade diese Freiheit im Willensentschluss ist jedoch bei der Frage von Geschäftsfähigkeit maßgeblich. Der Fokus der ärztlichen Aufmerksamkeit liegt häufig auf differenzialdiagnostischen Abgrenzungen und daraus abzuleitenden Schlussfolgerungen, während in einer (forensischen) Begutachtung Differenzierungen nach rechtlichen Kategorien (hier insb. Freiheit der Willensbestimmung) vorgenommen werden müssen. "... *Zu klären ist der Aspekt der Freiheit, nicht der des Willens...*"⁶. Hierfür sind jedoch spezifische Kenntnisse und Qualifikationen notwendig.⁷ Insoweit kann ein Geschäftsfähigkeitsnachweis, welcher diesen Namen verdient, nur durch derart spezialisierte Fachkräfte erfolgen.

Es ist bekannt, dass nach § 280 FamG (und somit für alle Fragen der Geschäftsfähigkeit iZm Betreuung) diese Anforderungen an den Sachverständigen nicht gestellt werden; es reicht aus, dass dieser ein Psychiater bzw. Arzt mit entsprechender Erfahrung ist.⁸ Noch unbestimmter sind die Anforderungen in Verfahren nach dem Zivilprozessrecht, wonach die Auswahl eines Sachverständigen ohne nähere Qualifikationsanforderungen dem Gericht überlassen bleibt (§ 404 ZPO) sofern der Auserwählte über Sachverstand verfügt und beeidigt wurde. Fragen der Testierfähigkeit und Fragen zur Geschäftsfähigkeit bei Vertragsschluss wie bspw. bei Erbverträgen oder Immobiliengeschäften fallen bspw. unter Letzteres.

Eine angedachte, gesetzlich normierte Prüfpflicht hinsichtlich Geschäftsfähigkeit wäre somit in jeder Hinsicht zu begrüßen, bleibt jedoch wirkungslos, wenn sie nicht zugleich mit Formvorschriften für Vorsorgevollmachten flankiert wird. Solange – aufgrund der bestehenden Formfreiheit – jederzeit und überall eine Vorsorgevollmacht ungeprüft ausgefertigt, in den unstrittig geschäftsfähigen Zustand zurückdatiert und dann mit ärztlichen Attesten aus dieser Zeit „garniert“ werden kann, verlaufen Geschäftsfähigkeitserfordernisse im Sande, wenn sie nicht mit einer zeitgleichen Registrierung der Vorsorgevollmacht als Wirksamkeitsvoraussetzung verknüpft werden.

Der Einwand, dass damit die Niedrigschwelligkeit von Vollmachten eingebüßt wird und zusätzliche Kosten unvermeidbar wären, ist ebenfalls bekannt. Insoweit gehen hiesige Vorstellungen auch in die Richtung, *echte Vorsorgevollmachten* zu konzipieren und dabei insb. Formvorschriften gesetzlich zu normieren. Unter Beibehaltung der *normalen Vollmachten* nach § 164 BGB stünden dem Anwender verschiedene Auswahlmöglichkeiten offen. Wer den echten Schutz braucht und wünscht, kann (aber muss nicht) diese erhöhten Kosten und Aufwendungen wählen. Für eine Mehrheit der Vorsorgevollmachten ergäbe sich damit keine Veränderung, da vermutlich nur Menschen mit bestimmten Vermögenswerten hier sicheren Regelungsbedarf haben.

Nach derzeitiger Rechtslage besteht diese Wahlmöglichkeit bisher nicht. Wer sich nachhaltig – auch vor sich selbst – schützen möchte, kann es nicht!

⁵ bspw.: <https://www.dgppn.de/mitglieder/zertifizierungen.html>, [12.02.2024]

⁶ vgl. Cording C, Neopil N (2023) Psychiatrische Begutachtung im Zivilrecht. Ein Handbuch für die Praxis. (Hrsg.), S. 41ff.

⁷ bspw.: https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/BAEK/Themen/Aus-Fort-Weiterbildung/Weiterbildung/FEWP/FA_SP-WB/20230629_FEWP_Psychiatrie_und_Psychotherapie_SP_Forensische_Psychiatrie.pdf, [01.02.2024]

⁸ § 280 FamG Abs. 1: "Der Sachverständige soll Arzt für Psychiatrie oder Arzt mit Erfahrung auf dem Gebiet der Psychiatrie sein."

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?

Eine *Verbesserung der Prüfung durch Notare* wird aus den zur Frage 1 ausgeführten Gründen nicht favorisiert, sondern eine **grundsätzliche Änderung in der Verfahrensweise** (s. o.) als unabdingbar angestrebt.

"Man würde – völlig zu Recht – scharfe Kritik üben, wenn ein Facharzt für Psychiatrie lediglich auf der während einer notariellen Beurkundung in Erfahrung zu bringenden Tatsachenbasis ein Gutachten zur Testierfähigkeit erstellen würde; warum sollte also ein Notar das besser können?"⁹

Diese Einschätzung anerkannter Fachleute bringt eindrucksvoll auf den Punkt, was bisher kaum widersprochen in der Praxis täglich Anwendung findet. Insoweit kann eigentlich nur konstatiert und ehrlich eingestanden werden, dass eine echte Prüfung hinsichtlich Zweifel an Geschäftsfähigkeit von Notaren (und Standesbeamten usw.) nicht zu erreichen ist. Gleichwohl ist das Dilemma der Notare bekannt und deren Grundsatz in *dubio pro testamento* vollkommen nachvollziehbar.¹⁰ Eine *Verbesserung der notariellen Prüfung* ist daher wenig hilfreich. Eine formale Testung bzw. Forderung nach einfachen ärztlichen Attesten wären zwar denkbar – bleiben naturgemäß aber erheblich hinter den umfänglichen Anforderungen an einen Gutachter zurück. Dass diese so hoch sind, hat seine Gründe - insb. die Freiheit im Willensentschluss ist nur mit entsprechender Qualifikation überprüfbar. Es ist inkonsequent, wenn ein rechtlicher Betreuer (welcher außerdem noch gesetzlichen Pflichten und passender Kontrolle unterliegt) nur nach einer solchen Begutachtung¹¹, ein privat Bevollmächtigter (welcher bei seiner Existenz eine rechtliche Betreuung verdrängt und keinerlei Kontrolle unterliegt) aber nicht derartig hohen Anforderungen unterworfen ist¹² und somit der alleinige Schutz des Vollmachtgebers darin besteht, dass ein Notar über die notwendige Kompetenz verfügt, die Geschäftsunfähigkeit auszuschließen. Der Verweis auf den Unterschied zwischen den niedrigen Hürden für privatautonome Entscheidungen und der hohen Eingriffsschwelle für den Staat ist bekannt, greift aber zu kurz. Denn eben dieser Schutz der Privatautonomie verlangt in der Konsequenz, dass diese auch dann noch staatlich gewährleistet ist, wenn die privatautonome Person hierzu selbst nicht mehr im Stande ist.

Es besteht somit die Gefahr, dass eine Scheinsicherheit vorgegaukelt wird, wenn zukünftig allen (notariellen) Vorsorgevollmachten ein (haus)ärztlicher Bescheid über die Geschäftsfähigkeit beigelegt wäre. Vielmehr wäre sogar zu befürchten, dass solche einfachen Geschäftsfähigkeitsnachweise eine rückschauende Prüfung noch mehr als sonst erschweren oder sogar verhindern und der Schutz potentieller Opfer gar nicht mehr möglich ist. Denn mit dem Verweis auf ein derartiges (haus)ärztliches Attest sind Zweifel an der Geschäftsfähigkeit nachfolgend kaum noch anzubringen. Deshalb sollte das Verfahren grundsätzlich geändert werden.

Auch hier zeigt die Praxis, dass schon die bisherigen notariellen Feststellungen zur Geschäftsfähigkeit sogar bei begründeten Zweifeln nicht gerichtlich überprüft werden. Stattdessen wird darauf verwiesen, dass Notare oder Standesbeamte vor Vollzug des Rechtsaktes die Geschäftsfähigkeit geprüft und somit aktiv festgestellt hätten und damit die Geschäftsfähigkeit nicht mehr geprüft werden muss. Dies folgt dem Grundsatz der (im Zweifel) vorhandenen Geschäftsfähigkeit. De Facto stellt hier also ein Standesbeamter, ein Notar die Geschäftsfähigkeit fest, ohne hierfür hinreichend qualifiziert zu sein. Solcherlei – im Alltag praktiziertes - Vorgehen unterläuft die in anderen Fällen anzuwendenden hohen Anforderungen zur Feststellung von Geschäftsfähigkeit, wie sie bspw. einem Gutachter aufgetragen sind und führt so zur Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte.¹³

An diese Stelle sei angemerkt, dass (in den uns bekannten Fällen) die BetrG vollständig eine Geschäftsfähigkeitsprüfung unterlassen, wenn eine Vorsorgevollmacht existiert. Eine Prüfung, ob diese in einem

⁹ Cording C, Neopil N (2023) Psychiatrische Begutachtung im Zivilrecht. Ein Handbuch für die Praxis. (Hrsg.), S. 128

¹⁰ Beurkundungspflicht vs. haftungsrechtlicher Konsequenz bei Ablehnung (vgl. ebenda)

¹¹ in den Fällen, in denen sich die Betreuungsbedürftigkeit aus der möglichen Geschäftsunfähigkeit ergibt

¹² in den Fällen der Vollmachterteilung geht es natürlich um die Frage der (Noch)Geschäftsfähigkeit, aber in beiden Fällen geht es letztlich um die Frage der Geschäftsfähigkeit

¹³ Es steht zu erwarten, dass zukünftig auch die Beglaubigung durch Betreuungsbehörden dazu führen werden, vorgebracht Zweifel "im Keime zu ersticken" und Betreuungsgerichte mit dem Verweis auf derartige Beglaubigungen eine Prüfung der Geschäftsfähigkeit unterlassen.

geschäftsfähigen Zustand erstellt wurde, entfällt. Auch eingeleitete Betreuungsverfahren werden beendet, wenn nachfolgend eine – formfreie – Vorsorgevollmacht nachgereicht und von niemanden Einspruch erhoben wird.

Eine Änderung in der notariellen Praxis würde daher nach hiesiger Ansicht lediglich dazu führen, dass noch weniger gerichtlich kontrolliert würde, so dass eine angedachte *Verbesserung der Prüfung durch Notare* wenig Erfolg zu versprechen scheint.

Wenn jedoch keine grundsätzliche Änderung im Verfahren möglich ist, sollten Notare anhand eines standardisierten Fragekataloges die Lebenssituation und geistige Fitness prüfen. Vergleichbares findet bereits in verschiedenen Bereichen Anwendung. So bestehen Checklisten zum Erkennen von sexuellem Missbrauch von Kindern oder häuslicher Gewalt, die für Praxisanwender wie Erzieher, Pflegepersonen oder die Polizei entwickelt wurden.¹⁴ Dieser Fragenkatalog sollte insb. thematisieren und beinhalten:

- die Prüfung der Fremdbeeinflussung
- die Prüfung der emotionalen Ansprechbarkeit (überschießende Dankbarkeit, Ängste, Vertrauensseligkeit, pseudofamiliäre Beziehungskonstellation, mangelhafte Distanzierung und fehlende Reserviertheit)
- die Prüfung hinsichtlich "Fassadenbildung", "sozialer Erwünschtheit", Erwartungshaltungen, Konfliktvermeidung
- die Prüfung der freien Willensbestimmung, wonach der Betroffene
 - o fähig ist zu einer dem allgemeinen Verkehrsverständnis entsprechenden Würdigung der Außendinge und Lebensverhältnisse
 - o die Gründe für und gegen Entscheidungen sich vergegenwärtigen, abwägen und benennen kann
 - o sich daraus nach eigener Überlegung ein Urteil bilden kann
 - o sich an Sachverhalte und Ereignisse erinnern, aktuelle Informationen aufnehmen und verarbeiten sowie Zusammenhänge erfassen kann¹⁵

und wäre für sämtliche Komplexe mit detaillierten Fragen als Multiple-Choice-Verfahren durch forensische Spezialisten zu konzipieren (siehe Frage 1)¹⁶.

Ergänzt werden müsste dieser Fragebogen mit einer aussagekräftigen Beschreibung des Verhaltens der Betroffenen bei der Beantwortung (nicht Darstellung von Rückschlüssen!); also die Dokumentation des Geschehens, die zur Beurteilung durch den Notar führen, dass Geschäftsfähigkeit bzw. Geschäftsunfähigkeit vorliegt.

Begründet diese Testung Zweifel an der Geschäftsfähigkeit, ist zwingend eine Begutachtung zu normieren und wären Notare von Haftungsfolgen zu befreien. Diese "Checkliste" muss darüber hinaus Bestandteil der Beurkundung werden und zusammen mit einer ausführlichen Dokumentation über den Prüfprozess für eventuell nachträgliche Begutachtungen vorgehalten werden.

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

Bezogen auf eine *echte Vorsorgevollmacht* (siehe Frage 7): Ja, mit den o. g. gleichen Anforderungen wie bei Frage 1.

¹⁴ bsph. Verdachts-Index Misshandlung im Alter (VIMA) https://www.mcgill.ca/familymed/files/familymed/easi_german_version_2013.pdf, [05.02.2024]

¹⁵ vgl. u.a. BayObL 14.09.2001, 1Z BR 124/00, OLG München 14.08.2007, 31 Wx 16/07, Hans. OLG 10.05.2012, 2W 96/11

¹⁶ Fragen eines klassischen MMST (Mini-Mental-Status-Test) könnten hierfür eine Grundlage bieten; müssten jedoch insb. hinsichtlich Willensfreiheit weiterentwickelt werden. vgl. <https://www.pflege.de/krankheiten/demenz/test/mmst/>, [05.02.2024]

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

Nach hiesiger Einschätzung sind keine verlässlichen Maßnahmen denkbar.

Allenfalls könnten bessere Voraussetzungen für eine nachträgliche Prüfung geschaffen werden:

- So sollten bei Errichtung einer Vorsorgevollmacht biographische Daten benannt und dokumentiert werden. Damit wären Angaben von Betroffenen im Rahmen einer Begutachtung auf sachliche Richtigkeit überprüfbar.¹⁷
- Angehörige, langjährige Bekannte, Freunde sollten aus gleichem Grund am Verfahren beteiligt werden und deren Beziehung nicht der Einwilligung des Betroffenen unterliegen, so dass dessen Angaben nicht unwidersprochen bleiben.¹⁸
- Eine regelmäßige und zusammenhängende ärztliche Dokumentation untermauert die behauptete Geschäftsfähigkeit.

Komplex 2 – Schützende Vorgaben durch Vollmachtsgestaltung:

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?

Es sollten Formvorschriften normiert werden:

- (hand)schriftliches Innenverhältnis mit Pflichten und Grenzen
- zertifizierter Geschäftsfähigkeitsnachweis
- Registrierungszwang und Meldepflicht an BetrG (siehe Frage 6)

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)?

Die Registrierungspflicht als Wirksamkeitsvoraussetzung sollte zwingend sein.

Diese Registrierung sollte mit einer Information an das zuständige BetrG flankiert werden (Meldeverpflichtung). Sehr häufig geschehen Missbräuche unter Widerruf bereits bestehender Regelungen und Vorsorgevollmachten, ohne dass die vormalig eingesetzten Bevollmächtigten hierüber in Kenntnis gesetzt wurden. Damit können Täter handeln, ohne eine Kontrolle befürchten zu müssen. Eine reine Registrierung ohne entsprechende Information an die bestehenden Vollmachtinhaber bzw. alternativ die BetrG verhindert noch keinen Missbrauch. Hier wäre ggf. auch die Idee des *Gültigkeitsregisters* aufzugreifen, wonach Vollmachten (und Erbscheine) elektronisch abrufbar wären¹⁹ wobei hier dann insb. die angemahnten Formvorschriften zwingend werden.

¹⁷ In den kriminalpolizeilichen Ermittlungen werden nicht selten erst über solch überprüfbare Unstimmigkeiten kognitive Mängel sichtbar.

¹⁸ In nicht wenigen Fällen behaupten die Betroffenen plötzlich langjährige Bekanntschaften, zerrüttete Verhältnisse zu Angehörigen, Lebenspartnerschaften, Auslandsaufenthalte etc., welche tatsächlich nicht stattfanden, aber eine kohärente Erzählung / Begründung ergeben, welche scheinbar die Geschäftsfähigkeit des Betroffenen belegen. Häufig führen erst solche Korrekturen durch Angehörigen zu einer Überprüfung der Geschäftsfähigkeit.

¹⁹ vgl.: https://www.bnotk.de/fileadmin/user_upload_bnotk/Pressemitteilungen/2020/Machbarkeitsstudie_Das_Blockchain-basierte_Gueltigkeitsregister.pdf, [12.02.2024]

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?

Um die Niedrigschwelligkeit zu erhalten und dennoch gleichzeitig eine echte Sicherung der eigenen **Vorsorgeregulungen** zu ermöglichen, wäre aus polizeilicher Sicht eine gesetzliche Definition von Vorsorgevollmachten mit normierten Formvorgaben notwendig.

Dabei ist insbesondere nötig, Vollmachten, die in der Zielrichtung die **Vorsorge für den Fürsorgefall** betreffen, gesetzlich zu bestimmen und sie dadurch von einfachen Vollmachten – wie sie üblicherweise zur Bewältigung im Alltag eingesetzt werden - unterscheiden zu können. Hierfür wäre der bisherige §164 BGB zu erweitern/abzugrenzen (bspw. § 164a BGB für *normale Vorsorgevollmachten*) und eine *echte Vorsorgevollmacht* im Betreuungsrecht (bspw. vor oder im § 1814 BGB) zu normieren. Damit stünden den Betroffenen dann zwei Möglichkeiten offen:

Normale (Vorsorge)vollmacht nach § 164a BGB (neu)

- niedrigschwellig, frei gestaltbar
- jederzeit verfügbar
- formfrei und nach Bedarf einsetzbar
- neu: Registrierungszwang und Meldepflicht

Echte Vorsorgevollmacht (vor/im § 1814 BGB)

- definiert vor/im neu zu fassenden § 1814 BGB
- prinzipieller Vorrang dieser Vollmacht vor Vollmachten nach § 164a BGB (s.o.)
- Formvorschriften siehe Frage 5
- erstmaliger Einsatz bestimmt den Vorsorgefall
- Widerruf nur
 - bei erneutem zertifizierten Geschäftsfähigkeitsnachweis
 - oder mit Zustimmung des Bevollmächtigten
 - oder nach Prüfung und Entscheidung durch BetrG
- Normierung einer Handlungspflicht für den Vollmachtnehmer, d. h. vorsätzliches Unterlassen notwendiger Maßnahmen wäre eine Pflichtverletzung
- Einwilligungsvorbehalt (vergleichbar § 1825 BGB)
 - bei nachgewiesener Geschäftsunfähigkeit,
 - bei Zustimmung des Vollmachtgebers
 - auf Antrag des Bevollmächtigten und Prüfung durch BetrG

Bei Kollision beider Vollmachten wird nach dem Hierarchie-Prinzip die Entscheidung dem Inhaber der *echten Vorsorgevollmacht* übertragen. Dieser kann – muss aber nicht – eingreifen und bleibt auf diese Weise handlungs- und kontrollfähig. Damit wäre weiterhin die Privatautonomie gewährleistet, die Niedrigschwelligkeit erhalten und dennoch eine sichere und wirksame Kontrolle möglich. Der Vollmachtgeber kann jederzeit und weiterhin Vollmachten zum Handeln ausfertigen (Behördenangelegenheiten, Pflege usw.), sich aber durch eine derartige *echte Vorsorgevollmacht* im Zweifel auch vor sich selbst schützen und echte Kontrolle ermöglichen.

Wichtig wäre aus hiesiger Sicht, eine Regelung vergleichbar dem Einwilligungsvorbehalt nach § 1825 BGB zu normieren. Ohne diesen kann ein *echter Vorsorgevollmachtinhaber* nicht wirksam eingreifen, sollte der – geschäftsunfähige – Vollmachtgeber selbstschädigend handeln.

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?

Eine Anzeigepflicht zum Eintritt des Vorsorgefalls bzw. Aufnahme der Tätigkeit als Wirksamkeitsvoraussetzung wäre hilfreich und daher zu empfehlen – allerdings ohne weitere Leitplanken wirkungslos. Mit der Anzeigeverpflichtung kann der unlautere Vollmachtnehmer – wie derzeit gängige Praxis - nicht mehr „Nichtwissen“ hinsichtlich *Eintritt Vorsorgefall* vorbringen oder gar eigenes Handeln bestreiten. Eine von ihm vorgenommene Vertretungshandlung wäre somit ohne Anzeige unberechtigt und ggf. auch strafrechtlich bedeutsam. Dies verlangt jedoch gleichzeitig auch nach einem normierten Einwilligungsvorbehalt und einer daraus abgeleiteten Handlungspflicht für den Vollmachtnehmer. Damit wäre die gängige Behauptung – der Vollmachtgeber habe selbst schädigend gehandelt – nicht mehr vorbringbar.

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?

Eine gesetzliche Forderung nach Regelung des Innenverhältnisses ist unabdingbar für *echte Vorsorgevollmachten*. In jedem Fall wäre

- die Schriftform
- der Umfang der zu übernehmenden Tätigkeit
- die Benennung der konkreten Pflichten und Grenzen des Handelns
- Erklärungen zur Vergütung/ Aufwandsentschädigung für den Vollmachtnehmer
- Erklärungen zu Schenkungen zu Umfang und Grenzen
- Vorgaben zur Verwendung der Mittel

zu normieren.

Sofern dies gegeben ist, wären die bestehenden Regelungen zu Auskunft, Herausgabe, Schadensersatz usw. besser anwendbar und griffen u. U. die bestehenden Strafnormen wieder.

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?

Denkbar wären gesetzlich **normierte Buchführungspflichten** und/oder eine **Beweislastumkehr**²⁰, die aber nicht zwangsläufig jeden Vollmachtnehmer belasten. Denn nach dem Grundsatz: *Wo kein Kläger, da kein Richter* gäbe es nur im Streitfall eine Beweislastumkehr. Wenn der Vollmachtnehmer sich von vornherein jede Verfügung zurechnen lassen muss, ist er in der Beweispflicht, die Wünsche des Vollmachtgebers umgesetzt zu haben. Er hat es in der Hand, entsprechende Belege vorzuhalten oder es zu unterlassen. Dann trifft ihn jedoch im Fall des Falles die Haftung. Vergleichbares gilt für die gesetzlichen Betreuer und jeden Buchhalter, der mit fremden Geld arbeitet. Auch Haushaltsbücher sind keine neue Erfindung. Der Aufwand dürfte sich in Grenzen halten, denn die meisten Verfügungen sollten per Überweisung / Lastschrift erfolgen, stehen regelmäßig und wiederkehrend an und werden bereits heute idR per Einzugsverfahren bzw. Dauerauftrag dokumentiert. Belegsaufwendungen ergeben sich somit nur bei unregelmäßigen Verfügungen und Barabhebungen.

²⁰ Vergleichbares hat der Gesetzgeber im Bereich des Arzthaftungsrechts ermöglicht. Vgl. BT-Drs. 17/10488, S. 27 <https://dserver.bundestag.de/btd/17/104/1710488.pdf>, [05.02.2024]

Ein generelles **Verbot der Befreiung nach § 181 BGB bei Vorsorgevollmachten** wäre ebenso hilfreich; Ausnahmen als Einzelfälle sind separat und konkret, (hand)schriftlich und vorab (!) zu benennen. Allerdings gilt für derartige Ausnahmefälle (wie generell), dass eine solche Regelung nur wirksam wäre, sofern für Vorsorgevollmachten und deren Innenverhältnisse Leitplanken (Geschäftsfähigkeitsnachweis, Registrierungszwang, beschränkte Widerruflichkeit usw.) entwickelt werden.

Vor dem Hintergrund des neuen Betreuungsrechts sind auch **vergleichbare Normierungen hinsichtlich Eheschließung** anzudenken. Wir stellen zunehmend fest, dass über die Eheschließung der Zugriff auf den eingeschränkt Geschäftsfähigen erfolgt und damit in noch weit stärkerem Maße außenstehende Kontrolle verhindert wird. Derzeit prüfen Standesbeamte, *ob der Betroffene das Wesen der Ehe verstehen kann*, was ein überschaubares Merkmal ist. Mit dem neu eingeführten Notvertretungsrecht erhält die Ehe jedoch eine größere Wirkmacht. Wir stellen fest, dass die Ehe wegen der damit einhergehenden Erbaussichten von Tätern zunehmend angestrebt wird. Deren Handeln als Ehegatte wird in der Folge überhaupt nicht mehr in Zweifel gezogen und ermöglicht alle Freiheiten. Denn wer kann noch prüfen, wo der Betroffene ist, wenn der Ehegatte die gute Unterbringung einfach behauptet? Die Schenkung als Ausdruck der Zuneigung naheliegt? Der Immobilienverkauf notwendig sei? Wer wüßte dies besser zu beurteilen, als ein Ehegatte? Das Einfallstor, um sich als potentieller Ehegatte anzubieten, ist die Vorsorgevollmacht, mit welcher der so ermächtigte Vollmachtnehmer den Zugang zum Vollmachtgeber erhält, Angehörige verdrängt, bestehende Kontrolle mindert, Abhängigkeit schafft und dann, als alleinige Bezugsperson, die Ehe fordert. Insoweit wäre auch für die Eheschließung eine tatsächliche, fachlich exakte Prüfung der Geschäftsfähigkeit unabdingbar. Es ist uns bewußt, dass dies nicht zu erreichen ist, da eine spezifische Ehefähigkeitsanforderung für eine bestimmte Altersgruppe gesetzlich nicht umsetzbar ist. Gleichwohl besteht hier ein ernstzunehmendes Problem.

Ebenfalls anzudenken wäre, eine zusätzliche Form der **Testierung mit zertifizierten Geschäftsfähigkeitsnachweis** einzuführen, wonach solche Testamente nach dem gleichen Hierarchieprinzip alle späteren Testamente nötigenfalls kassieren können. Um derartige *Testamente mit zertifizierten Geschäftsfähigkeitsnachweis* widerrufen zu können, muss der potentielle Erblasser erneut sich die Testierfähigkeit zertifiziert attestieren lassen, bzw. die Zustimmung des ursprünglichen (Haupt)erben einholen. Auch hier schlagen wir dies als zusätzliche Wahloption vor; niemand muss, aber jeder kann.

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)?

Zweck jeder Beratung ist es, Ratsuchenden Information, Wissen, Lösungsideen etc. anzubieten. **Aber Missbrauch aus fehlendem Wissen gibt es nicht; dies wäre ein Fehlgebrauch!** Missbrauch verlangt nach wissenden und wollenden Tun. Eine Pflichtberatung verhindert keinen Missbrauch und ist deswegen völlig ungeeignet (ebenso, wie die freiwillige Beratungsmöglichkeit). Im Übrigen: Was soll genau geraten werden, um Missbrauch zu verhindern? Der übliche Verweis, nur eine Person des (absoluten) Vertrauens zu wählen, läuft leer, wenn keine zusätzlichen Leitplanken gezogen und Vollmachten jederzeit „ausgehebelt“ werden können. Gleiches gilt für die Empfehlung, Ersatz- / Zweit- / Kontrollbevollmächtigte zu benennen.

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

s. o.

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?

Hilfreich wäre bereits das berühmte 4-Augen-Prinzip bei Übernahme der Bevollmächtigung/Verwaltung des Vermögens (Was ist an Vermögen da, wofür soll es verwendet werden?). Das zweite Paar Augen wäre dabei entweder der ohnehin benannte Ersatzbevollmächtigte/Zweitbevollmächtigte oder aber zwingend hinzuzuziehende Betreuungsvereine, ein Vertreter der Betreuungsbehörde o. Ä. Darüber ist ein Protokoll zu fertigen und verschlossen im BetrG zu hinterlegen, um so für den Streitfall Daten vorzuhalten. Nach der derzeitigen Rechtslage gibt der (unlautere) Vollmachtnehmer dem BetrG ungeprüft an, was an Vermögen da ist/war.

Auch gesetzlich vorgeschriebene Belegs- und Auskunftspflichten, die im Streitfall vorzulegen sind,²¹ ebenso wie ein schriftliches Innenverhältnis wären hilfreich – bleiben jedoch ohne Registrierungspflicht und Nachweis von Geschäftsfähigkeit nicht nur missbrauchbar, sondern führen vmtl. zu noch mehr unverfolgbaren Taten. Ohne solche Leitplanken bestimmt andernfalls der unlautere Vollmachtnehmer die Vorgaben; *führt er die Hand des Vollmachtgebers*.

An dieser Stelle sei erwähnt, dass auch die vorhandene Kontrollbetreuung einen Missbrauch nicht verhindert/verhindern kann. Denn auch ein Kontrollbetreuer ist (wie die Ermittlungsbehörden) von rekonstruier- und belegbaren Tatsachen abhängig, welche fehlen. Selten sind die den Vollmachten zugrundeliegenden Auftragsverhältnisse schriftlich fixiert (insb. nicht bei unlauter erworbenen Vollmachten) und noch weniger bei außenstehenden Dritten hinterlegt. Stattdessen erfolgen die Absprachen (Pflichten) mündlich, bzw. sind nur beim unlauteren Vollmachtnehmer verfügbar. Gleiches gilt für das immer bemühte 'Interesse' des Vollmachtgebers, welches - explizit gewollt – von dessen Wohl abzugrenzen ist:

"Wenn festzustellen ist, dass der Betreute aktuell zu einer freien Willensbildung nicht (mehr) in der Lage ist, darf nicht an dessen Stelle der Maßstab eines objektiven Wohls oder Interesses treten. Die Selbstbestimmung von Erwachsenen endet nicht mit dem Eintritt der Geschäfts- oder Einwilligungsunfähigkeit. [...] Aber auch dann, wenn die Fähigkeit zur freien Willensbildung aufgehoben ist, darf nicht auf ein objektives Wohl zurückgegriffen werden, sondern es sind die Wünsche und hilfsweise der mutmaßliche Wille des Betreuten zu beachten. Soweit im Gesetz vom „Willen“ gesprochen wird, ist damit der frei gebildete Wille gemeint. In § 1821 BGB-E wird nunmehr bewusst auf die Kategorie des Willens verzichtet und stattdessen ganz umfassend von den Wünschen gesprochen. Als Wünsche gelten dabei sowohl solche Äußerungen, die auf einem freien Willen beruhen, als auch solche, denen kein freier Wille (mehr) zugrunde liegt." ²²

Welche Wünsche der Vollmachtgeber hat, wird im Zweifelsfall nur vom unlauteren Vollmachtnehmer bestimmt, da bei Betroffenen nicht selten eine hohe Manipulierbarkeit besteht. *Abnorme Fremdbeeinflussbarkeit vermittelt sich über erhöhte emotionale Ansprechbarkeit bei reduziertem kognitiven Kontroll- und Kritikvermögen.*" ²³ Ein Widerspruch durch den Vollmachtgeber steht somit nicht zu erwarten. Denn

"Die Kranken lassen sich leicht zu dummen Geldanlagen und unangebrachten Schenkungen und Vermächtnissen verführen. Sie können Opfer von Erbschleichern und anderen Schwindlern werden, weil sie geschickten Beeinflussungen gegenüber widerstandslos sind."²⁴

"Typisch sind dysproportional überschießende Dankbarkeit für relativ kleine Gefälligkeiten und/oder ebenso überschießende Ängste, Unterstützung und Zuwendung zu verlieren,

²¹ Für jeden Steuerpflichtigen gilt Vergleichbares: Er muss – nur bei Anforderung – seine Angaben belegen können.

²² Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 25.06.2020. https://www.bmj.de/Shared-Docs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Vormundschaft_Betreuungsrecht.pdf?blob=publicationFile&v=3, S. 290 [04.11.2022] Auslassung durch Autorin.

²³ **Cording & Nedopil (2017)**, (Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung im Zivilrecht. Ein Handbuch für die Praxis. 2014 Pabst Science Publishers, 3. Auflage, S. 59.

²⁴ **Bleuler (1983)**, Lehrbuch der Psychiatrie. 15. Aufl. Springer, Berlin, Heidelberg, New York; Zitiert nach: **Cording & Nedopil (2017)**, S. 59.

eine unkritische Vertrauensseligkeit und die Tendenz, rasch pseudofamiliäre Beziehungskonstellationen herzustellen, also die konventionelle soziale Distanz und Reserve z. B. gegenüber Pflegepersonen oder Fremden nicht mehr so einzuhalten, wie es der prämorbidem Persönlichkeit entsprochen hätte."²⁵

Und schließlich, ganz banal: Wer bezeichnet dem Kontrollbetreuer eigentlich, welche Vermögenswerte ursprünglich mal vorhanden waren? Welche Interessen der Betroffene hat(te)?

Also woran misst sich die Kontrolle? Wie sollen die Rechte geltend gemacht und Interessen vertreten werden, wenn diese nicht bekannt bzw. Folge von Beeinflussung sind? Welche "Wünsche" sind tatsächlich echt, wenn der Betroffene sie jederzeit – und ohne sie schriftlich festzuhalten – ändern kann? Die der unlautere Bevollmächtigte einfach behauptet? Die Empfehlungen, mehrere Personen zu bevollmächtigen und widerrufsberechtigte Dritte zu benennen²⁶ können natürlich einen missbräuchlich Handelnden aufhalten. Allerdings nur solange dieser keine neue Vollmacht vorlegt und seinerseits die ursprünglich vorgesehenen kontroll- und widerrufsberechtigten Personen im (angeblichen) Auftrag des Vollmachtgebers davon entbindet.

Also auch hier steht und fällt alles mit der Entscheidung, ob gesetzliche Formvorgaben gezogen werden oder nicht.

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?

Eine Ausweitung der Genehmigungserfordernisse wird als wenig wirksam erachtet.

Solange eine Vorsorgevollmacht nur eine Ergänzung zur Handlungsmacht des Vollmachtgebers darstellt, sind weitere Wirksamkeitserfordernisse kaum effektiv. Genehmigungspflichten für Wohnungsaufösungen, Aufenthalts- und Umgangsbestimmung, Immobilienverkäufe etc. wären letztlich nur für den Vollmachtnehmer bindend. Ein unlauterer Vollmachtnehmer handelt de facto aber weiter, indem er den (nicht unter Einwilligungsvorbehalt stehenden) Vollmachtgeber entsprechende Erklärungen abgeben, Verträge schließen oder Mietsverhältnisse lösen lässt.

Und auch hier: Wonach entscheidet ein Gericht, wenn ein Umzug geplant, Immobilien verkauft, Kontakte abgebrochen werden sollen? Nach den „schriftlichen Begründungen“ der Betroffenen, deren ungeprüften – angeblichen – Wünschen, die ein unlauterer Vollmachtnehmer einfach behauptet? Ohne echte Prüfung und tatsächliche Ermittlung wird damit im Zweifel eine Scheinsicherheit vorgegeben, die nicht existiert. In unseren Fällen wurden durch (unlautere) Vollmachtnehmer ohne Schwierigkeiten Wohnungen aufgelöst, Familien und Freunde ausgesperrt, Immobilien verkauft, ohne dass hierfür ein Gericht um Genehmigung ersucht wurde.

²⁵ Cording & Nedopil (2017), S. 59.

²⁶ Betreuungsrecht. Mit ausführlichen Informationen zur Vorsorgevollmacht, https://www.bmj.de/SharedDocs/Publikationen/DE/Betreuungsrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=41 S. 44, 51. [25.10.2022].

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

Es wird an dieser Stelle daran erinnert, dass mit dem Betreuungsgesetz in der vorliegenden Form die private Vorsorge gerade NICHT geregelt wird. Folglich finden in der derzeitigen Praxis Betreuungsverfahren gar nicht statt, bzw. werden sofort beendet, sobald eine – formfreie – Vorsorgevollmacht vorgelegt wird. Deshalb sind Leitplanken unverzichtbar:

Wichtig wäre,

- die Wirksamkeit einer Vorsorgevollmacht generell zu prüfen. Dazu reicht nicht der Blick auf das Datum der Erstellung.
- Auch eine unangekündigte (!) Überprüfung durch die Betreuungsbehörde über die Lebenssituation des Vollmachtgebers (und zwar ohne Anwesenheit des Vollmachtnehmers) wäre absolut notwendig.
- Gerichtlich zu prüfen wäre auch, ob weitere Vorsorgevollmachten bestehen (seit wann, für wen usw.), was erneut den Registrierungszwang und eine Meldeverpflichtung bestärkt.
- Eine Pflicht zur Beteiligung oder Anhörung (auf Antrag) von Angehörigen bzw. Außenstehenden mit berechtigtem Interesse am/im Betreuungsverfahren (auch ohne/gegen den Willen des Betroffenen) wäre ausgesprochen wirksam, um dem Gericht überhaupt überprüfbare Fakten bekannt zu machen.
- Schließlich sollte das BetrG dem Ermittlungsauftrag auch faktisch nachgehen können und deshalb entsprechend ausgestattet sein, so dass Angehörige, Freunde, Nachbarn, Bank, Ärzte ermittelt und angehört werden können und die Angaben des Betroffenen auf sachliche Richtigkeit überprüfbar werden.
- Im Falle des Versterbens des Betroffenen endet die Zuständigkeit des BetrG, so dass Prüfungen hinsichtlich fehlendes Schutzes des Betroffenen vor Missbrauch, Misshandlung usw. nicht mehr erfolgen. Die Beerdigung und Auflösung des Hausstandes wird dann dem (ungeprüften) Vollmachtnehmer überlassen, welcher "unter den Augen des Gerichts" Fakten schaffen kann und darf! Nachlassverfahren werden in der Folge auch nicht eingeleitet, wenn kein Nachlass vorhanden ist. Polizeiliche Ermittlungen enden folglich bereits, bevor sie richtig begonnen wurden. Diese gesetzlichen Rahmenbedingungen führen dazu, dass unlautere Vollmachtnehmer nicht nur kein Interesse am Wohl des Betroffenen haben – im Gegenteil: diese Struktur befördert in unheiliger Konsequenz, dass es sich für einen unlauteren Vollmachtnehmer positiv auswirkt, wenn der Vollmachtnehmer zeitnah verstirbt

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?

Hier liegen keine verwertbaren Erkenntnisse vor – der Zeitraum der Geltung ist hierfür noch zu kurz. Missbräuche (und deren Kontrolle) bedürfen eines gewissen Zeitvorlaufs.

Gleichwohl liegen einzelne Verfahren vor, in denen unter Rückgriff auf den Gesetzestext eine Kontrollbetreuung abgelehnt wurde, *weil konkrete Anhaltspunkte für ein Handeln entgegen der Vereinbarung oder Willen nicht erkennbar seien*. In diesen Fällen wurden bisherige (zum Teil langjährige) Verfügungen außer Kraft gesetzt, änderten sich alle wesentlichen Lebensumstände der Betroffenen auffällig und plötzlich, konnten hierfür keine Gründe ermittelt werden, und begannen sie alle mit dem Auftreten einer bis dahin unbekannt Person, bzw. einer Person aus einer bis dato nur geschäftlichen Vorbeziehung. Davon abgesehen, dass diese Vereinbarungen – gegen die verstoßen werden müsste – nicht verfügbar sind, wären diese auch zu vernachlässigen, lägen sie tatsächlich vor. Denn aufgrund der Formfreiheit bleiben sie jeder Zeit abänderbar und damit faktisch unüberprüfbar. Tatsächlich blieb in den wenigen Fällen, in denen dennoch eine Kontrollbetreuung eingerichtet wurde, diese wirkungslos (vgl. Frage 13).

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)?

Die strafrechtlichen Regelungen sind nicht ausreichend.

Hinsichtlich Missbrauchs von Vorsorgevollmachten kommen idR die Tatbestände Untreue, Urkundenfälschung, Unterschlagung, Diebstahl und Betrug in Frage. Allen diesen Delikten gemeinsam ist die Notwendigkeit einer belastbaren Aussage des Opfers. Ohne derartige Aussagen des geschädigten Opfers sind keine Ermittlungen erfolgreich. Hinsichtlich der Untreue muss – wegen des fehlenden Schriftfordernisses und fehlender anderer gesetzlicher Grundlagen²⁷ – das Opfer den Pflichtenkreis und dessen Beschränkungen, den Umfang des Auftrags, die Grundlagen der Treuepflicht, die Innenbegrenzung der Außenmacht, den Schaden usw. benennen. Beim Betrug ist die Täuschungshandlung und der daraus entstandene Irrtum, beim Diebstahl/Unterschlagung der Gewahrsamsbruch durch den Täter vom getäuschten Opfer zu bezeichnen. Ohne diese Aussagen der Opfer sind die Taten nicht verfolgbar.

Eine strafrechtliche Regelung – wie bspw. in den USA - wonach Handlungen im Rahmen von Betreuungsverhältnissen separat erfasst werden - wäre ausgesprochen hilfreich. Mit *Exploitation and elder abuse* und *Undue Influence* erfasst das amerikanische Recht den Missbrauch und die finanzielle Ausbeutung alter Menschen durch unangemessene Beeinflussung, welche die beeinträchtigten Fähigkeiten dieser Personen, unabhängige Entscheidungen zu treffen, explizit ausnutzt. Damit beachtet das amerikanische Recht die Existenz des sog. „Graubereichs“.

Auch andere Länder, wie bspw. Frankreich sehen eine Strafbarkeit für die Ausnutzung von Schwäche, insbesondere bei schutzbedürftigen Personen vor. Artikel 223-15-2 des *Code Pénal* definiert den Missbrauch von Unwissenheit oder der Situation der Schwäche einer Person.²⁸

Denkbar wäre auch eine Beweislastumkehr, wonach der (für einen anderen) Handelnde den Nachweis zur pflichtengerechten Verwendung der Vermögenswerte nachweisen muss.

Alternativ und wesentlich einfacher wäre ein gesetzlicher Pflichtenkreis, wie er bereits für Betreuer gilt; Gleiches könnte analog übertragen werden hinsichtlich Belegspflicht, Bereicherungsverbot Dritter etc. Wären diese Rahmenbedingungen gesetzlich normiert, wäre der Nachweis einer u. U. pflichtverletzenden Handlung möglich und die bestehenden Straftatbestände (hier Untreue) anwendbar.

In jedem Fall sollte das bisher absolute Strafantragserfordernis in ein relatives umgeändert, bzw. gänzlich abgeschafft werden, wenn es sich um eine Betreuungs- oder anderweitige Abhängigkeitssituation handelt.

²⁷ bspw. normieren sich bei Wirtschaftsstraftaten die Pflichtenverletzung u. a. aus dem Handelsrecht und anderen zivilrechtlichen Vorschriften

²⁸ sinng. übersetzt: *Betrügerischer Missbrauch des Zustands der Unwissenheit oder der Schwäche eines Minderjährigen oder einer Person, die aufgrund ihres Alters, einer Krankheit, eines Gebrechens, einer körperlichen oder psychischen Behinderung oder einer Schwangerschaft besonders gefährdet ist, offensichtlich oder dem Urheber oder einer Person bekannt ist, die sich in einem Zustand psychischer oder physischer Unterwerfung befindet, die aus der Ausübung von schwerem oder wiederholtem Druck oder Techniken resultiert, die ihr Urteilsvermögen verändern können, um diesen Minderjährigen oder diese Person zu einer Handlung oder Enthaltung zu verleiten, die ist für sie ernsthaft schädlich. Wenn die Straftat vom faktischen oder rechtlichen Anführer einer Gruppe begangen wird, deren Aktivitäten das Ziel oder die Wirkung haben, die psychische oder physische Unterdrückung der an diesen Aktivitäten beteiligten Personen herbeizuführen, aufrechtzuerhalten oder auszunutzen, erhöhen sich die Strafen auf fünf Jahre Gefängnis und 750.000 Euro Geldstrafe.*

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

Wenn auf der einen Seite den Menschen ein niedrighschwelliges, schnell einsetzbares und frei zu gestaltendes Instrument zur Verfügung gestellt werden soll, um die eigene Vorsorge zu regeln und auf der anderen Seite aber sichergestellt werden muss, dass diese Regelungen auch Bestand haben, wenn die Betroffenen in den tatsächlichen Vorsorgefall kommen, sind nach hiesiger Überzeugung die bisherigen Regelungen für Vorsorgevollmachten zu korrigieren bzw. neue zu schaffen. Denn es gibt sie so nicht.

Aus der langjährigen Präventionspraxis wissen wir, dass ein Schutz vor Missbrauch nicht möglich ist. In den Beratungsgesprächen wird immer wieder deutlich, dass wir auf die Frage: Was kann ich tun, um sicher vorzusorgen? keine Antwort bieten können. Tatsächlich ist es vielmehr so, dass die Ratsuchenden sich bereits im Vorfeld über die Möglichkeiten der Patientenverfügung, Betreuerverfügung und Vorsorgevollmacht zum Teil ausführlich auseinandergesetzt haben und vielen auch bewusst ist, dass sie (eingeschränkt durch Krankheiten) sich ggf. vor sich selbst schützen müssen, bzw. Sorge dafür tragen wollen, dass dies ein Anderer übernimmt. Nicht klar war ihnen jedoch, dass sie diesen Schutz mit den bisherigen Mitteln (insb. Vorsorgevollmacht) nicht erreichen können. Wir erleben in unseren Fällen immer wieder, dass sorgsam durchdachte und detailliert geplante Regelungen außer Kraft gesetzt und vollkommen neue – häufig diametral entgegengesetzte Vorgaben (angeblich) bestimmt wurden.

Vergleichbares gilt für die Patienten- und Betreuerverfügungen.

Um also neben Niedrighschwelligkeit und Privatautonomie auch Sicherheit zu ermöglichen, schlagen wir eine Ergänzung der bisherigen Regelungen vor. Wie bereits bei Frage 7 dargestellt, bliebe mit derartigen zwei Modellen von Vorsorgevollmachten einem Vorsorgewilligen alles offen, was bisher ohnehin angenommen, aber tatsächlich nicht gegeben war. Derartige Wahlmöglichkeiten werden in anderen Ländern bereits praktiziert.

So kann derjenige, dem dies wichtig und notwendig erscheint, mit einer *echten Vorsorgevollmacht* (erweiterbar auch auf Patientenverfügung und Betreuerverfügung) und den damit verbundenen hohen Hürden (insb. Geschäftsfähigkeitsnachweis) eine Absicherung seiner Entscheidungen tatsächlich gewährleisten. Eine solche *echte Vorsorgevollmacht*, hinterlegt beim BetrG, bleibt im Idealfall völlig unbeachtet. Der Vollmachtgeber kann – wie bisher auch – weiterhin *normale (Vorsorge)vollmachten* erteilen und damit die Vorteile der Niedrighschwelligkeit nutzen. Der von ihm *normal Bevollmächtigte* kann – wie bisher – tätig werden, ohne mit weiteren Aufwendungen, Pflichten etc. belastet zu sein. Aber sollte – und nur darum geht es – doch der Fall eines Missbrauchsverdachts eintreten, sich ein Dritter eine Vollmacht erschlichen oder Notsituationen ausgenutzt haben, kann der *echte Vorsorgevollmachtnehmer* handeln. Durch den Registrierungszwang und die Meldeverpflichtung jeder Vorsorgevollmacht wird er in Kenntnis gesetzt. Er kann zulassen, prüfen und kontrollieren. Durch das Hierarchie-Prinzip ist er in der Lage, einzugreifen, Fehl- oder Missbrauch zu unterbinden und ggf. auch notwendige zivilrechtliche Schritte zu unternehmen, um Schaden abzuwenden. Der normierte Einwilligungsvorbehalt ermöglicht es ihm, wirksamen Schutz zu bieten, ohne jegliche Entscheidung der Vollmachtgeber von vornherein auszuschließen.

Die Idee, eine solche – kostenintensive – *echte Vorsorgevollmacht* insbesondere dadurch vor Missbrauch zu schützen, dass sie nur mit wirklicher Geschäftsfähigkeit erstellt und auch widerrufen werden kann, bietet Raum für sichere, privatautonome Entscheidungen. Gleichzeitig kann eine solche Vollmacht (um sie praktikabel zu halten) jederzeit widerrufen werden. Der einfachste Weg wäre die Auflösung durch beiderseitige Zustimmung (Vollmachtgeber und Vollmachtnehmer). Eine neue – kostenintensive – Geschäftsfähigkeitstestung entfällt. Ist der bisherige *echte Vollmachtnehmer* hierzu nicht bereit, muss sich der Vollmachtgeber jedoch einer solchen erneuten Testung unterwerfen, bzw. wäre das BetrG zur Entscheidung einzubeziehen.