

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?

Eine Pflicht zum Nachweis der Geschäftsfähigkeit vor der Erstellung oder dem Widerruf einer Vorsorgevollmacht ist nicht sinnvoll.

Problematisch an einem solchen Nachweiserfordernis wäre, dass damit die Grundannahme in Frage gestellt wird, wonach volljährige Personen geschäftsfähig sind (siehe zuletzt BGH (X. Zivilsenat), Urteil vom 26.04.2022 – X ZR 3/20). Dies erscheint nicht sachgerecht und nicht geboten. Dies gilt umso mehr, als dass der Missbrauch der Vollmacht in aller Regel erst dann erfolgt, wenn eine Geschäftsfähigkeit nicht mehr besteht. Der neu eingeführte „Sicherungsmechanismus“ würde also nur die (wenigen) Fälle erfassen, in denen bereits die Erteilung der Vollmacht rechtsmissbräuchlich ist. In diesen Fällen ist das Dunkelfeld aber bereits jetzt gegenüber sonstigen Missbrauchsfällen kleiner, da es häufig ein soziales Umfeld gibt, dass bei derartiger missbräuchlicher Vollmachtserteilung das Betreuungsgericht einschaltet. Zudem dürfte es keine belastbare Korrelation zwischen einer zweifelhaften Vollmachtserteilung und einer missbräuchlichen Vollmachtsausübung geben. In vielen Fällen wird mit der Vollmachtserteilung lediglich bis zum allerletzten Moment und darüber hinaus gewartet („Ich kann das noch alleine, wir machen das, wenn es nötig ist.“), ohne dass danach eine missbräuchliche Ausübung der Vollmacht festzustellen wäre.

Selbst wenn man aber eine Kontrolle vorsehen würde, wären sämtliche „Nachweise“ weiterhin mit Unsicherheiten verbunden. Unabhängig davon, dass die rechtliche Kategorie der „Geschäftsfähigkeit“ ohnehin schillernd ist und einer grundsätzlichen Überarbeitung bedarf (siehe auch Fröschle, FS Dose, 123), besteht eine starke Korrelation zwischen betriebenem Aufwand und der Sicherheit des Nachweises einer Geschäftsfähigkeit. Wird lediglich ein hausärztliches Zeugnis über die Geschäftsfähigkeit gefordert, so dürfte dies im Streitfall in vielen Fällen nahezu wertlos sein. Ohne fachärztliche Kompetenz und ohne eine gutachterliche Untersuchung ist die hinreichend sichere Beurteilung der Geschäftsfähigkeit – gerade in den hier interessierenden Grenzfällen – mit der erforderlichen Sicherheit nahezu nicht möglich. Hausärztinnen und Hausärzte sind selten in der Lage eine bestehende „Fassade“ zu erkennen (siehe hierzu Wetterling, Freier Wille und neuropsychiatrische Erkrankungen, 2. Aufl. 2020, S. 149).

Würde man – fachlich durchaus sinnvoll – ein psychiatrisches Gutachten verlangen, wäre dies eine faktisch nicht zu überwindende Hürde für die Errichtung einer Vorsorgevollmacht und dürfte mit dem Prinzip der privatautonomen Fürsorge unvereinbar sein. Die Vorsorgevollmacht wäre ein Privileg der Wohlhabenden. Selbst wenn man aber (nicht vorhandene) staatliche Mittel einsetzen würde, um jedem und jeder Interessierten ein psychiatrisches Gutachten zu finanzieren, so scheitert dies daran, dass schlicht nicht genügend Fachärztinnen und Fachärzte zur Verfügung stehen (siehe

zuletzt Wolter, Sterben die Psychiater aus?, BtPrax 2023, 208). Es erscheint unverantwortlich, psychiatrische Kompetenzen und Ressourcen hierfür zu verwenden, obwohl bereits jetzt ein eklatanter Mangel bei der psychiatrischen Versorgung besteht.

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?

Möglich und sinnvoll ist es, vor der Beurkundung einer Vorsorgevollmacht durch einen Notar oder eine Notarin ein verpflichtendes Gespräch mit dem Vollmachtgeber oder der Vollmachtsgeberin ohne die Anwesenheit Dritter vorzusehen. In einem solchen Gespräch müsste der Vollmachtgeber alleine und ohne „wohlmeinende Unterstützung“ von Angehörigen angeben, aus welchem Grund er bei der Notarin ist und was beurkundet werden soll. Gelingt dies jedenfalls in den Grundzügen unbeeinflusst von Dritten (und der Notarin), dann dürfte eine hinreichende Sicherheit für eine Vollmachtsfähigkeit bestehen. Hierbei müsste sichergestellt sein, dass sich Notare nicht nur ihre eigenen Erwartungen durch geschlossene Fragen bestätigen lassen, da dann das Fassadenphänomen zum Tragen kommt (siehe Wetterling, Freier Wille und neuropsychiatrische Erkrankungen, 2. Aufl. 2020, S. 149). Die Verpflichtung zu einem solchen Einzelgespräch ließe sich auch in § 7 BtOG für die Betreuungsbehörde vorsehen, sodass zumindest die Vollmachten, die zu Grundstücksgeschäften ermächtigen, einer gewissen Kontrolle unterlägen.

Ob der höheren Sachkunde erscheint es zudem sinnvoll zu prüfen, in den Fällen, in denen ein Notar nach § 11 Abs. 1 Satz 1 BeurkG eine Amtstätigkeit alleine wegen der fehlenden Geschäftsfähigkeit verweigert, abweichend von § 15 Abs. 2 BNotO, ein Rechtsmittel zum Betreuungsgericht oder jedenfalls zu der für die Beschwerden in Betreuungssachen zuständigen Kammer des Landgerichts vorzusehen.

Möglich, wenn auch nicht zwingend erscheint es, abweichend von § 11 Abs. 1 Satz 2 BeurkG bei Zweifeln an der Geschäftsfähigkeit entsprechend § 22a FamFG eine notarielle Pflicht zur Beteiligung des Betreuungsgerichts vorzusehen und das Beurkundungsverfahren bis zur gerichtlichen Entscheidung auszusetzen. Eine solche Pflicht könnte auch für Betreuungsbehörden eingeführt werden.

Da nach der bisherigen Rechtsprechung aber die Geschäftsunfähigkeit und damit die Unwirksamkeit einer Vollmachtserteilung positiv festgestellt werden muss (vgl. nur BGH, Beschluss vom 29.7.2020 – XII ZB 106/20), würde dies im Ergebnis vermutlich wenig ändern.

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

Der Widerruf einer Vollmacht setzt stets die Geschäftsfähigkeit voraus. Gegen eine erforderliche Vorabprüfung bestehen die zu Frage 1 aufgeführten Bedenken in Bezug auf die Beweiskraft und die vorhandenen Ressourcen entsprechend.

In den Fällen, in denen sich mehrere Bevollmächtigte über die Wirksamkeit einer Vollmacht oder eines Vollmachtswiderrufs streiten, ist die Wahrscheinlichkeit der Einbeziehung des Betreuungsgerichts zudem überproportional hoch, sodass ein besonderes Bedürfnis für eine Geschäftsfähigkeitskontrolle kaum besteht.

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)?

Hier sind kaum sinnvolle Maßnahmen denkbar, da es sich um ein universelles Beweisproblem handelt, das jeder nachträglichen komplexen Sachverhaltsfeststellung immanent ist.

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?

Bei allen empfundenen oder erkannten Problemen im Bereich der Vorsorgevollmachten darf nicht vergessen werden, dass die absolut weit überwiegende Anzahl von Vollmachten verantwortungsbewusst ausgeübt wird.¹ Jede weitere institutionalisierte „Vorab-Sicherung“ verhindert zudem die effektive Nutzung der Vorsorgevollmacht für alle Beteiligten. Es ist ein Irrglaube, durch übermäßige gesetzgeberische Formalanforderungen Kriminalität effektiv bekämpfen zu können. Personen mit krimineller Energie werden stets Schlupflöcher finden; alle anderen sind von den „Sicherungsmaßnahmen“ tendenziell überfordert.

Dadurch, dass wesentliche Befugnisse schon jetzt der Schriftform bedürfen und eine lediglich mündlich erteilte Vorsorgevollmacht im Rechtsverkehr auch außerhalb des

¹ . Eine andere Wahrnehmung mancher beruflich Beteiligter dürfte genauso verzerrt sein wie die Wahrnehmung von Familienrichtern über den Zustand der durchschnittlichen Ehe und Familie und der durchschnittlichen Polizistin über die Kriminalität in Deutschland.

Anwendungsbereichs des § 1820 Abs. 2 BGB auf erhebliche Akzeptanzprobleme stößt, wäre es konsequent, für Vorsorgevollmachten (zur vorgeschlagenen Definition siehe Antwort zu Frage 7) die Schriftform vorzusehen. Dies entspricht schon jetzt der absoluten Praxis (siehe auch Goerdeler, FS Dose, S. 168). Eine strengere Form erscheint nicht sinnvoll.

Insgesamt sollten die Kataloge des § 1815 Abs. 2 BGB und des § 1820 Abs. 2 BGB überprüft und systematisch angepasst werden (siehe bereits Damrau/Zimmermann-Kersting, 5. Aufl. 2023, § 1815 Rz. 75 ff.). Sinnvoll erscheint insbesondere eine Übernahme des § 1815 Abs. 2 Nr. 4 BGB („Bestimmung des Umgangs des Betreuten“), da in diesem Bereich häufig Konflikte entstehen und der Umgang des Betroffenen mit Dritten eine soziale Kontrolle der Ausübung der Vollmacht sicherstellen kann, die dann wiederum zu einer Einbeziehung des Betreuungsgerichts führen kann. Insofern sollte § 1834 BGB auf Vorsorgevollmachten erweitert werden (siehe auch Frage 14).

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)?

Eine verpflichtende Registrierung einer Vorsorgevollmacht im Vorsorgeregister erscheint grundsätzlich sinnvoll, wobei einer solchen Registrierung keine konstitutive Wirkung zukommen sollte. Sollte man ein Sanktionsinstrument wünschen, dürfte eine Bußgeldandrohung ausreichen, wobei die Betreuungsbehörde als sachlich zuständige Behörde i.S.d. § 36 Abs. 1 Nr. 1 OWiG bestimmt werden sollte, da bei diesen eine sachgerechte Ausübung des Ermessens nach § 47 Abs. 1 OWiG erwartet werden kann.

Bei einer Registrierungspflicht bedarf es aber weiterer gesetzgeberischer Flankierungen. So erscheint es sinnvoll, dass im Vorsorgeregister eine Kopie der Vorsorgevollmacht digital hinterlegt werden kann (siehe schon die Forderung des BR in BT-Drs. 19/24445, S. 441). Zudem muss das Problem geklärt werden, wann eine einmal eingetragene Vollmacht wieder gelöscht wird. Schon bei den bisher hinterlegten Vollmachten dürfte eine erhebliche Anzahl von Vollmachtgebern und Bevollmächtigten nicht mehr leben.

Möglich wäre etwa, alle 5 Jahre eine einfache Bestätigung der Registrierung zu verlangen. Dies könnte auch über die im Vorsorgeregister E-Mail-Adressen von Vollmachtgeber und Bevollmächtigten (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 lit. h, N2. 2 lit. g VRegV) erfolgen, wenn diese hinterlegt sind. Wenn auf die Bitte um Bestätigung innerhalb einer bestimmten Frist keine Reaktion durch eine Bestätigung auf der Internetseite des Vorsorgeregisters oder einen Rückbrief erfolgt, wird die Vorsorgevollmacht (ggf. nach einer Erinnerung) gelöscht. Bei einer Bestätigung nur durch den Bevollmächtigten,

sollte der Vollmachtgeber auf allen bekannten Kontaktwegen hierüber informiert 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?

Eine gesetzliche Definition der Vorsorgevollmacht erscheint erforderlich und sinnvoll. Die Definition und die Regelung der Vorsorgevollmacht sollte *unbedingt* in die §§ 164 ff. BGB integriert werden, um die damit verbundene rechtliche Problematik aus der Nische des Betreuungsrechts in das allgemeine juristische Bewusstsein zu holen. Möglich erscheint ein Buch 1 Abschnitt 3 Titel 5a „Vorsorgevollmacht“ oder die Aufteilung des Titel 5 in zwei Untertitel. Eine Verortung in oder bei § 1820 BGB wäre völlig systemwidrig, da die Vorsorgevollmacht keinerlei Bezug zum Familienrecht hat, sondern eine ausschließlich dem Allgemeinen Teil zuzurechnende Problematik regelt. Gleichzeitig dürfte klar sein, dass eine Verortung im BGB-AT und die dann gegebene Aufmerksamkeit sämtlicher Professorinnen und Professoren, den zeitnahen und praxistauglichen Abschluss eines solchen Vorhabens eher unwahrscheinlich macht.²

Als Ausgangspunkt einer Definition empfiehlt sich, an die beabsichtigte Fortgeltung nach dem Eintritt der Geschäftsunfähigkeit i.S.d. § 104 Nr. 2 BGB zum Zwecke der Verhinderung einer Betreuerbestellung anzuknüpfen. Damit blieben alle Vollmachten, die im Geschäftsverkehr erteilt werden und die Vollmachten, die kurz vor einer Operation und in Erwartung einer damit verbundenen nur vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit i.S.d. § 105 Abs. 2 BGB erteilt werden ausgeklammert.

Sinnvoll erscheint eine Definition in § 167 BGB. Hier könnte ein Abs. 3 eingefügt werden:

„(3) Für eine Vollmacht, die eine natürliche Person einer anderen natürlichen Person für den Fall ihrer Geschäftsunfähigkeit erteilt, um die Bestellung eines Betreuers zu vermeiden (Vorsorgevollmacht) gelten die allgemeinen Vorschriften über die Vollmacht soweit die §§ XXX nichts Anderes bestimmen.“

Sinnvoll könnte es auch sein, in Vorsorgevollmachten eine Gestattung nach § 181 BGB auszuschließen oder sogar die für Betreuerinnen geltenden Erweiterungen des § 1824 BGB auf Vorsorgevollmachten zu übertragen. Derzeit dürfte das entsprechende Feld in den Vorsorgeformularen regelhaft angekreuzt werden.

² Bevor mir Zynismus vorgeworfen wird, sei darauf hingewiesen, dass in den gesamten Gesetzesmaterialien zur Einführung des § 105a BGB das Betreuungsrecht oder der unmittelbar verwandte Einwilligungsvorbehalt nicht erwähnt wurde und so eine Norm geschaffen wurde, die sich auf dogmatisch sicherlich wunderschöne aber praxisferne Symbolpolitik beschränkt.

Eine solche Änderung muss aber gut durchdacht und umgesetzt werden. Sie führt etwa in all den Fällen zu erheblichen Problemen, in denen geschäftsunfähige Vollmachtgeber von den Bevollmächtigten gepflegt werden, da die Bestimmung über die Verwendung des Pflegegeldes nach § 37 SGB XI eine rechtsgeschäftliche Verfügung darstellt. Vorsorgebevollmächtigte dürften dann nicht mehr das Pflegegeld an sich auszahlen oder weiterleiten, obwohl dies in aller Regel sinnvoll und gewünscht ist. Es wäre die Bestellung eines Betreuers erforderlich.

Die Tatsache, dass diese Problematik auch bei der rechtlichen Betreuung besteht, ohne dass bekannt wäre, dass hier Ergänzungsbetreuer bestellt würden, steht dieser rechtlichen Bewertung nicht entgegen.

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 solche Anzeigepflicht oder Ausübungsvoraussetzung ist weder sinnvoll noch mit der Systematik des deutschen Rechts vereinbar. Eine Übernahme der österreichischen Lösung scheidet schon aufgrund der erheblichen dogmatischen Unterschiede aus. Nach österreichischen Recht handelt es sich bei der Vollmacht um einen Vertrag, der mit der Geschäftsunfähigkeit unwirksam wird und die Vorsorgevollmacht stellt die Ausnahme zu diesem Grundsatz dar.

Eine Wirksamkeitsvoraussetzung, die im Geschäftsverkehr nicht unmittelbar überprüft werden kann, würde zudem eine wirksame und effektive Vertretung im Rechtsverkehr faktisch verhindern.

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 Pflicht zur detaillierten Regelung des Innenverhältnisses ist abzulehnen, da dies entweder zu einer Überforderung der Beteiligten führt oder zur Übernahme des erstbesten- oder erstschlechtesten Standardformulars, das im Internet oder in einer „Vorsorgemappe“ gefunden wird.

Sinnvoll könnte es sein, eine allgemeine Regelung zum Innenverhältnis vorzusehen und Vorsorgebevollmächtigte im Innenverhältnis ähnlich wie Betreuerinnen zu verpflichten. Eine entsprechende Vorschrift in den neu zu schaffenden §§ 164 ff. BGB (siehe oben Frage 7) könnte lauten:

Der Vorsorgebevollmächtigte hat die Angelegenheiten des Vollmachtgebers nach Maßgabe des § 1821 wahrzunehmen. Es wird vermutet, dass eine Wahrnehmung der Vermögensangelegenheiten nach den §§ 1839 bis 1843 dem mutmaßlichen Willen des Vollmachtgebers entspricht, wenn keine hinreichenden konkreten Anhaltspunkte für einen hiervon abweichenden mutmaßlichen Willen bestehen.

Da der tatsächliche Willen der Vollmachtgeberin vorrangig wäre, bliebe es den Beteiligten unbenommen, konkrete Regelungen zu treffen, die den individuellen Bedürfnissen entspricht, ohne dass sie hierzu verpflichtet wären.

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?

Möglich erscheint es, die Betreuungsverfügung zu stärken.

Bei Vorliegen einer Betreuungsverfügung könnte eine Betreuung ohne Einholung eines ärztlichen Gutachtens oder einer ärztlichen Stellungnahme eingerichtet werden. Dies würde das Verfahren deutlich beschleunigen, die Initialkosten verringern und könnte der Betreuungsverfügung zu einem eigenen Anwendungsbereich verhelfen. Derzeit fristet sie ein Schattendasein als Anhängsel der Vorsorgevollmacht („Sollte trotz der Vorsorgevollmacht zur Einrichtung einer Betreuung kommen, soll d. Bevollmächtigte bestellt werden.“). Um die Schnelligkeit des Verfahrens nicht zu gefährden könnte auch vorgesehen sein, dass die richterliche Anhörung regelhaft nachträglich erfolgt. Dies erscheint als Kompromiss zwischen Schutzpflicht und Selbstbestimmung vertretbar und sinnvoll.

Bei einer derartigen Änderung hätte man ein Instrument, dass die Leichtigkeit und Schnelligkeit der Vorsorgevollmacht mit der Kontrolle der rechtlichen Betreuung kombiniert.

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)?

Eine gesetzlich verankerte Pflichtberatung erscheint nicht sinnvoll. Eine Übernahme des österreichischen Modells verbietet sich schon deshalb, weil das dortige System mit dem Nebeneinander von Vorsorgevollmacht, Gewählter Erwachsenenvertretung, Gesetzlicher Erwachsenenvertretung und Gerichtlicher Erwachsenenvertretung in §§ 260 ff. ABGB mit dem deutschen Modell nur wenig vergleichbar ist. Zudem ist die Dogmatik der Vollmacht eine gänzliche andere. Die Trennung von Außen- und Innenverhältnis ist dem österreichischen Recht unbekannt.

Bei den Vollmachten, die eine Verfügung über Immobilien ermöglichen, findet zudem de facto eine Beratung bereits durch die notwendige Beurkundung oder Beglaubigung statt (siehe unten Frage 12). Soweit dies in der Praxis nicht funktioniert, kann dem nicht durch weitere gesetzliche Änderungen begegnet werden, sondern es braucht bessere personelle Ausstattung insbesondere der Betreuungsbehörden. Zu möglichen Pflichten der Notarinnen und Notaren bei der Beurkundung siehe oben Frage 2.

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

Da Betreuungsbehörden nach § 5 Abs. 1 BtOG und Betreuungsvereine nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtOG verpflichtet sind, über Vorsorgevollmachten zu informieren – was mit einem individuellen Beratungsanspruch verbunden ist – bedarf es keiner zusätzlichen institutionellen Absicherung, um eine (kostenlose) Beratung sicherzustellen. Es bedarf lediglich einer hinreichenden finanziellen und organisatorischen Ausstattung der Vereine und Behörden. Bei einer Beratung durch einen Rechtsanwalt oder eine Rechtsanwältin besteht die Möglichkeit Beratungshilfe nach dem Beratungshilfegesetz in Anspruch zu nehmen.

Ob und in welchem Maße diese bestehenden Informationsmöglichkeiten funktionieren hängt von der Ausstattung der Behörden und Vereine ab. Hierauf hat der Bundesgesetzgeber (leider!) nur einen begrenzten Einfluss. Bei einer auskömmlichen Finanzierung der Betreuungsvereine können diese auf die örtlichen Gegebenheiten angepasste Beratungsmodelle schaffen, etwa in der Form ehrenamtlicher Vorsorgelotsen wie in Schleswig-Holstein.

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?

Trotz der Schwierigkeiten bei den Verfahren zur Prüfung der Bestellung eines Kontrollbetreuers (siehe unten Frage 15) stehe ich der Einführung weiterer institutionalisierter Kontrollmechanismen sehr skeptisch gegenüber.

Die regelhafte „Überprüfung“ oder „Beratung“ durch eine „Vollmachtsberatung“, analog der Pflegeberatung nach § 7a SGB IX, oder die Schaffung von Ombudsleuten würden nur weitere Akteure hinzufügen, ohne dass gegenüber den bisherigen Möglichkeiten von Betreuungsgericht, Betreuungsbehörde und Betreuungsverein etwas gewonnen wäre. Das Betreuungsrecht sollte sich davor hüten, den Irrweg des Sozialrechts einzuschlagen, jedem empfundenen Umsetzungsdefizit durch die Schaffung neuer Strukturen zu begegnen.

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?

Grundsätzlich ist es demjenigen, der einen größeren staatlichen Schutz wünscht, bereits jetzt möglich, statt einer Vorsorgevollmacht eine Betreuungsverfügung auszustellen. In diesem Fall wird die Selbstbestimmung über die Person der rechtlichen Vertretung im Falle der eigenen Beeinträchtigung, mit dem vollen staatlichen Schutz der rechtlichen Betreuung kombiniert. Die Tatsache, dass nur die wenigsten diesen Weg gehen, spricht deutlich dafür, dass im Moment der Vollmachtserteilung nur die wenigsten Personen einen derartigen weitergehenden Schutz durch das Gericht wünschen.

Die Skepsis gegenüber staatlicher Kontrolle zeigt sich auch daran, dass die vorhandenen Schutzinstrumente der gerichtlichen Genehmigung bei freiheitsentziehenden Maßnahmen, Unterbringungen und ärztlichen Zwangsmaßnahmen, in den Anhörungen, in denen die Vorsorgevollmacht als Alternative zur rechtlichen Betreuung erörtert wird, nicht nur bei den potentiell Bevollmächtigten sondern auch bei den Vollmachtgebern häufiger auf Verwunderung und Ablehnung („Können wir das Gericht nicht ganz raushalten?“) als auf volle Zustimmung stößt. Wenn dann noch darauf hingewiesen werden würde, dass ein entsprechendes Genehmigungsverfahren mit Gerichtskosten (einschließlich ggf. den Kosten für ein Sachverständigengutachten und eine Verfahrenspflegschaft) verbunden wären, würden sich nach meiner festen Überzeugung die allermeisten Personen gegen einen optionalen Schutz durch weitere gerichtliche Genehmigung entscheiden. Dies gilt umso mehr, als dass Genehmigungstatbestände für den Verkauf von Immobilien qua Definition nur Vermögende betreffen würde, die für die Kosten selbst aufkommen müssen. Die tatsächlichen Nachteile der Kosten wirken stärker als der nur mögliche Ertrag einer Missbrauchskontrolle.

Sinnvoll wäre allerdings die Vorschrift des § 1834 BGB auch auf Vorsorgevollmachten zu erweitern. Die Verhinderung des Umgangs mit vertrauten Personen und der Wechsel des Aufenthalts verhindern häufig eine bessere Kontrolle der Ausübung der

Vorsorgevollmacht. Ein gerichtlicher Eingriff zu Genehmigung eines Umgangs könnte eine solche soziale Kontrolle ermöglichen.

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

Das Bundesverfassungsgericht hat hier ein nahezu unauflösliches Dilemma geschaffen. Durch die Annahme die Bestellung einer Kontrollbetreuung sei ein „tiefgreifender Grundrechtseingriff“ in das durch die Erteilung der Vorsorgevollmacht ausgeübte Selbstbestimmungsrecht (BVerfG, Beschl. v. 10.10.2008 – 1 BvR 1415/08) ist die Schwelle für einen staatlichen Schutzeingriff unverhältnismäßig hoch. Wenn zudem dieser Grundrechtseingriff de facto schon in der Einleitung eines Verfahrens zur Kontrollbetreuung gesehen wird, sodass schon die weitere Amtsermittlung nach § 26 FamFG hinreichende konkrete Umstände in der Anregung zur Einrichtung einer Kontrollbetreuung voraussetzt (BGH, Beschluss vom 30.3.2011 – XII ZB 537/10), obwohl solche Erkenntnisse häufig erst durch das Verfahren gewonnen werden, sind im Bemühen um eine möglichst umfassende Wahrung der Rechte der Vollmachtgeber eben diese Rechte nicht unerheblich gefährdet.

Gleichzeitig zeigt die gerichtliche Praxis, dass Verfahren zur Einrichtung einer Kontrollbetreuung in aller Regel sehr unangenehm und mühsam sind. Dies gilt unabhängig davon, ob sich der Verdacht eines Vollmachtmissbrauchs am Ende der Ermittlungen bestätigt oder nicht. Das Eindringen des Gerichts in die Privatsphäre wird sowohl von Vollmachtgebern als auch Vollmachtnehmern äußerst skeptisch gesehen, insbesondere, weil häufig die übliche Terminologie, das Verfahren fände „Zur Bestellung eines Kontrollbetreuers“ statt, die irriige Annahme weckt, es sei *Ziel* des Verfahrens, einen Kontrollbetreuer zu bestellen, und nicht festzustellen, *ob* eine Kontrollbetreuung erforderlich ist. Wenn sich Betroffene und Bevollmächtigte nicht sofort hinter Rechtsanwälten verschanzen, die oft genug wenig bis gar keine Ahnung von der Materie haben, hilft es hier manchmal zu verdeutlichen, dass das Verfahren vollkommen ergebnisoffen geführt wird. Die Praxis zeigt im Übrigen oft, dass das Vehikel der Kontrollbetreuung genutzt werden soll, um familiäre Konflikte oder schlicht den Kampf um das zu erwartende Erbe auszufechten. Es stellt eben keinen Missbrauch der Vollmacht dar, wenn ein Pflichtteilsberechtigter um „sein“ Pflichtteil gebracht wird, weil eine Erblasserin ihre letzten Lebensjahre in einer Pflegeeinrichtung lebt. Die Darstellungen in mancher Anregung auf Bestellung eines Kontrollbetreuers lassen die Bilder einer misshandelten Person in einer Verwahranstalt des 19. Jahrhunderts entstehen, während sich am Ende der Ermittlungen zeigt, dass die betroffene Person gut gepflegt in einer teuren „Seniorenresidenz“ lebt. Ein Schelm wer Böses dabei denkt.

Insgesamt kommt der persönlichen Anhörung in Verfahren zur Bestellung eines Kontrollbetreuers oder einer Kontrollbetreuerin eine noch größere Bedeutung zu als in

den üblichen Betreuungsverfahren. Es ist dabei häufig sinnvoll, diese Anhörung möglichst früh durchzuführen. Hier war der Übergang der Zuständigkeit auf die Richterinnen und Richter sinnvoll.

Verfahrensrechtlich kritikwürdig ist, dass zur Bestellung eines Kontrollbetreuers oder einer Kontrollbetreuerin nunmehr ein ärztliches Gutachten eingeholt werden muss (Wegfall des § 281 Abs. 1 Nr. 2 FamFG a.F.). Dies verlangsamt das Verfahren und steht zu dem Ziel, bei einem Vollmachtsmissbrauch schnell eingreifen zu können, in diametralem Widerspruch (so auch schon der Bundesrat im Gesetzgebungsverfahren, BT-Drs. 19/24445, S. 456). Zudem spielt das Sachverständigengutachten bei der Sachverhaltsermittlung ohnehin keine oder nur eine untergeordnete Rolle. Ob Betroffene nicht mehr in der Lage sind, Bevollmächtigte zu kontrollieren ist weit überwiegend eine tatsächliche Frage und keine Frage der Geschäftsfähigkeit; für das Handeln entgegen Wunsch und Wille gilt dies erst recht.

Hinzukommt, dass die Begutachtung insbesondere von den Betroffenen, um deren Schutz es doch gehen soll, häufig als Angriff empfunden wird. Es ist dabei ohne persönliche Anhörung kaum zu erkennen, ob die Ablehnung der Begutachtung dem Willen der geschäftsfähigen Betroffenen entspricht oder ob Bevollmächtigte eine Kontrolle verhindern wollen.

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 einer Kontrollbetreuung sind nunmehr klarer gefasst. Zur Kritik siehe oben Frage 15. Unglücklich ist, dass § 1820 BGB deutlich überfrachtet ist. Hier wäre aus Sicht der Praxis eine Aufteilung in mehrere Paragraphen sinnvoll gewesen.

Die Möglichkeit des Ausspruchs eines Ausübungsverbots für Vollmachten nach § 1820 Abs. 4 BGB ist in der gerichtlichen Praxis sehr positiv, da eine Möglichkeit geschaffen wurde, auch schon vor der Bestellung eines Kontrollbetreuers oder einer Kontrollbetreuerin schnell auf hinreichende konkrete Verdachtsmomente eines Vollmachtsmissbrauchs zu reagieren, ohne den Bestand der Vollmacht zu gefährden. Bedauerlich ist alleine, dass der gesetzgeberische Mut gefehlt hat, dem Ausübungsverbot eine wirklich suspendierende Wirkung zuzusprechen. In den Fällen, in denen sich Bevollmächtigte missbräuchlich über das Verbot hinwegsetzen, bleibt damit nur ein Schadensersatzanspruch, der in vielen Fällen nicht werthaltig ist. Da angesichts der erheblichen Unkenntnis des allgemeinen Rechtsverkehrs über das Betreuungsrecht, ein Verbot nach § 1820 Abs. 4 BGB aber häufig so verstanden wird, als käme ihm eine suspendierende Wirkung zu, insbesondere wenn der Suspendierungsbe-

schluss auch an die bekannten Kreditinstitute zugestellt wird, ist die tatsächliche Gefahr für die Betroffenen geringer als die theoretische. Auf diesen Schutz durch Unkenntnis sollte man aber perspektivisch nicht vertrauen.

Das Genehmigungserfordernis für den Vollmachtswiderruf in § 1820 Abs. 5 BGB ist sinnvoll und funktioniert in der Praxis mit der – wegen der Möglichkeit des Ausübungsverbots – erforderlichen Ruhe bei der Sachverhaltsermittlung. Wenig glücklich ist alleine die Einschränkung des Genehmigungserfordernisses auf Vollmachten die zu „zu Maßnahmen in *wesentlichen* Bereichen der Vermögenssorge“ ermächtigen. Die Beispiele aus der Gesetzesbegründung wann eine solche Vollmacht nicht vorliegen soll („Post- oder Kontovollmachten“, BT-Drs. 19/24445, S. 248) sind hier nicht hilfreich, da Postvollmachten als Vollmacht im Bereich des Grundrechts aus Art. 10 GG nicht der Vermögenssorge, sondern der Personensorge zuzuordnen sind und Kontovollmachten bei dem weit überwiegenden Teil der Bevölkerung einen vollen Zugriff auf das vorhandene Vermögen ermöglichen, sodass dem Tatbestandsmerkmal „wesentlich“ keine Bedeutung mehr zukäme. Wären Kontovollmachten vom Genehmigungserfordernis nach § 1820 Abs. 5 BGB ausgenommen, verbliebe als Anwendungsbereich de facto nur Vollmachten, die auch zur Verfügungen über Immobilien ermächtigen (oder ggf. sonstiges Bankvermögen, soweit die Vollmacht von der „Kontovollmacht“ getrennt ist). Dies erscheint mit dem Schutzzweck unvereinbar.

Es wird daher dringend empfohlen, den gesamten Einschub „die den Bevollmächtigten zu Maßnahmen der Personensorge oder zu Maßnahmen in wesentlichen Bereichen der Vermögenssorge ermächtigt“ in § 1820 Abs. 5 Satz 1 BGB ersatzlos zu streichen.

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)?

Grundsätzlich erscheinen die gesetzlichen Regelungen ausreichend. Jedenfalls ohne stichhaltige rechtstatsächliche Untersuchungen kann nur dringend davor gewarnt werden, in Effektivität vortäuschenden Aktionismus neue Straftatbestände zu schaffen.

Problematisch ist allerdings, dass nach meiner Praxiserfahrung die Staatsanwaltschaften selbst in eindeutigen Fällen eines Vollmachtmissbrauchs häufig vor einer Strafverfolgung zurückschrecken und die Verfahren einstellen. Ob dies auf fehlende Kenntnisse vom Betreuungsrecht (denen die Vorsorgevollmachten zugeordnet werden) oder auf eine falsch verstandene Scheu, in das „Vertrauensverhältnis“ zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten einzugreifen, zurückzuführen ist, kann kaum

beurteilt werden. Hier dürfte eine deutliche Stärkung der Kenntnisse des Betreuungsrechts in der juristischen Ausbildung und eine Informationspolitik gegenüber den Strafverfolgungsbehörden sinnvoller sein als Gesetzesänderungen.

Die bestehenden Antragserfordernisse sind grundsätzlich sinnvoll, da nicht jede objektiv strafbare Handlung unter Berücksichtigung von Wunsch und Wille der Vollmachtgeber nach § 1821 BGB einer Strafverfolgung zugeführt werden sollte. Änderungsbedarf besteht aber bei § 77 Abs. 3 StGB. Hier sollte ausdrücklich klargestellt werden, dass ein Betreuer innerhalb seines Aufgabenkreises stets einen Strafantrag stellen kann. Zudem sollte klargestellt werden, dass eine Betreuerin mit dem Aufgabenbereich der Vermögenssorge bei allen Eigentums- und Vermögensdelikten antragsberechtigt ist.

Insgesamt bedarf das Strafprozessrecht einer grundlegenden Anpassung an das moderne Betreuungsrecht, um die Rechte der Betroffenen in Strafverfahren gegen ehemalige Bevollmächtigte wahren zu können (vgl. Damrau/Zimmermann-Kersting, 5. Aufl. 2023, § 1815 Rz. 60 ff.).

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

In einem freiheitlichen Staat, der eine selbstbestimmte Vorsorge durch Vorsorgevollmachten wünscht und zulässt, kann es keine absolute Sicherheit geben. Größtmöglicher Schutz und größtmögliche Selbstbestimmung sind unvereinbare Ziele. Die Stärkung der Selbstbestimmung muss zu einem Zurücktreten des Schutzes führen.

Bevor über weitere Ansätze zum Schutz der Vollmachtgeber nachgedacht wird, bedarf es daher grundlegender rechtstatsächlicher Forschung darüber, in welchem Umfang und in welchen Konstellationen es überhaupt zu einem Missbrauch kommt, der über Einzelfälle hinausgeht.