

Stellungnahme 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

Christine Kölble, Rechtsanwältin und VorsorgeAnwältin, Nürnberg

Vorwort

Bei der Betrachtung der Fragen im Zusammenhang mit der Kontrolle der Geschäftsfähigkeit (Komplex 1) in Bezug auf eine Vorsorgevollmacht und den daraus resultierenden Fragen aus den Komplexen 2 (Schützende Vorgaben durch Vollmachtsgestaltung) und 3 (Staatlicher Schutz durch betreuungsrechtliche Elemente) befinden wir uns in einem Spannungsfeld:

Einerseits besteht der legitime und hohe Wunsch eines jeden Menschen selbstbestimmt zu leben und entscheiden zu können. Dies schließt die Möglichkeit ein, Vorsorgevollmachten jederzeit zu errichten oder zu widerrufen.

Andererseits streben Menschen Schutz vor Missbrauch an, insbesondere wenn ihre geistigen Fähigkeiten zeitweise oder dauerhaft beeinträchtigt sind und sie daher nicht in der Lage sind, ihre Angelegenheiten selbst zu regeln. In diesem Zusammenhang bedeutet dies für unser Symposium:

Vorsorgevollmachten, die in einem Zustand der Geschäftsfähigkeit errichtet werden, sollten selbstverständlich bestehen bleiben und grundsätzlich leicht errichtet sowie widerrufen werden können. Es ist jedoch wichtig, aus Sicht eines Mandanten Folgendes zu verhindern:

- Die Verwendung von Vorsorgevollmachten, die bereits in einem Zustand der Geschäftsunfähigkeit errichtet wurden, und die Abwicklung von Rechtsgeschäften, die auf ungültigen Vorsorgevollmachten basieren.
- Die Durchführung von Rechtsgeschäften, die nicht durch die Vorsorgevollmacht (durch Mangel an Vertretungsmacht) oder die Anweisungen des Mandanten gedeckt sind (durch Überschreitung des Innenverhältnisses).

Das Hauptproblem besteht jedoch darin, dass viele psychiatrische Erkrankungen, die die Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers beeinträchtigen können, im Rechtsverkehr nicht oder erst spät erkannt werden. Einige dieser Erkrankungen zeichnen sich gerade durch eine Fassadenbildung aus.

Meine weiteren Überlegungen zu den gestellten Fragen sollen als Diskussionsgrundlage für Lösungen dienen und versuchen, das Spannungsfeld zwischen Selbstbestimmtheit/Privatautonomie und Schutzbedürfnis auszuloten.

Bevor ich auf die einzelnen Fragen eingehe, möchte ich eine Typisierung von Missbrauchsfällen sowie von Tätern und Opfern vornehmen, auf die ich bei der Beantwortung der Fragen zurückkommen werde.

Der Missbrauch von Vorsorgevollmacht tritt in der Praxis in verschiedenen **Fallkonstellationen** auf, darunter:

1. Die vom Vollmachtgeber ursprünglich eingesetzte Person verwendet die Vollmacht für eigenen Zwecke.
2. Der ursprünglich vom Vollmachtgeber eingesetzte Vollmachtnehmer wird „ausgebootet“, indem der Vollmachtgeber dazu veranlasst wird, die Vollmacht zu widerrufen und anschließend einer anderen Person eine Vollmacht eingeräumt wird, die nicht im Sinne des Vollmachtgebers handelt. Häufig wird in jenen Konstellationen gerade die ursprünglich geplante Nachfolgeregelung torpediert.
3. Die betreffende Person wollte nie eine Vorsorgevollmacht ausstellen, wird jedoch vom Vollmachtnehmer dazu überredet; dieser nutzt die Vollmacht wiederum für eigene Zwecke.

Es gibt auch eine weitere Fallgruppe, die den genannten vorgelagert ist: Wenn keine Vorsorgevollmacht vorliegt und der "Täter" das "Opfer" dazu bringt, entsprechende Dokumente eigenhändig zu unterzeichnen. Hier liegt zwar mangels Vollmacht kein Missbrauch einer Vollmacht vor, aber die Fälle sind dennoch nicht minder schwerwiegend.

Unter den Missbrauchstätern finden sich sowohl diejenigen, denen sich durch die Vorsorgevollmacht eine Gelegenheit bietet (sei es aus dem Reiz sich selbst etwas zu leisten, vorgezogenes Erbe oder aus einer eigenen Notsituation heraus). Es gibt jedoch auch hochstrategische Täter, die den Missbrauch planen, gar als lukrative Einkommens-/Vermögensquelle sehen.

Auf der anderen Seite sind vermögende Personen, idealerweise alleinstehend, oder durch strategisches Vorgehen isolierbar (durch Herabsetzen von Verwandten, Freunden etc. gepaart mit dem Ansatz „ich kann Dich doch viel besser unterstützen“) aus Sicht des Täters das ideale **Opfer**. Menschen, die sich einsam fühlen, unter körperlichen Gebrechen leiden, aus sonstigen Gründen auf Hilfe angewiesen sind, können sich solchen „Übergriffen“ durch andere Personen häufig nicht entziehen, da sie entweder dafür nicht mehr die Kraft haben oder sich in einem Abhängigkeitsverhältnis sehen und Angst davor haben, dass ihnen Zuwendung und/oder notwendige Hilfe entzogen wird. Manchmal erkennen die Opfer sogar, dass sie zwar in persönlicher Hinsicht versorgt, aber finanziell missbraucht werden und können sich dennoch nicht dagegen wehren.

Mir sind keine Studien zum Missbrauch von Vorsorgevollmachten bekannt, ähnlich dem Bericht "Vermögensdelikte in Betreuungsverhältnissen" an das Bundesministerium der Justiz und Verbraucherschutz aus dem Jahr 2019¹. Um die Auswirkungen auf die Betroffenen, das Ausmaß der finanziellen und persönlichen Schäden durch missbräuchlich eingesetzte Vorsorgevollmachten sowie daraus abzuleitende Gegenmaßnahmen weiter zu verbessern, wäre es wichtig, durch geeignete Meldestellen eine bessere Erfassung der Missbrauchsfälle zu erreichen.

Bitte beachten Sie, dass in dieser Stellungnahme überwiegend das generische Maskulinum verwendet wird. Dies dient ausschließlich der sprachlichen Vereinfachung und soll alle Menschen, unabhängig von Geschlecht oder Identität, ansprechen.

¹ „Vermögensdelikte in Betreuungsverhältnissen“, Bericht an das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Thomas Gören, Bernd-Dieter Meier, Marcella Megler, Andreas David Peikert, Janna Wegmann, 2019

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?

Ich halte eine standardisierte Prüfung der Geschäftsfähigkeit vor Errichtung oder Widerruf einer Vorsorgevollmacht ohne einen Anlass an konkreten Zweifeln zum einen nicht für praktikabel, es gibt schlicht nicht ausreichend Gutachter, auch zu teuer; zum anderen dürfte es als gravierender Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht eines jeden betrachtet werden und wäre eine Umkehr vom jetzigen Grundsatz der Annahme der Geschäftsfähigkeit einer volljährigen Person.

Denkbar wäre jedoch eine Umkehr der Beweislast in § 104 Nr. 2 BGB bei bestimmten zu definierenden Erkrankungen gemäß ICD bzw. Schweregrad zu normieren. Diese Regelung könnte mit der Aufnahme folgender Verpflichtungen des Notars im Beurkundungsgesetz flankiert werden:

- Der Mandant ist aktiv nach der Diagnose einer Erkrankung wie vorstehend beschrieben zu befragen.
- Der Mandant ist bzgl. der Umkehr der Beweislast bei entsprechender Diagnose zu belehren und dass bei Vorliegen einer solchen Diagnose vor der Beurkundung empfohlen wird, ein Fachgutachten zur Geschäftsfähigkeit erstellen zu lassen.
- Dokumentation der vorstehenden beiden Punkte (einschl. Antwort zu Punkt 1) in der Niederschrift.

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?

Von notariellen Urkunden geht losgelöst von den prozessualen Wirkungen ein hoher Rechtsschein aus. Diese Wirkung ist für viele Rechtsgeschäfte, die über den Notar abgewickelt werden, gerade gewollt. Andererseits kann für den Betroffenen die Feststellung einer positiven Geschäftsfähigkeit, die tatsächlich jedoch bei Vollmachtserteilung nicht vorhanden war, fatal sein. Der Rechtsschein ist selbst bei Gericht sehr schwer zu zerstören, ist jedenfalls sehr langwierig, mühsam und gelingt nicht ohne Weiteres.

Dennoch finden sich in notariellen Beurkundungen von Vorsorgevollmachten immer wieder positive Feststellungen wie z.B. *„Der Erschienene ist voll geschäftsfähig, wie ich mich durch die mit ihm geführt längere Unterhaltung überzeugt habe.“*

Dabei sieht die gesetzliche Regelung keine Amtspflicht zur Dokumentation der positiven Geschäftsfähigkeit bei Vorsorgevollmachten vor². Gemäß § 11 BeurkG soll der Notar, wenn er überzeugt ist, dass dem Beteiligten die Geschäftsfähigkeit fehlt, die Beurkundung unterlassen bzw. bei Zweifeln an der erforderlichen Geschäftsfähigkeit jene in der Niederschrift feststellen.

§ 28 BeurkG bezieht sich auf Verfügungen von Todes wegen, greift somit gerade nicht für Vorsorgevollmachten. Auch § 28 BeurkG fordert nicht die Feststellung der

² BeckOK BGB/Litzenburger BeurkG § 11 Rn. 1-12

Geschäftsfähigkeit, sondern die Wahrnehmungen des Notars über die erforderliche Geschäftsfähigkeit.

Die Geschäftsfähigkeit als solche ist ein rechtlicher Terminus. Ihr vorangestellt ist die Beurteilung einer krankhaften Störung der Geistestätigkeit, der die freie Willensbildung ausschließt (§ 104 Nr. 2 BGB).

Ob eine krankhafte Störung der Geistestätigkeit vorliegt, ist wiederum eine medizinische Fragestellung. Weder ein Notar, Rechtsanwalt, noch Richter, hat üblicherweise die fachliche Kompetenz, derartige Erkrankungen zu diagnostizieren bzw. auszuschließen. Deshalb greifen die Gerichte regelmäßig für die Beurteilung auf fachpsychiatrische Gutachten zurück. Psychiatrische Erkrankungen, die Auswirkungen auf die Geschäftsfähigkeit haben, sind auch für Ärzte, selbst für die betreffenden Fachärzte je nach Krankheitsbild teilweise schwer zu diagnostizieren.

Die Wahrnehmungen, insbesondere die Begleitumstände einer Beurkundung, die für eine medizinische Beurteilung einer Geschäftsfähigkeit relevant sind, könnten jedoch – jedenfalls nach betreffenden Schulungen - auch von Juristen dokumentiert werden.

Welche weiteren konkreten Wahrnehmungen wiederum hilfreich im Rahmen einer gutachterlichen Betrachtung sind, und welche Fragen hierzu idealerweise gestellt werden, sollte im Rahmen einer interdisziplinären Zusammenarbeit mit fachspezifischen medizinischen Gutachtern ausgearbeitet werden und dann entsprechende Schulungen für die Dokumentation angeboten werden. Einfach zu dokumentierende Begleitumstände können sein: Wer hat den Notar kontaktiert, wer hat ihm die primären Angaben für den Inhalt der Urkunde gemacht, wer war bei der Beurkundung anwesend³.

Dies könnte ggfls. auch den nachfolgenden Zwiespalt überwinden: Zum einen unterliegt der Notar seinen Amtspflichten. Der Mandant ist nichtsdestotrotz auch zahlender Kunde und sicherlich nicht begeistert, wenn ein Notar seine Zweifel an der Geschäftsfähigkeit des Mandanten ausformuliert. Vor diesem Hintergrund erscheint es im Rahmen einer Beurkundung tragfähiger, konkrete Wahrnehmungen der Umstände der Beurkundung in eine Urkunde aufzunehmen, die wiederum die Arbeit eines späteren Gutachters unterstützen.

Insofern könnte das Beurkundungsgesetz z.B. wie folgt angepasst werden, dass seitens des Notars konkrete Wahrnehmungen zu den Umständen der Beurkundung dokumentiert werden, die seine Zweifel an der Geschäftsfähigkeit ausgelöst haben.

§ 11 BeurkG

- (1) Fehlt einem Beteiligten nach der Überzeugung des Notars die erforderliche Geschäftsfähigkeit, so soll die Beurkundung abgelehnt werden. Hat der Notar nach seiner Überzeugung Anlass zu Zweifel an der erforderlichen Geschäftsfähigkeit eines Beteiligten, soll der Notar in der Niederschrift seine konkreten Wahrnehmungen zu den Umständen der Beurkundung feststellen.

Des Weiteren sollte im BeurkG (z.B. durch Einfügen eines weiteren Absatzes in § 11 BeurkG) ergänzt werden, dass ausdrücklich keine Feststellungen zur positiven Geschäftsfähigkeit im Rahmen einer Beurkundung gemacht werden sollen. Dies ist aufgrund des Ausgangspunkts der Geschäftsfähigkeit gemäß § 104 BGB auch nicht notwendig (konsequenterweise müsste § 28 BeurkG entsprechend angepasst werden).

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

³ S.a. Cording, Anmerkung zu OLG Hamm, Urt. v. 13.7.2021, ErbR 2021, 955

Grundsätzlich nein, siehe Ausführungen zu Frage 1, jedoch auch zu Frage 5 (Formerfordernis).

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)?

Je nach Fallsituation Aufklärung der Vollmachtgeber durch Notare, Rechtsanwälte, Betreuungsstelle sowie sonstige Beratungsstellen, dass sie in Zweifelsfällen selbst im Sinne der Rechtssicherheit ein psychiatrisches Gutachten zum Zeitpunkt der Vollmachterrichtung/Widerruf (wie auch bei Testamentserrichtung) in Auftrag geben können, um die Geschäftsfähigkeit festzustellen. Dieses Gutachten kann im Rahmen von späteren Rechtsstreitigkeiten Verwendung finden.

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?

Generell sollte schon aus Beweisgründen **Schriftform** für die Vorsorgevollmacht angeordnet werden.

Vor der Errichtung einer Vorsorgevollmacht sollte eine

1. eine **verpflichtende Beratung** vorangestellt werden (s. Details in Frage 11 u.a. auch für niedrigschwellige Angebote) **und**
2. die **Registrierung der Vorsorgevollmacht** Wirksamkeitsvoraussetzung werden (s. Frage 6).

Gerne werden Ankreuzvollmachten von den Vollmachtgebern in wenigen Minuten zu Hause ausgefüllt. Wie ein Musterformular eines Mietvertrages vom Mieterbund oder Haus- und Eigentümerverschein wird die Vorsorgevollmacht ausgefüllt, angekreuzt. Vor dem Hintergrund, dass die Vorsorgevollmacht eine der umfassendsten Vollmachten ist, steht häufig die Zeit für die Errichtung der Vollmacht in keinem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung des Rechtsgeschäfts und der einhergehenden Missbrauchsgefahr. Genau dies spielt auch den strategischen Tätern (s.o. Fallgruppe 2 und 3) in die Hände. Die vorherige Beratung und Registrierung sorgen für einen gewissen Übereilungsschutz und Transparenz.

Des Weiteren sollte der Widerruf von Vorsorgevollmachten formbedürftig und seinerseits registrierungspflichtig sein. Gerade in der Fallgruppe 2 werden Vorsorgevollmachten übereilt widerrufen, die der Vollmachtgeber in „guten“ Zeiten z.B. im Rahmen einer Vorsorge- und Nachfolgeplanung errichtet hat.

Der Widerruf sollte mindestens in der Form erfolgen müssen, in der auch die Vorsorgevollmacht errichtet wurde. Wurde die Vorsorgevollmacht beurkundet ist auch der Widerruf zu beurkunden etc.

Hinsichtlich der Registrierung des Widerrufs ist es m.E. wichtig, dass die Eintragung des Widerrufs nicht durch den Vollmachtgeber selbst vorgenommen werden kann (in Rahmen

der Fallgruppe 2 würde dies der Täter selbst abwickeln), sondern nur von institutionellen Nutzern des ZVR. Voraussetzung für die Entgegennahmen des Widerrufs ist persönliches Erscheinen des Vollmachtgebers und ein Identitätsnachweis.

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, aus folgenden Gründen:

1. Im Verhältnis zu anderen Vollmachten, wäre dies ein deutliches Signal an den Vollmachtgeber sowie Vollmachtnehmer, dass es sich um eine außergewöhnliche Vollmacht handelt.
2. Erhöhen der Transparenz, eingesetzte Vollmachtnehmer sind identifizierbar
3. Zum Widerruf s. Frage 5

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?

Ja, Elemente einer gesetzlichen Definition:

- Vorsorgevollmacht ist jede Vollmacht, die zur Abwendung einer rechtlichen Betreuung errichtet wird und im ZVR registriert wurde.
- Im Innenverhältnis per definitionem nur auf ausdrückliche Weisung einzusetzen oder zur Verwendung im Vorsorgefall
- Sofern nicht ausdrücklich etwas anderes geregelt wird, gelten die §§ 164 BGB, im Innenverhältnis die Regelungen des Auftrags- bzw. Geschäftsbesorgungsrechts.

Verortung in § 1820 BGB.

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?

Legte man Vollmachtnehmern gesetzlich entsprechende Anzeigepflichten auf, befürchte ich, dass dies Menschen von der Übernahme von Vorsorgevollmachten abhalten könnte, insbesondere wenn ggfls. bei zu später Meldung eine Haftung drohen sollte.

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?

Siehe oben Frage 7 (Verwendung der Vorsorgevollmacht nur auf Weisung bzw. Vorsorgefall)

Die Regelungen des Auftragsrechts sollten einheitlich gelten – auch in der Ehe. Es steht den Ehegatten frei, das Schutzniveau zu reduzieren, indem sie es ausdrücklich anordnen.

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?

Die Bandbreite an Vorsorgeinstrumenten wie Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung und rechtliche Betreuung bietet eine differenzierte Auswahl. Es ist von entscheidender Bedeutung, das Augenmerk auf eine sorgfältige Ausgestaltung dieser Instrumente zu lenken. In diesem Zusammenhang betrachte ich sowohl das Ehegattenvertretungsrecht als auch die aktuell diskutierte Verantwortungsgemeinschaft kritisch. Diese erscheinen vor dem Hintergrund bereits vorhandener Instrumente nicht zwingend erforderlich, da ihre Funktion auch durch Vollmachten erfüllt werden kann. Die Einführung neuer Instrumente führt meines Erachtens eher zu Verwirrung und trägt dazu bei, dass viele Menschen letztendlich keine Vorsorge treffen, da sie durch die Vielzahl an Optionen überfordert sind.

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)?

Ich möchte insoweit zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten unterscheiden:

1. Vollmachtgeber

Ich halte eine Basis-Pflichtberatung des Vollmachtgebers vor der Errichtung einer Vorsorgevollmacht mit einem Mindestkatalog an Informationen zielführend. Zum einen wird dem Vollmachtgeber die besondere Bedeutung und Reichweite einer Vorsorgevollmacht klar. Gleichzeitig kann dies im Sinne des Missbrauchsschutzes ein sehr wirksames Instrument sein, um eine überstürzte Ausstellung einer Vorsorgevollmacht auf Druck eines Dritten (Fallgruppe 3) zu vermeiden.

In eine solche Beratung sollten jedoch alle Vorsorgeinstrumente und deren jeweiligen rechtlichen Ausgestaltung und Auswirkungen einbezogen werden. Mit Vorsorgeinstrumente meine ich Vorsorgevollmacht einschl. eines Weisungspapiers (Regelungen des Innenverhältnis), Betreuungsverfügung, Patientenverfügung, sowie auch die rechtliche Betreuung als gesetzliche Rückfallregelung. Gerade durch die Beratung kann die beratene Person zu dem Schluss kommen, es bei der rechtlichen Betreuung zu belassen oder eine Betreuungsverfügung errichten zu wollen.

Eine solche Basis-Pflichtberatung sollte durch Notare, Rechtsanwälte, Betreuungsstellen, Betreuungsvereine ggfls. auch zukünftig von „Vorsorgevereinen“ oder ähnlichen Organisationen erbracht werden können.

Im Hinblick auf die Vorsorgevollmacht und dem Weisungspapier gerade auch vor dem Hintergrund des Missbrauchsschutzes sollten vor allem die folgenden Themen im Rahmen einer Beratung aufgegriffen werden:

- Umfang der Vollmacht, insbesondere die besondere Bedeutung des Vertrauens in die Redlichkeit der bevollmächtigten Person.
- Einzel- oder Gesamtvertretung, Hierarchie, wenn mehrere Bevollmächtigte
- Insichgeschäfte des Bevollmächtigten
- Unterbevollmächtigung
- Rechnungslegungspflichten
- Widerrufsmöglichkeiten
- Weisungspapier (klare Trennung zw. der Vollmacht nach außen und internen Weisungen)
- Das Hinterfragen der Praktikabilität einer konkreten Bevollmächtigung.

Erlauben Sie mir, diesen letzten Punkt ausführlicher zu erläutern: In meiner Beratungspraxis begegnen mir häufig Mandanten und Mandantinnen, die potenzielle Bevollmächtigte benennen - meist ihre Kinder -, die entweder an anderen Orten leben oder bereits andere Verpflichtungen haben. Diese Verpflichtungen können von der Betreuung eigener minderjähriger Kinder bis hin zu beruflichen Einschränkungen reichen. In solchen Fällen stellt sich die angemessene Ausübung einer Vorsorgevollmacht oft als problematisch dar.

Wenn der Vorsorgefall eintritt, stehen die bevollmächtigten Personen oft vor erheblichen Schwierigkeiten, manchmal sogar vor unlösbaren Herausforderungen, die Vorsorgevollmacht tatsächlich auszuüben. Dies kann dazu führen, dass ein "Vakuum" entsteht, das es anderen Personen ermöglicht, sich einzuschleichen (Fallgruppe 2). Wenn diese Problematik frühzeitig erkannt wird, kann entweder eine andere Person als Bevollmächtigter gewählt oder zumindest die Art und Weise der Vollmachtausübung durch den Bevollmächtigten als "Organisator mit Kontrollfunktion" festgelegt werden. Alternativ können vorab besprochene Unterbevollmächtigte durch den Vorsorgebevollmächtigten eingesetzt werden, um das Risiko des "Einschleichens" von Dritten zu verringern. In einigen Fällen entscheidet sich der Vollmachtgeber auch dafür, auf die rechtliche Betreuung/Betreuungsverfügung umzusteigen und diese optimal zu gestalten.

2. Bevollmächtigter

Auch für die Bevollmächtigten sollten die Beratungsmöglichkeiten, vor allem niedrighschwellige, ausgeweitet werden. Diese sehe ich als fakultativ an.

Trotz der notwendigen Ausformulierung in der Vorsorgevollmacht sind vielen Bevollmächtigten die Genehmigungserfordernisse gemäß §§ 1829, 1831, 1832 BGB nicht klar. Genehmigungen werden teilweise nicht eingeholt, bzw. es ist für die Vollmachtnehmer unklar, bei welchem Gericht und wie diese einzuholen sind.

Des Weiteren sind den Bevollmächtigten die gesetzlichen Anforderungen aus dem Auftragsrecht nicht bekannt, insbesondere nicht die umfassende Pflicht zur Rechnungslegung (und somit auch nicht die möglicherweise damit einhergehende Haftungsfalle gegenüber späteren Erben). In Bereich der Vermögensverwaltung besteht ebenfalls Informationsbedarf hinsichtlich Insichgeschäften und Schenkungen.

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

Mehr Informationskampagnen über öffentliche, institutionelle Träger.

Niedrigschwellige Informationsangebote sollten bereits deutlich früher an alle volljährigen Personen gerichtet werden. Es ist häufig zu beobachten, dass viele Menschen erst im Alter von 70 oder sogar 80 Jahren Beratung in Anspruch nehmen. Zu diesem Zeitpunkt zeigen einige bereits Anzeichen mangelnder Entscheidungsfähigkeit, ohne gleichzeitig als geschäftsunfähig zu gelten.

Jede Person sollte bereits nach ihrem 18. Geburtstag darüber nachdenken, ob sie im Falle einer Vorsorgebedürftigkeit eine Vorsorgevollmacht anstelle einer rechtlichen Betreuung wünscht (oder eben nicht), und wer in ihrem eigenen Umfeld dafür geeignet wäre. Es ist wichtig, getroffene Entscheidungen regelmäßig zu überprüfen - ist die gewählte Person immer noch die richtige, passen die Inhalte der Vorsorgevollmacht noch zu den aktuellen Umständen? Die Entscheidung für das richtige Vorsorgeinstrument und die fortlaufende Anpassung sollten ab dem Zeitpunkt der Volljährigkeit zur Selbstverständlichkeit für jeden werden.

Entscheidungen für und die Ausgestaltung einer Vorsorgevollmacht sowie eines Testaments erfordern einen klaren Verstand und Kraft. Leider suchen viele Menschen erst sehr spät in ihrem Leben Rat in diesen Angelegenheiten.

Folgende Behörden/Einrichtungen sowie Anlässe könnten in Informationskampagnen einbezogen werden.

- Ⓟ Weiterführende Schulen
- Ⓟ Hochzeit -> Standesämter
- Ⓟ Geburt eines Kindes -> Kindergeldkasse
- Ⓟ Umzug (Einwohnermeldeamt)
- Ⓟ Arbeitgeber (auch im Hinblick auf Information von Vorsorgeinstrumenten für Eltern)
- Ⓟ Krankenhausaufenthalte jeglicher Art, Reha-Zentren
- Ⓟ Umzug ins Pflegeheim

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?

Der Vollmachtgeber kann selbst private Kontrolle in der Vorsorgevollmacht durch einen Kontrollbevollmächtigten anordnen. Dies kann eine Privatperson im Umfeld des Vollmachtgebers sein oder eine Person, die dies beruflich ausübt, z.B. Rechtsanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater etc.

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?

Ja.

Aufgrund der hohen Bedeutung des Wohnraums für den Vollmachtgeber, sollte die **Aufgabe des Wohnraums** ebenfalls unter Genehmigungsvorbehalt gestellt werden und § 1833 BGB entsprechend ergänzt werden.

Die **Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts des Vollmachtgebers in das Ausland** sollte nur zulässig sein, wenn der Vollmachtgeber das Aufenthaltsbestimmungsrecht in Bezug auf den gewöhnlichen Aufenthalt schriftlich in der Vollmacht auf das Ausland erstreckt. Zusätzlich sollte die Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts in das Ausland der Genehmigung des Betreuungsgerichts bedürfen. Der Vollmachtgeber wird regelmäßig bei Vollmacherstellung davon ausgehen, dass deutsches Recht zur Anwendung kommen soll und er nicht ohne Weiteres in irgendein anderes Land verbracht wird, das z.B. eine schlechtere Pflege oder rechtlich einen niedrigeren Schutzstandard hat. Sollte der Vollmachtgeber die Möglichkeit eröffnen wollen, dauerhaft seinen gewöhnlichen Aufenthalt in das Ausland verlegen zu lassen – auch nur für bestimmte Länder – kann er dies in der Vollmacht ausdrücklich, allerdings unter Fortbestand des gerichtlichen Genehmigungsvorbehalts, anordnen. Eine solche Regelung könnte als § 1833a BGB entsprechend eingefügt werden.

Des Weiteren wäre es denkbar, dass Vollmachtgeber die Möglichkeit haben, die **Genehmigungsvorbehalte, die auch für einen Betreuten gelten, optional** in der Vollmacht schriftlich festzulegen. Beispielsweise könnte ein Vollmachtgeber entscheiden, ob die Auflösung seines Aktiendepots oder die Veräußerung von Immobilien über den Wohnraum hinaus einer gerichtlichen Genehmigung bedarf.

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

Meiner Ansicht nach ist einer der entscheidenden Punkte zum Schutz der Betroffenen die Schnelligkeit des Verfahrens und eine schnelle initiale Ermittlung des Gerichts. Jede Verzögerung im Missbrauchsfall spielt den Tätern in die Hände. Die Interessen der beteiligten Personen in solchen Fällen zu erkennen, ist keineswegs einfach. Daher sollte das Gericht je nach Gefährdungssachverhalt unverzüglich Kontakt mit den behandelnden Ärzten, dem Pflegeheim, Bankmitarbeitern, Nachbarn, Bekannten und Verwandten aufnehmen, Auskünfte hinsichtlich der persönlichen und finanziellen einholen, um sich innerhalb kürzester Zeit einen umfassenden Überblick zu verschaffen.

Ehegatten, Verwandte in gerader Linie und Geschwister sollten auf Antrag als Muss-Beteiligte eingestuft werden können, oder zumindest über das Betreuungsverfahren informiert und berechtigt sein, eine Anhörung zu beantragen.

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?

Nein, die Regelung ist noch nicht lange in Kraft. Bei einer persönlichen Umfrage im Kollegenkreis, gab es nur wenige, die mit einer Kontrollbetreuung bereits konfrontiert waren.

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)?

Im Rahmen vom Vollmachtsmissbrauch sind insbesondere Untreue (§266 StGB), Unterschlagung und Diebstahl relevante Straftatbestände. § 266 II StGB verweist auf das **Antragserfordernis des § 247 StGB**, so dass gerade eine Haupttätergruppe in diesem Deliktsbereich nämlich Angehörige und mit dem Verletzten in häuslicher Gemeinschaft lebende Personen über § 247 StGB paradoxerweise vom Gesetzgeber besonders „geschützt“ werden. Da in § 247 StGB nicht angeordnet, geht das Antragsrecht nicht einmal gemäß § 77 II StGB auf mögliche Erben über. Materiellrechtlich stellt § 247 StGB geradezu eine Einladung für den Missbrauch von Vorsorgevollmachten dar.

Vollmachtgeber, die sich entweder emotional oder im Hinblick auf Pflege, Unterstützung abhängig fühlen, stellen in der Regel keinen Strafantrag bzw. lehnen diesen ausdrücklich ab⁴.

Das Privileg von § 247 sollte in jedem Fall für (Vorsorge-)Bevollmächtigte abgeschafft werden. Ein von Strafrechtsexperten weiter zu prüfender Formulierungsvorschlag könnte lauten:

[§ 247 Haus- und Familiendiebstahl](#)

Ist durch einen Diebstahl oder eine Unterschlagung ein Angehöriger, der Vormund oder der Betreuer verletzt oder lebt der Verletzte mit dem Täter in häuslicher Gemeinschaft, so wird die Tat nur auf Antrag verfolgt. Dies gilt nicht, wenn der Täter die Tat in Ausübung einer vom Verletzten erteilten Vollmacht begeht.

Ferner erscheinen bzgl. folgender Straftatbestände weitere Anpassungsprüfungen erforderlich:

Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit

[§ 225 Mißhandlung von Schutzbefohlenen](#)

Bzgl. der mir eingeschränkt vorliegende Kommentierung zum StGB setzt § 225 I, Nr. 1 StGB eine Sorgepflicht des Täters voraus⁵. Dies dürfte bei einer einfachen Vorsorgevollmacht ohne Pflegevereinbarung nicht ohne weiteres greifen. Hier wäre meines Erachtens eine Schärfung notwendig: Greifen § 225 I, Nr. 1 und 2 StGB nicht, dürfte regelmäßig „nur“ eine Körperverletzung nach § 223 StGB einschlägig sein. Für diese besteht wiederum ein Strafantragserfordernis gemäß § 230 StGB, wenn das besondere öffentliche Interesse durch die Strafverfolgungsbehörde nicht bejaht wird. Wie auch beim Antragserfordernis bei Untreue, Unterschlagung, wird die betroffene

⁴ s. z.B. LG Ellwangen Beschl. v. 21.7.2022 – 1 Qs 51/22, BeckRS 2022, 52828

⁵ BeckOK StGB/Eschelbach StGB § 225 Rn. 8-11

Person häufig keinen Strafantrag stellen (können). Auch hier könnte wiederum normiert werden, dass das Strafantragserfordernis entfällt, wenn die Körperverletzung bzw. Misshandlung im Rahmen der Ausübung einer Vollmacht begangen wird.

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

- Das Original der Vollmacht ist auf Verlangen des Gerichts vorzeigen, nicht nur Abschrift gemäß § 1820 Abs. 1 BGB - ggfls. im Wege der Rechtshilfe vor jedem dt. Betreuungsgericht.
- Bei Wohnortwechsel des Betroffenen und dem Wechsel der örtlichen Zuständigkeit des Betreuungsgerichts kommt es häufig zu erheblichen Verzögerungen der Übernahme und Stillstand des Betreuungsverfahrens (teilweise mehrere Monate!), Mindestens bei Kontrollbetreuungen sollte daher die örtliche Zuständigkeit so lange bei dem Ausgangsgericht verbleiben, bis das neue, örtlich zuständige Gericht ausdrücklich die Übernahme gegenüber dem zuvor zuständigen Gericht erklärt hat (entsprechende Änderung von § 272 FamFG)
- Anforderungen bzw. Ausschlusskriterien für Bevollmächtigten -> Keine als vorbestraft geltende Straftäter, insbesondere wenn einschlägig vorbestraft, sprich Vermögensdelikte oder vorsätzliche Straftaten gegen Leib und Leben
- Möglichkeit auch im Rahmen der Vorsorgevollmacht einen Einwilligungsvorbehalt einräumen zu könne (wenn rechtzeitig, dann hilfreich für die im Vorwort beschriebenen Fälle der „Unterschrifterschleichung“)
- Vielvertretungen (nicht nur parallel, sondern auch nacheinander) durch Vollmachtnehmer, die mit dem Vollmachtgeber nicht verwandt sind, sollten im ZVR anzeigepflichtig werden, so dass dieser Umstand für Betreuungsgerichte, Betreuungsstelle und Polizei erkennbar wäre
- Zugriffsrechte für Polizei, Betreuungsgerichte, Betreuungsbehörde im Rahmen von Ermittlungen auf ZVR
- Zugriffsrechte für Rechtsanwälte auf ZVR in Bezug auf registrierte Vorsorgedokumente ihrer eigenen Mandanten
- Zentrales Beschwerdemanagement bei Betreuungsbehörde bzgl. Betreuungen und Vollmachtübernahmen
- Zentrale Meldung von Missbrauchsfällen (idealerweise Betreuung und Vorsorgevollmacht)
- Gesetzliche Vorgaben zur Erstellung von ärztlichen Attesten über die Geschäftsfähigkeit. Teilweise werden bei Teilnehmern des Rechtsverkehrs einfache ärztliche Atteste zur vorhandenen Geschäftsfähigkeit vorgelegt, die darauf basierend Handlungen vornehmen; Schulung von Ärzten bzgl. der rechtlichen Bedeutung dieser Dokumente.