

Z Erb

1 | Januar 2023
25. Jahrgang

Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis

Erbrechtspraxis

Missbrauch von Vorsorgevollmachten – ein verdrängtes Problem	
Ein Erfahrungsbericht aus der Praxis	1
<i>Annett Mau, Kriminalhauptkommissarin, Berlin</i>	
Die Rechtswirkungen der Erbscheinserteilung und des Erbenfeststellungsurteils sowie Rechtsschutzmöglichkeiten des wirklichen Erben im Fall eines nach Ablauf der Rechtsbehelfsfristen aufgefundenen Testaments (Teil I)	9
<i>Dr. Erwin Müller, M.A. (UC Davis), Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Potsdam</i>	
Verschollenheit im Erbrecht	13
<i>Dr. Dietmar Kurze, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Erbrecht, VorsorgeAnwalt, Berlin</i>	

Rechtsprechung

KG Berlin: Grundbuchberichtigung bei Unrichtigkeit eines Testamentsvollstreckungszeugnisses	16
OLG Hamm: § 2292 BGB: Zur Aufhebung eines Erbvertrags zwischen Ehegatten durch gemeinschaftliches Testament	20
OLG Köln: Erbeinsetzung bei einer Zuwendung nach Vermögensgruppen	24
OLG Oldenburg: Zur Anwachsung nach § 2094 Abs. 1 S. 1 BGB bei Schlusserbeinsetzung und weitere Rechtsprechung	30

Schriftleitung

Dr. Pierre Plottek, Rechtsanwalt und Notar

Herausgeber

Deutsche Vereinigung für Erbrecht und Vermögensnachfolge e.V.

Mitherausgeber

Raymond Halaczinsky, RA, Ministerialrat a. D. · Dr. Marc Jülicher, RA und FASr · Dr. Christopher Riedel, LL. M., RA, FASr und StB · Ulf Schönenberg-Wessel, RA, FAERbR und Notar · Dr. Thomas Wachter, Notar

Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Burandt LL. M., M. A., MBA, RA, FAERbR und FAFamR · Dr. Martin Feick, RA · Prof. Dr. Rainer Frank · Prof. Dr. Dr. Thomas Gergen · Ulrich Gerken, RA, FAERbR und FASr · Dr. Heinz-Willi Kamps, RA und FASr · Karl-Ludwig Kerscher, RA · Prof. Dr. Ludwig Kroiß, Traunstein, PräsLG · Walter Krug, Vors. RiLG a. D. · Dr. Dietmar Kurze, RA und FAERbR · Prof. Dr. Ralph Landsittel, RA, FASr und FAERbR · Nina Lenz-Brendel, RAin und FAinERbR · Thomas Littig, RA und FAERbR · Prof. Dr. Rainer Lorz, RA · Dr. Gordian Oertel, RA und FAERbR · Michael Ott-Eulberg, RA und FAERbR · Mark Pawlytta, RA · Stephan Reißmann, RA und FAERbR · Julia Roglmeier, LL.M., RAin und FAinERbR · Dr. Hubertus Rohlfing, Notar a. D., RA und FAERbR · Gerhard Ruby, RA und FAERbR · Michael Rudolf, RA und FAERbR · Dr. K. Jan Schiffer, RA · Dr. Andreas Schindler LL. M., RA · Dr. Sebastian Spiegelberger, Notar a. D. · Roland Wendt, RiBGH a. D. · Dr. Alexander Wirich, RA und FAERbR · Prof. Dr. Dr. h. c. Walter Zimmermann

z erb
verlag

Fachverlag für die
Erbrechtspraxis

 **DVEV**
Deutsche Vereinigung für Erbrecht
und Vermögensnachfolge e.V.

Missbrauch von Vorsorgevollmachten – ein verdrängtes Problem

Ein Erfahrungsbericht aus der Praxis

Annett Mau, Kriminalhauptkommissarin, Berlin

Zum 1.1.2023 hat der Gesetzgeber das Betreuungsrecht (auch) hinsichtlich Vorsorgevollmacht novelliert. Nunmehr ist die sog. Wohlschranke gestrichen und die Willensbefolgungspflicht oberstes Gebot. Die Konsequenzen sind fatal. Der Beitrag befasst sich mit Rechtslücken im neuen Betreuungsrecht.

I. Vorbemerkungen

Bezüglich Vorsorgevollmachten¹ erscheinen zwei Ansichten unverrückbar: Zum einen, dass die Vorsorgevollmacht ein bewährtes Konzept sei, welches keiner Nachbesserung mehr bedürfe,² und zum anderen, dass etwaige Missbrauchsfälle allein medial verbreitet seien und ungerechtfertigt sowie überhöht in den Fokus gerückt würden. In diesem Sinne werden Empfehlungen von Experten wiederholt ausgesprochen, wie jüngst in der FamRZ:

„Der Gesetzgeber sollte dies jedoch nicht überbewerten, da der ganz überwiegende Anteil erteilter Vorsorgevollmachten reibungslos „funktioniert“, ohne dass dies überhaupt nennenswert an die Öffentlichkeit dringen würde. Die Gestaltungs- und Beratungspraxis sorgt sich daher auch nicht so sehr um eine (wohlgemerkt: nicht feststellbare) überproportionale Zunahme von Missbrauchsfällen, sondern umgekehrt mehr um eine auch den Interessen des Bevollmächtigten gerecht werdende Ausgestaltung des Grundverhältnisses der Vorsorgevollmacht.“³

Für den Praktiker bleibt völlig unklar, woher diese Erkenntnisse stammen und womit sie begründet werden könnten. Mir jedenfalls ist keine einzige Studie bekannt, die sich dieser Frage widmet. Der Umstand, dass die Rechtsprechung bspw. die Auskunft- und Rechenschaftspflichten soweit ausdehnt,

„[...] dass zu befürchten steht, dass sich ohne eine maßvolle Begrenzung der Pflichten des Bevollmächtigten [...] bald kein Angehöriger mehr finden wird, der bereit ist, die zeitintensive und verantwortungsvolle Tätigkeit [...] auszuüben“⁴

gibt offenbar auch nicht zu denken.

Warum führe ich dies aus?

Weil es die steten, ungeprüft wiederholten, abgenutzten und letztlich unzutreffenden Argumente sind, die jeglichen Nachbesserungsansatz im Keime ersticken. Dass ein Missbrauch nicht feststellbar und deshalb nicht existent sei, wird dabei als augenscheinlicher Beweis angeführt. Sollte dennoch ein solcher Fall eintreten, lägen genügend Instrumente auf dem Tisch, diesen einzudämmen und zu sanktionieren.⁵

Ich kenne etliche, die hier vehement widersprechen würden; darunter solvente Personen mit ausgewiesenem juristischem Sachverstand; also hinreichend gerüstet, derartige Sachverhalte auf dem zivil- und strafrechtlichen Wege einer sachgerechten Klärung zuzuführen; die aber dennoch scheiterten und sich deshalb an die Polizei wandten. Im Verlauf vieler Gespräche, Vorträge, Interviews und schriftlichen Ausführungen wurde insbesondere deutlich, dass allein der konkrete Fall die Zuhörer bzw. Leser zum Nach- und Umdenken führt. Deshalb soll ein solcher Fall hier vorgestellt werden.

II. Einführung in ein Anwendungsproblem gesetzlicher Regelungen

Gesetzliche Regelungen sollten ihre Wirksamkeit mit geringstmöglichem Eingriff in unser aller Leben entfalten können und dabei gleichzeitig so leicht wie möglich in der Anwendung sein. Und natürlich sollten sie das regeln, wofür sie geschaffen wurden. Das gilt insbesondere für Regelungen, die so tief in das Leben eines Menschen eingreifen, wie es im Betreuungsfall notwendig wird. Denn hier geht es um alles, was uns direkt betrifft: Familie, Vermögen, Wohnen, persönliche Freiheit, individuelle Entfaltung, freier Wille, Selbstbestimmung. Im nachfolgenden Fall haben die Betroffenen (Vollmachtgeber und Vollmachtnehmer) die gesetzlichen Rahmenbedingungen bestmöglich angewendet und wurden dennoch Opfer eines Vollmachtmissbrauchs. Ich werde aufzeigen, dass der gesetzliche Rahmen selbst bei bester Nutzung aller Möglichkeiten einen wirksamen Schutz nicht gewährleistet. Dies ist der erste von zwei Beiträgen zu dieser Problematik. Hier sollen anhand eines Beispiels aus der Praxis⁶ die Schwierigkeiten beleuchtet werden. Im zweiten Teil wird auf die juristischen Probleme tiefer eingegangen.

III. Ein typischer Fall

1. Die Vorsorge

Ein alter Mann, nennen wir ihn Friedhelm, war (anders als sein Name vermuten lässt), in seinem aktiven Leben durch Willenskraft und Durchsetzungsvermögen sehr erfolgreich. Er wusste Bescheid, konnte den Wechselfällen des Lebens wirkungsvoll entgegenreten und sie in seinem Sinne zufriedenstellend lösen.

1) §§ 1820 BGB n.F.; 20a BeurkG.

2) Müller-Engels, FamRZ 2021, 645–652.

3) Ebenda, S. 646.

4) Ebenda.

5) BT-Drucks 19/10400 v. 22.5.2019 u. BT-Drucks 19/15372 v. 22.11.2019.

6) Aus rechtlichen Gründen kann nicht ein einzelnes Beispiel genutzt werden; der Rückschluss wäre nicht vermeidbar; es wurde folglich aus mehreren Verfahren ein Beispiel gebildet.

Auch ein erfolgreicher und sehr vermöglicher Mann wird alt, gebrechlich, abhängig von anderen.

Nun ist „Not am Mann“ und Hilfe unabdingbar. Aufgeklärt und gut beraten lässt Friedhelm eine große Vollmacht – die Generalvollmacht – notariell beurkunden. Bevollmächtigt sind der langjährige Freund sowie die Tochter, die auch die Mutter schon gepflegt hat. Der Notar kennt die Umstände, weiß um das Vermögen und was der alte Herr für Vorstellungen für die Zeit der Sorge hat. Das Innenverhältnis wird schriftlich fixiert, damit später keine Zweifel aufkommen und beim Notar hinterlegt. Bedacht ist, dass der Aufwand der Bevollmächtigten nicht ohne Entschädigung erbracht werden soll, dass Schenkungen weiterhin möglich bleiben, dass die Aufgabe der eigenen Wohnung notwendig werden könnte und dass Immobilien vielleicht verkauft werden müssen. Die Bevollmächtigten sind zur Auskunft verpflichtet und haben Belege vorzuhalten. Und ja – der alte Mann kennt das Leben – auch eine Kontrolle der Vollmachtnehmer ist geregelt. Also eine sehr gute Vollmacht und deshalb beste Voraussetzung, dass es im Alter an nichts fehlen wird. Die Bevollmächtigten waren bereit und ebenfalls guten Willens.

2. Der Vorsorgefall

Alles gut? Zunächst ja, denn mehr Vorausschau ist kaum möglich. Aber auch sicher? Vielleicht – wenn Friedhelm Glück hat. Denn allein Glück ist es, wenn er nur von lauterer, wohlmeinenden Menschen umgeben ist und zufrieden nach den eigenen, sorgfältig niedergelegten Wünschen leben kann. Zur Wahrheit gehört nämlich, dass Vorsichtsmaßnahmen allein nicht ausschlaggebend sind für die Wahrscheinlichkeit, nicht Opfer zu werden. Denn Friedhelm kann – wie andere in seiner veränderten Lebenslage – in den Fokus einschlägiger „Interessenten“ mit wenig ehrbaren Absichten geraten. Und Friedhelm ist gefährdet, denn es gibt bei ihm viel zu holen. Sehr viel. Und ja, da werden ziemlich viele Kreise sehr interessiert. Es müssen nicht kriminelle Banden sein bzw. ist es ein Irrglaube, dass Menschen „nur mit hoher krimineller Energie“⁴⁷ der Versuchung erliegen. Da wird auch die Pflegekraft schon mal schwach. Oder der Gärtner, der Taxifahrer, die Haushaltshilfe. Und auf die ist Friedhelm für die Bewältigung des Alltags angewiesen, denn die Tochter und der Freund sind nicht immer um ihn. Die Einschränkungen nehmen zu, die Anforderungen ändern sich, der Hilfebedarf wird größer, die eigene Unfähigkeit leider auch. Die neuen Handys sind so klein, die Augen so schwach, die Erklärungen so schwer verständlich. Immer dieses Internet. Es geht ja nichts mehr ohne.

Also wächst die Abhängigkeit von anderen, von deren Zeit, Kraft und Willen. Gleichzeitig nutzen die lebenslang erworbenen Fähigkeiten nicht mehr wirklich und die eigenen Möglichkeiten, sich auf neue Alternativen adäquat einzustellen, werden ebenfalls weniger. Die notwendige Kontrolle (geboren aus einem immerwährenden Quäntchen Misstrauen) ist auch nicht aufrechtzuhalten. Ganz praktisch nicht, weil die Kontoauszüge zwar online abrufbar sind, aber Friedhelm damit einfach nicht mehr klarkommt und er obendrein nicht mehr genug sieht und nicht mehr versteht, wer da alles vom Konto einzieht. Wird schon stimmen. Muss einfach.

In dieser Lage brauchen Friedhelm und die vielen anderen in seiner Lage die Hilfe des Gesetzgebers. Bekommt er diese Hilfe? Schauen wir hin:

3. Der „Graubereich“

Der „Graubereich“ bezeichnet den fließenden Übergang zwischen Geschäftsfähigkeit und Geschäftsunfähigkeit, die rechtlich erst durch ein Gericht festgestellt werden muss.

Nach dem neuen Recht ist Friedhelms Wille, nicht seine Hilfebedürftigkeit, oberstes Gebot. Auch wenn Friedhelm in gewohnter Manier und herrischem Befehlston Anweisungen erteilt, die zwar keinen rechten Sinn ergeben und auf falschen Annahmen beruhen, muss sein Wille geschehen – unabhängig davon, wie nachteilig die Folgen vielleicht sind.⁸ Wenn Friedhelm z.B. glaubt, das Haus der Pflegerin übertragen zu müssen, weil andernfalls die Pflege nicht gewährleistet wäre und er davon nicht abzubringen ist – wer könne sich dem entgegenstellen? Wenn die Tochter, so weit weg und mit dem eigenen Leben beschäftigt, nicht die gewünschte Zeit für ihn hat, sucht er eben andere Lösungen. Dafür hat er ja sein Vermögen! Und die Banken und der Staat wollen eh nur sein Geld und raten deshalb von kostspieligen Ausgaben ab. Aber Friedhelm wollte doch mit dem Bargeld eine Weltreise machen und schon immer diesen Porsche haben, selbst wenn er ihn weder fahren kann noch in ihn hineinkommt (also eher nicht mehr heraus). Und was erlaubt sich dieser Bankmitarbeiter? Es ist sein Geld. Es muss deshalb in Sicherheit gebracht werden. In Gold und in Verwahrung der Pflegerin oder investiert in gute Geschäfte (wie früher!) – vielleicht in hochwertige Teppiche, für die der Freund der Pflegerin noch Verwendung findet.

Die misstrauische Tochter ahnt Arges und verlangt Auskunft. Erst einmal von der Pflegerin, die natürlich klar und freimütig eigenes Erstaunen bekundet; gleichwohl aber nicht bereit ist, diese Zuwendungen abzulehnen. Schließlich sei es doch Friedhelms Wille.

Die Tochter kennt den Vater – sie weiß, dass Großzügigkeit nicht seine Natur ist, schon gar nicht Fremden gegenüber. Etwas altmodisch, aber er musste sich auch mit Nichts in der Tasche hocharbeiten. Das Leben schenkt niemanden etwas. Und fremd ist die Pflegerin. Gerade mal drei Monate kennt der Vater sie, weil inzwischen der Alltag zu beschwerlich wurde. Aber wer weiß? Musste sie deshalb gleich bei ihm einziehen? Braucht er wirklich rund um die Uhr Hilfe? Er, der früher so sehr auf seiner Eigenständigkeit bestand und selbst familiären Besuch oft als Eingriff in seine Intimsphäre empfand? Die Tochter will ihn fragen. Und mit dem Freund des Vaters reden, vielleicht weiß der Rat? Aber wie nur soll sie es beim Vater ansprechen, ohne ihn zu verletzen? Ihm sagen, dass es eben nicht mehr so geht wie früher? Dass sein Urteil getrübt und Kritik ungerechtfertigt abgewehrt wurde, was nun wirklich nicht ihm entsprach. Er sogar stolz darauf war, immer offen für Neues und insbesondere andere Ansichten zu sein. Sie unbedingt ein eigenes Urteil bildete; nach ordentlicher Sachabwägung und Einholung verschiedener Meinungen. Genau

⁷) Vgl. Expertenmeinung im Faktencheck <https://www.th-nuernberg.de/news/3386-faktencheck-zu-die-betre/>.

⁸) Es gibt ein Recht auf Verwahrlosung; vgl. BVerfG. 23.3.1998 – 2 BvR 2270/96 und BGH v. 2.9.2015 – XII ZB 114/15.

darauf sich selbst immer viel zugutehielt. Wie soll sie ihm nur verständlich machen, dass der Widerstand im Oberstübchen geringer geworden ist? Außerdem: Hat sie dazu überhaupt ein Recht? Es ist ja tatsächlich sein Geld. Aber nach drei Monaten alles über den Haufen werfen, das geliebte Haus an eine Fremde geben? Eine Weltreise, obwohl er immer nur nach Sylt fuhr? Ein Porsche, der ihn nicht mal in den besten Sturm- und Drangzeiten reizte? Gold? Teppiche? Eher dann doch Bücher und Kunst.

Irgendetwas stimmt nicht. Sie braucht Hilfe, bevor sie dem Vater vielleicht die letzten Jahre noch verhagelt. Vielleicht sollte sein Hausarzt den Vater untersuchen. Auf dessen Rat hörte der Vater immer und keiner kennt ihn so gut – jedenfalls was die medizinische Seite angeht und nur die stünde überhaupt zu Debatte. Denn ist alles in Ordnung, der Vater gesund, dann folgt er eben nur seinen letzten Launen. Wer will ihm das versagen? Dann hieße es gleich, man sei nur hinter seinem Geld her und würde ihm nichts mehr gönnen. Dabei möchte sie nur, dass es ihm gut geht.

Der gute Freund hatte zu berichten, Friedhelm würde sich beklagen, dass seine Tochter, die doch das ganze Erbe erhält, sich nicht mehr melden würde, nicht mal telefonisch. Dabei sei sie früher fast wöchentlich gekommen. Und jetzt, wo er sie brauche, habe sie keine Zeit. Er habe sogar von Undank gesprochen und dass er sich nicht mehr auf sie verlassen könne. Zudem sei die teure Rolex weg, auf die der Enkel immer scharf war und die er auch erhalten sollte. Nach seinem Tode. Konnte der Junge nicht so lange warten? Ja, er habe gesucht; überall. Und ja, natürlich verlegt er mal was. Kann ja passieren. Er sei eben nicht mehr der Jüngste. Die Pflegerin? Nein, warum? Sie wird gut bezahlt, ist immer freundlich und hilfsbereit. Will nie etwas außer der Reihe haben. Im Gegenteil. Sie macht viel mehr. Sie geht mit ihm raus in den Zoo, bringt ihm Süßigkeiten und Zigaretten, was die Tochter nie gemacht habe. Wegen des Diabetes und des Asthmas. Und ja, sie ist sogar zu ihm gezogen, damit er bis zum Ende zu Hause bleiben könne und nicht in ein Heim müsse. Ist das nicht wunderbar?

Die Tochter und der Freund beschließen, Friedhelm nicht zu bedrängen und ihm seinen Willen zu lassen – vorausgesetzt, er kann diesen Willen tatsächlich noch sachgerecht und nach Abwägung aller Umstände entwickeln. Gegen eine ärztliche Untersuchung aber dürfte er nichts haben. Das hatte er selbst bei der Errichtung der Generalvollmacht so bestimmt. Dass sie erst in diesem Fall zur Anwendung kommen soll. Vereint sprechen sie Friedhelm darauf an. Vereinbaren einen Termin beim Arzt, warten auf das Ergebnis.

4. Der Missbrauch

Aber der Vater meldet sich nicht mehr. Sie erreichen nur die Pflegerin. Vater würde gerade schlafen, sagt diese, habe eine schlechte Nacht gehabt. Das Essen stehe gerade auf dem Tisch, er melde sich später. Oder ist zu Besuch bei einem Freund. Wer das sei, könne sie nicht sagen. Das gehe sie nichts an – und genau betrachtet, auch nicht die Tochter oder den Freund; Vollmacht hin oder her. Der Vater dürfe doch noch selbst entscheiden, was er tut, oder? Der Arztbesuch? Musste abgesagt werden. Gibt aber einen neuen Termin.

So vergeht ein halbes Jahr. Inzwischen befürchtet die Tochter Schlimmstes. So lang hat sie nichts vom Vater selbst gehört. Im besten Fall hat die Pflegerin etwas erzählt und das auch nur, wenn die Tochter deutlich wurde. Mehrfach wurde sie vor der Tür des Vaters abgewiesen. Immer war irgendetwas. Selbst ans Telefon bekommt sie ihn nicht. Am Anfang ging die Pflegerin ran, aber was soll das? Sie kann doch nicht einfach Vaters Telefon nehmen?

Der Tochter erklärte der Arzt, dass der vereinbarte Termin abgesagt wurde. Ja, vom Vater selbst. Am Telefon, natürlich. Dafür wollte er nicht extra kommen. Er habe keine Beschwerden und nur seine Tochter sei so erpicht auf den Arztbesuch gewesen. Er fühle sich regelrecht jung, seitdem er so gut umsorgt werde. Allerdings, berichtet der Arzt, wirkte Friedhelm am Telefon deutlich eingeschränkter als beim letzten Besuch in der Praxis. Er wird eben älter und das wächst sich nicht aus. Und ja, die Sprache sei verwaschener gewesen, Etliches habe er durcheinandergebracht. Aber all das sei kein Grund zur Sorge. Das ist so, wenn man alt wird. Alles normal.

Die Tochter ist keineswegs beruhigt, sie macht Druck, verlangt den Vater zu sehen. Und wird immer wieder abgewiesen. Das kann doch nicht wahr sein! Die Polizei kann auch nicht helfen. Die ist zwar gekommen, haben mit dem Vater gesprochen, aber der wolle sie angeblich nicht sehen. Ist das zu glauben? Seine Prinzessin will er nicht mehr sehen? Von der er nie genug haben konnte. Mit der er so gern diskutiert hat über Politik, Gott und die Welt? Einfach so weggelegt? Unmöglich! Der Freund wird sicher wissen, was zu tun ist. Schließlich ist er Jurist und hat dem Vater versprochen, die Tochter bei der Sorge zu unterstützen. Und tatsächlich: Er weiß Rat. Man hat ja eine große Vollmacht und damit alle Möglichkeiten, dieser Pflegekraft „das Handwerk zu legen“. Er setzt entsprechende Schreiben auf, droht mit zivilrechtlichen Schritten gegen die Pflegerin, verlangt Auskunft und vor allem: Kontakt zum Vater und Freund!

Stattdessen bekommen beide Post von einem Anwalt, ein Unterlassungsverlangen und den Widerruf der Generalvollmachten; dazu ein Herausgabeverlangen wegen der EC-Karte, des Wohnungsschlüssels und des Schmucks der Mutter, wegen Undanks. Denn jetzt, wo sie sich nicht mehr kümmern, nie ihn besuchen, stattdessen sich am Konto bereichern, sogar vorhätten, ihn zu entmündigen, da habe er zu beiden kein Vertrauen mehr.

Die Tochter ist entsetzt. Alles falsch! Was ist denn da passiert? Wie kommt er denn zu solchen Haltungen? Unmöglich, dass er noch völlig klar bei Verstand ist. Er braucht Hilfe. Wer weiß, vielleicht sind die Medikamente nicht mehr richtig eingestellt? Man weiß ja im Grunde gar nicht mehr, wann er das letzte Mal überhaupt beim Arzt war. Jedoch nach dem Widerruf der Vollmacht kann sie gar nichts tun. Was sagt der Freund? Der ist erst einmal ratlos. Das entspricht alles nicht mehr dem, was Friedhelm wollte. Was er en detail in der Vollmacht festgehalten hatte. Möglicherweise ist Friedhelm doch schon geschäftsunfähig, was keiner wahrhaben wollte. In diesem Fall wäre der gegnerische Anwalt gar nicht wirksam mandatiert und der Widerruf der Vollmacht nicht rechtens. Aber ohne Einverständnis des Vaters, den man ja überhaupt nicht mehr zu Gesicht bekommt, kann man nichts machen. Da muss das Betreuungsgericht eingeschaltet werden.

5. Die Grenzen des Betreuungsrechts

Aber auch da passierte nichts. Man wurde angehört, dass ja, hat die Bedenken geteilt, aber es gebe keinen Grund und im Übrigen keine Handhabe. Es bestehe eine Vollmacht. Für die Pflegerin! Ob der Vater dazu noch imstande war? Warum sollte es nicht so sein? Ein Gutachten zu seiner Geschäftsfähigkeit? Er habe es abgelehnt, bei ihm sei alles in Ordnung. Und außerdem habe er untersagt, dass das Gericht die Tochter informiere. Das gehe nur ihn etwas an und das Gericht habe dies zu beachten. Außerdem habe er einen Anwalt, der ihn vertrete. Also, womit solle das Gericht argumentieren? Die Polizei war vor Ort und habe keine Zweifel geäußert. Ja, der Vater saß verständnislos da, konnte kaum richtig antworten und war sehr durcheinander. Das sei normal, die meisten reagierten so, wenn die Polizei vor der Tür steht; erst recht die älteren Mitbürger. Aber er habe jede Hilfe abgewehrt, obwohl man nicht habe richtig verstehen können, wieso.

Auch der Notar der neuen Urkunde hat ordentlich geprüft. Das mache dieser pflichtbewusst, wenn ein neuer – zumal älterer – Mandant so eine Vollmacht erteilen will. Erst recht, wenn er dafür extra in eine Klinik musste. Die Lungenärztin habe ihn aber für geschäftsfähig gehalten, obwohl Friedhelm unter bewusstseinseinschränkenden Medikamenten stand. Deshalb konnte der Notar die Beurkundung nicht verweigern. Ob der Vater ansonsten gut versorgt und in ärztlicher Behandlung sei, könne das Gericht der Tochter nicht bekannt geben. Ebenso wenig, wo er derzeit wohne. Überhaupt habe man schon viel zu viel preisgegeben. Man dürfe das nicht, aber man verstehe die Tochter, die ja lange Zeit selbst bevollmächtigt gewesen sei. Nur wenn sie konkrete Anhaltspunkte dafür habe, dass die Pflegerin nicht im Interesse des Vaters handle oder vielleicht Belege für den gesundheitlichen – vor allem psychischen – Zustand des Vaters vorlege, könne das Gericht eingreifen. Sie müsse diese Anhaltspunkte beibringen und nachweisen, gegen welches konkrete Interesse des Vaters die Pflegerin handelt.

Wie soll dies der Tochter möglich sein? Die ärztlichen Berichte sind beim Vater, ein ganzer Aktenordner. Mit neurologischen Befunden. Der gibt sie aber nicht heraus. Auch die Pflegerin verweigert das; den Vater konnte die Tochter nicht sprechen. Und sein Interesse? Tja, sie hat die ehemalige Generalvollmacht. Da ist alles festgehalten. Aber das Gericht meint, dass er seine Wünsche geändert haben könnte. Das stimmt zwar, aber ist er dazu tatsächlich noch imstande? Weiß er wirklich noch, was er will?

Wenn die Tochter nichts beibringen kann, muss das Gericht die Befunde anfordern. Wenn es denn weiß, wo der Vater in Behandlung war. Dann beauftrage das Gericht einen Gutachter. Der wird hoffentlich von der Schweigepflicht entbunden. Wenn nicht, muss ein Richter entscheiden. Nach einer Anhörung des Vaters.

Diese findet auch statt. Aber erst nach über fünf Monaten. Der Vater sei erst verreist, zwischenzeitlich erkrankt und dann habe er bei einer Freundin gelebt; wollte sich den Schikanen des Gerichts und der Tochter nicht mehr aussetzen, wurde vorgebracht. Es sei sein Leben und davon sei nicht mehr viel übrig. Einer Ladung folgte der Vater dann doch. Die Pflegerin und der Anwalt waren dabei. Natürlich, der Vater wollte es so. Ja, er

schien nicht mehr richtig zu verstehen, warum er überhaupt dem Ganzen ausgesetzt werde. Stand erkennbar unter dem Einfluss der Pflegerin, verstand nicht, was er da eigentlich soll. Zur Tochter habe er noch nie ein gutes Verhältnis gehabt. Sie trinke und denke ohnehin nur an sich und wolle sein Geld. Das sei schon immer so gewesen. Deshalb die Pflegerin. Aber dass er nun noch einen Anwalt brauche, sei zu viel. Warum er dann der Tochter eine Vollmacht erteilt habe, kann er nicht mehr sagen, er sei schließlich alt und vergesse auch mal etwas.

Nach weiteren drei Monaten liegt das Gutachten vor. Besser gesagt: zwei Gutachten. Das vom Gericht beauftragte und ein Privatgutachten, was zu einer anderen Auffassung kommt. Beide hatten die gleichen ärztlichen Befunde vorliegen, aber werteten die Ergebnisse eben verschieden. Deshalb war ein drittes Gutachten in Auftrag zu geben. Das brauchte Zeit. Selbst wenn der Vater alt ist. Es finden sich einfach keine Termine, oder angesetzte wurden von ihm kurzfristig abgesagt. Ein Rückfall, Vergesslichkeit, Dialyse – irgendwie hat es nicht geklappt. Bis dahin würden aber ein Kontrollbetreuer und ein Verfahrenspfleger bestellt. Also keine Sorge. Mit diesen Maßnahmen, so das Gericht der Tochter gegenüber, dürfte ein Missbrauch der Vollmacht nicht möglich sei.

Das dritte Gutachten wurde irgendwann gefertigt und der Gutachter ist eindeutig: Der Vater ist geschäftsunfähig. Im Sinne des Gesetzes. Jedenfalls zum Zeitpunkt der Untersuchung. Der Vater konnte sich kaum an vergangene Untersuchungen erinnern und Befunde waren spärlich. Etwas vom Diabetologen, vom Lungen- und vom Hausarzt. Neurologische Befunde nur im Zusammenhang mit Klinikaufenthalten. Und ja, es hatte bereits früher Anzeichen eines demenziellen Syndroms gegeben. U.a. deshalb hatte Friedhelm Pflegegrad 3 bekommen. Aber er hatte auch Operationen mit postoperativem Delir. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass diese für die Symptome ursächlich waren. Und eine rückwirkende Beurteilung ist ohnehin kaum möglich; erst recht bei der dürftigen Anzahl von Befunden. Aber mehr war nicht aufzutreiben. Jedenfalls jetzt ist er geschäftsunfähig.

6. Die Folgen

Wie geht es weiter? Der Vater verstirbt, ohne dass die Tochter ihn je wiedersieht; sie weiß nicht einmal, wo er begraben ist. Das habe der Vater nicht gewollt. Jedenfalls liegt er nicht bei der Mutter, obwohl ihm das immer das Wichtigste war und er dafür alles selbst vorbereitet und bezahlt hatte. Erbe war die Pflegerin, die Tochter bekam den Pflichtteil. Aber der war wertlos. Die Pflegerin behauptet, der Vater hätte alles verkauft und das Geld angeblich verschenkt. An wen, wisse sie nicht, aber auch an den Freund der Pflegerin, deren Kinder und natürlich an diese selbst. Auch das Tierheim sei bedacht worden. So hätte er es jedenfalls gesagt. Es gäbe keine Belege – wozu? Er hat das alles selbst gemacht. Die Bank kann das bestätigen. Woher solle sie wissen, was Friedhelm mit dem vielen Bargeld gemacht habe? Das ging sie nichts an. Da war er eigen. Er hat ja nicht einmal seiner eigenen Tochter getraut. Warum also sollte er sich mit der Pflegerin austauschen? Die Schenkungen an sie? Geringfügig und natürlich versteuert! Der Rest? Keine Ahnung. Es war sein Geld und er hat damit gemacht, was er wollte. Sie konnte ihn da nicht bremsen. Die Familienfotos? Erinnerungsstücke? Weggeworfen. Sie brauch-

te sie nicht und der Vater wollte nicht, dass die Tochter sie bekommt. Kontounterlagen, Grundbuchauszüge, Schmuck? Nicht mehr da. Und überhaupt, wenn die Tochter meine, Ansprüche zu haben, solle sie Klage erheben.

Aber wie? Vielleicht könnte der Kontrollbetreuer Kontobelege beibringen – er musste sie ja prüfen. Doch nein, er hatte sie nur ab dem Zeitpunkt der Kontrollbetreuung. Und da war schon nichts mehr da. Die Bank konnte nicht helfen. Der Zeitpunkt des Todes ist maßgeblich. Davor? Keine Chance. Grundbücher und Notarverträge? Fehlanzeige, denn da verweigert die neue Eigentümerin die Auskunft und an die Schweigepflicht ist der Notar nun mal gebunden. Bilder vom Schmuck, Kaufbelege dazu? Alle beim Vater. Dann eben Strafanzeige.

IV. Tatsächliches aus polizeilicher Erfahrung – Anwendungsprobleme rechtlicher Bestimmungen

1. Ermittlungen

Wie üblich, wurden Auskünfte eingeholt und Konten ausgewertet. Chronologien – insb. bzgl. des medizinischen Verlaufs – wurden erstellt und ergaben ein ziemlich eindeutiges Bild, welches mit den Schilderungen der Tochter übereinstimmt und sehr lebensnah war. Es war klar, welche Kosten der Vater regelmäßig hatte, welche Ausgaben wofür getätigt worden waren. Jedenfalls hinsichtlich der unbaren Verfügungen konnte berichtet werden. Die Notarverträge bzgl. der neuen Vollmacht und des Immobilienverkaufs waren nicht zu beanstanden, wenngleich bei einem anderen Notar gefertigt, ohne dass hierfür ein nachvollziehbarer Grund ermittelbar war. Auffällig war ebenso, dass Friedhelms letzte Wohnung, das Heim, nicht ansatzweise seiner Vermögenslage entsprach. Angeblich sei er nicht bereit gewesen, so viel Geld dem Heim „in den Rachen zu werfen“. Also tatsächlich: Alles Auffällige begann mit dem Auftreten der Pflegerin⁹ und am Ende – sehr salopp gesagt – war alles weg; ein Teil bei der Pflegerin; jedenfalls der, der nachgewiesen werden konnte.

Ihr Background wurde durchleuchtet und ja: Sie war schon angefallen. Wegen Verletzung des Postgeheimnisses, Verleumdung, Freiheitsberaubung, Körperverletzung, Diebstahl, Betrug und Untreue. Und ja, es waren hochbetagte Opfer. Die Verfahren wurden nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt. Warum? Weil die Einlassungen der Pflegerin nicht entkräftet werden konnten: So habe sie mit dem Willen der Opfer diese zu Hause eingeschlossen, die Post geöffnet und umgeleitet, notwendige Pflege nicht ausführen und gebotene Arztbesuche nicht realisieren können, weil die alten Herrschaften dies stets abgelehnt hätten. Befragt werden konnte keiner von diesen. Entweder waren sie tot oder so dement, dass die Aussagen nicht widerlegt werden konnten. Es war auffällig, dass es immer ihr passierte und sprach nicht wirklich für sie. Aber das liegt vielleicht an ihrer Arbeit. Da komme man nun mal den Menschen sehr nah und die sind oft nicht mehr „ganz auf der Höhe“.

Die Konten und die Vernehmungen von Zeugen (Arzt, Bank, Nachbarn) bestätigten das Bild der Tochter. Der Vater war eigen und wusste (früher jedenfalls) genau, was er wollte. Bargeld hat er nie abgehoben, er nutzte viel lieber seine EC-Karte. Und ja, die Abhebungen nahmen erkennbar zu, als die Pflegerin ins Leben trat. Die Bank hat sogar versucht, ihn darauf anzusprechen, aber es ging nicht mehr ohne Beisein der Pflegerin. Er wirkte ziemlich verstört, lehnte aber jede Hilfe ab. Er wollte sogar später die Konten auflösen, weil das Vertrauen zerrüttet sei. Man hätte es von der Geschäftsleitung lieber gesehen, aber dann würde niemand mehr aufpassen. Dann – recht plötzlich – hob er das meiste Barvermögen ab. Gründe nannte er keine. Dabei war immer die Pflegerin, die niemand gekannt hatte und von der er auch zuvor nie gesprochen habe. Die Tochter hingegen sei bekannt. Sie habe sich immer um die Überweisungen gekümmert und der Vater hätte sich nie beschwert. Man solle mal den Nachbarn fragen, der ihn früher zur Bank gefahren hatte.

Dieser Nachbar berichtete Alarmierendes: dass der alte Herr gesundheitlich ziemlich schnell abgebaut habe. Dass er plötzlich verschlossen gewesen und das übliche Schwätzchen am Gartentor abgelehnt habe. Dass der Gärtner nicht mehr ins Haus gelassen und die Post nicht mehr geöffnet worden sei. Aber Friedhelm sei ja alt gewesen. Und ja, die Tochter sei oft da gewesen und habe auch bei ihm verzweifelt geklingelt, weil sie den Vater nicht erreichen konnte. Er habe dann genauer hingesehen, aber der alte Herr hätte das Haus im Grunde gar nicht mehr verlassen. Also habe er sich ein Herz gefasst und über die Terrasse ins Haus gesehen. Friedhelm sei sehr schwach und abgemagert gewesen, habe blaue Flecken gehabt und einen dreckigen Verband getragen, aber von innen freudig gewunken. Doch die Tür habe er nicht öffnen können. Im Zimmer habe es unordentlich ausgesehen, überall hätten Essen und verschmutzte Windeln herumgelegen. Aber was hätte der Nachbar denn tun sollen? Wen hätte er anrufen können? Die Polizei? Weswegen? Weil das Zimmer unordentlich war? Die Tür verschlossen? Und wie hätte Friedhelm das gefunden? Der Nachbar passte die Pflegerin ab, sprach sie auf den Zustand von Friedhelm, die dreckige Wohnung, die verschlossenen Türen an. Sie war freundlich, sagte, dass Friedhelm das selbst so gewollt habe, damit er nicht vor die Tür gehe und sich draußen verlaufe. Dass er mehrfach gestürzt sei und sich verletzt habe, aber partout nicht ins Krankenhaus wolle. In letzter Zeit passiere das häufiger und sie können ja nun nicht immer da sein. Und das Saubermachen treibe sie auch um, aber Friedhelm sei das alles zu viel und ihn störe die Unordnung nicht. Jedenfalls weniger als der Lärm des Staubsaugers. Tja und irgendwann, so der Nachbar, sei Friedhelm einfach weg gewesen. Die Pflegerin habe gemeint, er wäre in einem Heim. Es gehe nicht mehr anders. Er wusste nicht, wo Friedhelm lebte. Das letzte, was er mitbekam, war dessen Tod. Weil seit dieser Zeit die Pflegerin in seinem Haus wohnte.

2. Strafrechtliche Würdigung

Was ist also strafrechtlich zu prüfen? Die Freiheitsberaubung – ganz klar, denn er war ja eingeschlossen. Von der Pflegerin? Gegen seinen Willen? Die Pflegerin sagt nein. Er habe sich selbst eingeschlossen. Er konnte dazu nicht befragt werden, er war ja tot. Aber selbst, wenn er noch gelebt hätte, wäre seine Aussage bei seiner Erkrankung nicht belastbar. Betrug? Wer bezeichnet die

⁹ Es wird darauf hingewiesen, dass „Pflegerin“ hier keine berufliche Anstellung bezeichnet; diese war als private HelferIn engagiert und arbeitete auf eigene Rechnung; d.h. alle Vorschriften, die berufliche Pflegedienstleister treffen, finden keine Anwendung.

Täuschungshandlung? Worin bestand diese? Welchem Irrtum saß Friedhelm auf, als er sein Vermögen „weggab“¹⁰? Untreue? Welche Handlungen der Pflegerin waren pflichtverletzend? Wo wurde der erlaubte Rahmen überschritten? Wer gibt denn an, was überhaupt als Pflicht übertragen wurde? Die Absprachen waren mündlich, das Innenverhältnis nirgends fixiert; und außerdem wäre es selbst dann jederzeit mündlich zu erweitern oder neu zu bestimmen. Wie also soll belegt werden, dass die Pflegerin den erlaubten Rahmen (das Dürfen) überschritt? Diebstahl der Rolex? Vielleicht. Aber wer ist der Täter? Die Pflegerin? Es könnte doch der Enkel, die Tochter, der Freund gewesen sein. Alle hatten einen Schlüssel. Den Schmuck unterschlagen? Wieso? Der Vater hat diesen mit gutem Recht zurückverlangt und auch erhalten. Wo er geblieben ist, kann niemand sagen. Außerdem, welcher Schmuck genau? Gibt es fahndungsgerechte Bilder? Das Haus? Klar geregelt zu Lebzeiten vom Vater selbst. Vor einem Notar – geht ja gar nicht anders. Was könnte der bezeugen? Dass der Vater nicht wollte? Nicht konnte? Wohl kaum, denn dann hätte der Notar ein standes- und evtl. strafrechtliches Problem.

Also was genau liegt hier nun vor? Wo ist ein Schaden? Wer benennt und belegt ihn?

Der geneigte Leser, der bis hier durchgehalten hat, ist aufgerufen, Vorschläge zu unterbreiten. Ganz ernsthaft. Wie hätte Friedhelm geschützt werden können? Wer hat überhaupt Recht? Die Pflegerin, die ein zerrüttetes Vater-Tochter-Verhältnis behauptet? Vom Misstrauen des Vaters gegen jeden? Seine angebliche Enttäuschung über die beiden Bevollmächtigten, deren vermeintlichen und ungerechtfertigten Behauptungen, er brauche einen Betreuer und müsse ins Heim? Dass ihm das den Rest gegeben habe und es sehr undankbar von der Tochter sei? Er deshalb alles nochmal neu geordnet habe? Die Geschäftsunfähigkeit erst seit Kurzem feststehe? Davor Friedhelm völlig klar gewesen und es dann plötzlich abwärts gegangen sei? Bedenke, Leser, das sind nicht Friedhelms Sätze, sondern Aussagen Anderer. In diesem Fall sogar einer Tatverdächtigen.

Oder stimmt die Erzählung der Tochter? Von einem innigen, vertrauensvollen Verhältnis, das von der alltäglichen Pflege nicht belastet habe werden sollen. Dass man gemeinsam alles unternehmen wollte, um ihm Heim und Betreuung zu ersparen. Dass deshalb die Vorsorgevollmacht errichtet und die Pflegerin organisiert worden sei. Die anfänglich so einen guten Eindruck machte, hilfsbereit und offen. Dass es der Tochter später aber unmöglich war, rein physisch an den Vater heranzukommen und frei mit ihm zu reden. Dass sie im Vertrauen auf die Instanzen und Behörden abgewartet habe, auch um den Vater nicht zu bedrängen. Dass ihr das auf die Füße fiel, weil sie sich an die Regeln hielt und die Pflegerin eben nicht. Hat also die Tochter Recht? Dafür spricht vieles. Vor allem die unbestrittene erste Generalvollmacht, der alles Wesentliche entnommen werden konnte und die am ursprünglichen Wunsch des Vaters keine Zweifel ließ. An die sich Tochter und Freund buchstabengetreu gehalten haben. Jedenfalls bis die Pflegerin kam.

Aber jeder Mensch kann bis zum Schluss seinen Willen ändern.

3. Zivilrechtliche Möglichkeiten

Und eine nachträgliche zivile Klage? Was kann die erbringen? Was genau muss die Pflegerin nachweisen? Und in welcher Form? Der Auskunftspflicht ist sie – nach eigenen Ausführungen – nach bestem Wissen nachgekommen; der Rest wird mit Nichtwissen bestritten. Es habe ja alles der Vater veranlasst. Dafür ist sie nicht haftbar zu machen. Wie soll die Tochter ihre Klage begründen? Welche Belege hat sie für ihre Behauptungen? Der früher bekundete Wille des Vaters? Dass eigentlich nichts so lief, wie er es wünschte?

Und noch etwas: Im geschilderten Fall lehnten sich die Beteiligten ziemlich „weit aus dem Fenster“. Der Hausarzt, der überhaupt nicht mit der Tochter hätte reden dürfen, nachdem die Vollmacht widerrufen war. Das Gericht, welches die Tochter ebenfalls anhörte und Auskünfte gab, obwohl der Vater dies untersagte. Die Bank, die einer beruflichen Schweigepflicht unterlag und überhaupt keinen Grund hatte, sich so einzusetzen. Hätte der Nachbar früher etwas unternehmen sollen? Dem Gericht einen Hinweis geben?

Stellen wir uns einmal vor, er (oder die Tochter) hätten es getan. Der „normale“ Gang wäre eine Anregung beim zuständigen Betreuungsgericht. Dieses beauftragt in aller Regel die Betreuungsbehörde und eine Mitarbeiterin besucht den alten Herren, um mit ihm über diese Anregung zu sprechen und sich ein Bild von ihm zu machen. Und man kommt ja nicht einfach ohne Ankündigung. Er könnte beim Arzt sein oder möchte eine vertraute Person dabei haben. Was hätte sie also dann vorgefunden? Ich behaupte, Friedhelm hätte zufrieden und versorgt in seinem Zimmer gesessen, denn die Pflegerin hat ihn und sich gut vorbereitet. Und er hätte freundlich mit der Dame vom Amt gesprochen. Endlich einmal jemand zum Reden. Genauso gut könnte Friedhelm auch grummelig gewesen sein. Das ist der Behördenmitarbeiterin ohnehin geläufig und kommt häufiger vor. Denn diese Fremde da soll prüfen, „ob bei mir noch alle Uhren richtig ticken“. Und wer sieht das ein. Außerdem geht es im Zweifel „um's Eingemachte“: um die zukünftige Freiheit, den Lebensmittelpunkt, Fremde im Haus oder „ich im Heim“.

Wenn nicht offensichtlich Zweifel am Wohl des betagten Herren augenscheinlich zutage treten, kann sie nur berichten, was auch die Pflegerin behaupten würde. Dass es Friedhelm so weit gut gehe, dass er Hilfe brauche, die aber vor Ort und jederzeit verfügbar sei, dass auch rechtlich keine Schwierigkeiten zu befürchten seien, denn eine Vollmacht liege vor. Sogar notariell beurkundet. Und ja, sie sei zwar keine Medizinerin, aber Friedhelm habe gewusst, wo er war, welcher Tag gewesen sei, wie die Tochter und die Pflegerin hießen, was er gestern gegessen habe.¹¹ Der Rest war für Friedhelm schwierig, aber das war zu erwarten gewesen. Laut der Pflegerin hätte Friedhelm ein beginnendes demenzielles Syndrom und sie sei

10) Die *Weggabe* des Vermögens mit Willen und durch das Opfer selbst aufgrund eines täuschungsbedingten Irrtums ist das Wesensmerkmal des Betrugs – im Unterschied zum Diebstahl, der durch die *Wegnahme* gegen den Willen des Opfers gekennzeichnet ist. In beiden Fällen ist jedoch eine Aussage des Opfers (entweder über die Täuschung oder über den Bruch des für den Täter fremden Gewahrsams) zwingend erforderlich.

11) Insb. solche Einschätzungen von Nichtfachleuten hinsichtlich freier Willensbildung führen dazu, dass Geschäftsfähigkeit nicht geprüft wird. Aber: „*Das die betroffene Person wusste, was sie gerade tut oder getan hat oder aus Sicht von Zuhörern ihren Willen klar zum Ausdruck gebracht hat, schließt die Geschäftsunfähigkeit gerade nicht aus*“ (Lang, BGB, 2017, § 104 Rn 3. In: *Kurze, Vorsorgerecht, Vollmacht, Patientenverfügung, lebzeitige Verfügungen*). (Unterstreichung durch die Autorin).

darauf eingestellt. Und natürlich verlegt er immer wieder seine Sachen – zuletzt seine geliebte Rolex. Die habe sie trotz intensiver Suche nicht finden können. Und er wählte schon sehr merkwürdige Orte. Erst gestern hat sie eine Taschenlampe aus der Mikrowelle retten müssen. Und die Schlüssel der Wohnung legt er immer irgendwo hin und findet sie nicht wieder; und weil er aus Angst vor Einbrechern die Wohnung immer verschließt, kommt er dann nicht mehr aus der Wohnung. Er wird deshalb hin und wieder wütend und beschuldigte sie, die Pflegerin; aber sie kennt das, weiß, dass er dafür nichts mehr kann. Naja, der strenge Geruch ist kaum zu vermeiden. Ständig braucht er neue Windeln und reißt sich die benutzten einfach vom Leib. Sie komme kaum hinterher.

Was also berichtet die Mitarbeiterin dem Gericht? Vermutlich das, was meistens geschieht. Dass der alte Mann Hilfe braucht, möglicherweise auch einen rechtlichen Vertreter und dass es diesen bereits gäbe. Zweifel an der Lauterkeit – wie soll sie das prüfen?

Im schlimmsten Fall – und auch das geschieht – wird die Pflegerin noch als Betreuerin eingesetzt. Sie ist dann zwar rechenschaftspflichtig, aber woran wäre dieser Bericht zu prüfen? Wer gibt denn an, was Friedhelm besaß? Aber vermutlich hätte sie die Betreuung abgelehnt. Friedhelm macht nur noch Arbeit und Geld hat er keins mehr.

V. Streichung der Wohlschranke im neuen Betreuungsrecht – düstere Aussichten

So oder so ähnlich laufen viele Schicksale ab, die unsere Dienststelle erreichen. Wie viele solcher Fälle dringen „an die Öffentlichkeit“ – belegen also das Problem? Wie viele Hochaltes haben tatsächlich eine so wachsame Tochter? In dem hier relevanten Alter (Ü80) sind die Kinder meist selbst betagt und u.U. nicht mehr so fähig und in der Lage wie diese Tochter. Wann genau hätte Friedhelm – das Opfer – selbst eine Anzeige gemacht? Die Tochter bereits beim ersten ungunstigen Gefühl? Wäre Friedhelm dann einsichtiger gewesen? Wieviel Töchter wären überhaupt so weit gegangen? Wenn alle Behörden, Gerichte und die Polizei nichts Strafbares erkennen? Was hätte die Polizei ermitteln können? Sie hätte vielleicht – bei Zweifeln an Friedhelms Geisteskraft – das Betreuungsgericht informiert. Denn die Pflegerin (als Tatverdächtige) könnte Friedhelm nicht mehr in dieser Sache vertreten. Bisher war dies unser wichtigster Ermittlungsansatz. Der Zweifel am Wohl des Betroffenen, was den Gerichten (die nicht lebensfremd sind) ausreichte, um einen außenstehenden Betreuer – trotz Vollmacht – zu berufen. Der dann den Betroffenen wirksam vertreten und notwendige Hilfe angedeihen lassen würde. Der die Vollmacht der Beschuldigten widerruft und versucht, Verträge rückabzuwickeln. Der den Schaden – soweit möglich – beziffert, belegt und zivilrechtlich rückerfordert. Die Strafverfahren werden dennoch im Regelfall eingestellt (in dubio pro reo) und Zivilverfahren werden schwieriger. Denn mit Hinweis auf die Einstellung der Verfahren liegen für die unlauteren Bevollmächtigten ziemlich gute Argumente auf dem Tisch.

Aber selbst das wird zukünftig kaum noch möglich sein. Denn die Wohlschranke (also der Ansatz für die Betreuerbestellung)

wurde abgeschafft.¹² Nunmehr zählt fast nur noch der Wille des Betroffenen. Und der ist zweifelhaft. Denn ab wann – um zu Friedhelm zurückzublicken – war er „nicht mehr in der Lage“ wie es im neuen Gesetz heißt. Was genau wären denn die „konkreten Anhaltspunkte“ gewesen, dass „nicht mehr im Interesse des Betroffenen gehandelt wurde“? Was genau ist im Übrigen Friedhelms Interesse? Das allgemein übliche, lebensnahe und gefährdete Wohl jedenfalls ist nach dem neuen Recht kein begründbarer Ansatz mehr.

Im hier geschilderten Fall wurden bewusst optimale Bedingungen vorausgesetzt: Die unstrittige Vollmacht war ausführlich, eindeutig, vollumfänglich und notariell beglaubigt. Das Innenverhältnis war nicht nur bekannt, sondern auch schriftlich (und damit rekonstruierbar) niedergelegt; die Mittel zur Umsetzung mehr als gegeben. Die Bevollmächtigten waren willens und in der Lage. Ärzte, Gericht, Polizei unterstützten über das erforderliche Maß (die allgegenwärtige Ressourcenknappheit wurde ausgeblendet). Das alles spielt nur leider keine Rolle, da selbst die beste Vollmacht einfach ausgehebelt und mit einer neuen ersetzt werden kann. Deren Wirksamkeit zu prüfen (ob sie tatsächlich unter freier Willensbildung ausgefertigt wurde) ist de facto nicht erreichbar. All diese Umstände sind darüber hinaus im Regelfall so nie gegeben. An irgendetwas fehlt es immer. Oft an finanziellen Mitteln, sich als Angehöriger rechtlichen Rat und Beistand zu holen, aber häufig bereits an den rechtlichen Zwängen. So bestand für den Arzt eine Schweigepflicht, die er strenggenommen unterließ. Das Betreuungsgericht hat – obwohl untersagt – Auskünfte erteilt. Wesentlich häufiger wird unter Berufung auf den angeblichen Willen des Betreuten, den Angehörigen/ehemals Bevollmächtigten keine Auskunft erteilt und – was noch wesentlich schwerwiegender ist – bei diesen auch keine Auskunft eingeholt. So wäre unwidersprochen geblieben, dass der Vater der Tochter unberechtigte Geldentnahmen vorwarf (die die Pflegerin vornahm), dass er keinen Kontakt gewünscht hätte (weil die Pflegerin ihm weismachte, die Tochter würde nicht mehr kommen und sei hinter seinem Geld her), er sein Vermögen angeblich verschenken wollte. Es hätte dann niemand ein Gutachten zu diesen angeblichen Willensbekundungen des Vaters eingeholt.

Aber genau darauf kommt es eigentlich an: Ist ein Mensch noch in der Lage, einen freien Willen zu bilden? Erst recht, wenn die Willensbefolgung oberstes Gebot im neuen Betreuungsrecht ist?

VI. Die Vorsorgevollmacht – ein Erfolgsmodell?

*„Bei der Vorsorgevollmacht handelt es sich daher um ein echtes „Erfolgsmodell“, das aus Sicht des Gesetzgebers weiterhin gefördert werden soll [...]“.*¹³

Doch trifft es auch zu? Woran wird Erfolg gemessen? An der Anzahl der erteilten Vollmachten? An der Häufigkeit entbehrlicher rechtlicher Betreuung? An der Einsparung von Kosten?

12) Das neue Betreuungsrecht sieht insbesondere „[...] die Geltung einer konsequent subjektiven Sichtweise des Betreuten [vor], so dass die Wunschbefolgungspflicht auch bei einer Gefährdung nicht mehr durch die bisherige an der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs orientierte „Wohlschranke“ begrenzt wird, sondern statt objektiver Kriterien hilfsweise der mutmaßliche Willen heranzuziehen ist [...]“ (BT-Drucks 564/20, 169 v. 25.9.2020) (Einfügung und Hervorhebung durch die Autorin).

13) Müller-Engels, FamRZ 2021, 645–652.

Der Leichtigkeit in der Anwendung? Der Vermeidung rechtlicher Streitigkeiten? Der Verbesserung der Sorge? Etwa gar an der Zufriedenheit der Betroffenen? Es gibt sicher viele Gründe, Vorsorgevollmachten als Erfolgsmodell zu bezeichnen und die langjährige Praxis sowie die stetig steigenden Zahlen scheinen ein klarer Beleg dafür zu sein. Doch dem kundigen Betrachter offenbart sich eine andere – weniger erfreuliche – Lesart der dazu veröffentlichten (Erfolgs)zahlen. Bereits ein kritischer Blick auf die rechtliche Verortung von Vorsorgevollmachten wirft Fragen auf. Das bundesdeutsche Recht regelt zwar (auch ganz neu¹⁴) die rechtliche Betreuung; nicht jedoch – wie immer wieder kolportiert – eine spezifische Vorsorgevollmacht. Es gibt im rechtlichen Sinne keine **Vorsorgevollmachten**. Jedenfalls hat der Gesetzgeber eine Legaldefinition selbst nach über 30 Jahren Anwendung stets vermieden. Selbst der „große Wurf“, die Betreuungsrechtsreform ab 1/2023, verlässt sich auf die Interpretationsfreude der Anwender und damit letztlich der Gerichte. Da stellt sich die Frage: Warum ist das so?

Meine Antwort als Praktikerin: Wo keine Probleme sind oder gesehen werden, verbietet sich die Suche nach Lösungen. Aber wer sieht lösungsbedürftige Probleme, wer kann diese benennen? Im gesamten Prozess der Reform wurden Vorsorgevollmachten zwar thematisiert und letztlich auch einbezogen,¹⁵ aber die Grundlagen dafür lieferten Experten des Betreuungsrechts: Sozialverbände, Ärzte, Juristen, Betreuungsbehörden, Wissenschaftler. Allen gemein ist, dass sie tatsächlich viel Erfahrung mit Betreuung und privater Vorsorge haben. Aber ich bestreite, dass sie Experten für die nicht so lauternden Triebkräfte von Menschen sind. Nicht anders kann ich mir erklären, warum im gesamten Prozess der Novellierung hierfür relevante Einsichten ausgelassen wurden. Ein Betreuungsrecht, das hinter die private Vorsorge zurücktritt (und deren ganz praktischer Verwirklichung im Alltag, denn darum geht es letztendlich), sollte insb. den Menschen, der dies umsetzt, im Blick haben. Und dabei eben nicht nur den, der sich eine gute und in seinem Sinne gestaltete Sorge wünscht, sondern vor allem den, der diese umzusetzen gewillt ist.

Denn der Mensch ist nicht nur im Rousseau'schen Sinne lauter und rein,¹⁶ sondern eben auch im Hobbesschen Ansatz misstrauisch, egoistisch und hinterhältig¹⁷, und der Staat war und ist immer gut beraten, dies zu beachten. Nicht umsonst entwickelt er stets das dazu notwendige Regelwerk weiter, um ein Gemeinwohl, das allen dient, zu verwirklichen.

Wenn man also das neue Betreuungsrecht einmal aus der Perspektive des Anwenders betrachtet, dann gibt es dort zwei Sichtweisen: die des Betreuten und die des Betreuenden. Es erscheint ziemlich klar und unstrittig, was die Betreuten sich

wünschen. Sowohl im Rousseau'schen Sinn als auch mit dem misanthropen Blick Hobbes': eine gute Pflege und Sorge durch andere, wenn die eigene Kraft nicht (mehr) hinreicht, dies selbst zu verwirklichen. Aber ist dies der alleinige Grund der anderen? Treibt diese tatsächlich lediglich ein altruistischer Wille, Zeit, Kraft und Ressourcen aufzuwenden? Nein, so naiv war tatsächlich niemand. Aber offenbar ging und geht man davon aus, dass die freiwillige Übernahme von derart viel Verantwortung und Arbeit entweder monetär (bei Betreuung) oder moralisch (private Bevollmächtigung) begründet ist. Einen „niederen Beweggrund“ konnten oder wollten sich die Architekten des neuen Gesetzes nicht vorstellen.

Ich kenne aus meiner langjährigen Arbeit leider viel zu gut, was den Menschen (auch) immer wieder antreibt: Der Wunsch nach Wohlstand über Geld. Möglichst viel und mit wenig Aufwand. Eine der stärksten Triebkräfte für Kriminalität schlechthin. Aus Sicht von Kriminellen ist dieses neue Betreuungsrecht eine wahre Goldgrube und ein gefundenes Fressen.

VII. Prognose

Zu guter Letzt noch ein paar Fakten:¹⁸ In Berlin werden im Jahr allein auf unserer Dienststelle zw. 50–80 derartige Verfahren geführt, deren Gesamtschäden pro Jahr im zweistelligen Millionenbereich liegen. 2015 lag der durchschnittliche Schaden noch im oberen fünfstelligen Bereich; 2020 war er bereits in den unteren sechsstelligen Bereich gestiegen. In der Hälfte der Fälle wurden die Verfahren nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt; die Verurteilungsquote ist mit 5 % (3 % davon sind Bewährungsstrafen, der Rest Geldstrafen) der bearbeiteten Fälle zu vernachlässigen; die Sicherung des Tatertlangten ebenso. In den restlichen Fällen ist der Verfahrensausgang unbekannt. Die Anzahl solchen Missbrauchs ist nur scheinbar verschwindend gering. Dies liegt in der Natur der Sache selbst begründet. Vorsorgevollmachten dienen dazu, andere, die selbst hierzu nicht mehr imstande sind, rechtswirksam vertreten zu können. Diesen Vertretern fehlen jedoch genau aus diesem Grund auch die entsprechenden Fähigkeiten, Missbräuche zu erkennen und öffentlich zu machen. Deshalb schlägt sich der Missbrauch nicht in entsprechenden Strafanzeigen nieder und lässt ein sehr hohes Dunkelfeld befürchten. Es käme allerdings niemand auf den Gedanken, staatlichen Handlungsbedarf vom Anzeigeverhalten missbrauchter Kinder abhängig zu machen – Gleiches muss für die hier behandelten Taten bedacht werden!¹⁹

Die Prognose ist düster, die Zahlen sprechen eine deutliche Sprache und haben eine klare Tendenz: Nach oben! Es wird Zeit, dass dieses Problem nicht mehr verdrängt wird.

14) Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vom 4.5.2021 (BGBl I, 882).

15) Etwa im Subsidiaritätsgrundsatz, wonach rechtliche Betreuung hinter privaten Vorsorgevollmachten zurückzutreten haben und ganz explizit im § 1820 BGB n.F.

16) *Rousseau*, Abhandlung über den Ursprung und die Grundlagen der Ungleichheit unter den Menschen, in: Schröder, Frühe Schriften, 1965, S. 97–246.

17) „*Bellum omnium contra omnes*“ (jeder kämpft gegen jeden) und wird von dabei von seinen Trieben (nach Selbsterhaltung und nach einem angenehmen Leben) bestimmt; *Hobbes*, *De Cive*, in: Waas, Vom Bürger. Vom Menschen, 2017, S. 18.

18) Die genannten Zahlen beruhen auf einer händischen Zählung und erlauben keine Hochrechnung.

19) *Der Polizeipräsident in Berlin*, Stellungnahme als Sachverständige anlässlich der Anhörung des Antrages der Fraktion der FDP. Maßnahmenpaket gegen die finanzielle Ausbeutung älterer Menschen, 2020 (BT-Drucks 19/15254). Abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/800546/441997213dfabfbde92036b83e22a2d/19-13-98a-data.pdf> (11.10.2022).