

Schriften zum Betreuungsrecht

Band 3

**Die Definition
des vermögensrechtlichen
Missbrauchs von General-
und Vorsorgevollmachten**

Von

Roman Tschersich



Duncker & Humblot · Berlin

ROMAN TSCHERSICH

Die Definition des vermögensrechtlichen Missbrauchs
von General- und Vorsorgevollmachten

Schriften zum Betreuungsrecht

Herausgegeben von

Adrian Schmidt-Recla und Bernd-Rüdiger Kern

Band 3

Die Definition des vermögensrechtlichen Missbrauchs von General- und Vorsorgevollmachten

Von

Roman Tschersich



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristenfakultät der Universität Leipzig
hat diese Arbeit im Sommersemester 2015
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2015 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: buchbücher.de gmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 2197-1447
ISBN 978-3-428-14785-4 (Print)
ISBN 978-3-428-54785-2 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84785-3 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meinen lieben Eltern
Richterin am Oberlandesgericht
Regine Tschersich und
Rechtsanwalt Hans-Jürgen Tschersich
in Dankbarkeit gewidmet.*

*Besonders danken möchte ich
Herrn Prof. Dr. Adrian Schmidt-Recla
für seine freundliche Unterstützung
sowie Herrn Prof. Dr. Bernd-Rüdiger Kern.*

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| Einleitung | 11 |
| A. Der Inhalt der General- und der Vorsorgevollmacht | 14 |
| I. Wesen der General- und der Vorsorgevollmacht | 14 |
| 1. Natur der General- und Vorsorgevollmacht | 15 |
| 2. Gesetzliche Formerfordernisse | 16 |
| 3. Wirksamkeit der Vollmachtserteilung | 21 |
| 4. Zeitpunkt, ab dem von der Vollmacht Gebrauch gemacht werden darf/ihr Inkrafttreten | 24 |
| a) Inkrafttreten der Vorsorgevollmacht | 24 |
| Exkurs: Zur Frage der Vertretungsmacht bei Innenvollmachten mit Vollmachtsurkunde | 27 |
| b) Inkrafttreten und ausdrückliche Bedingung im Rahmen einer Vorsorgevollmacht | 32 |
| c) Inkrafttreten der Generalvollmacht | 35 |
| d) Vollmacht und Tod des Vollmachtgebers | 36 |
| e) Vollmacht und Innenverhältnis beim Tod des Vollmachtgebers | 37 |
| II. Inhaltliche Ausgestaltung der General- und der Vorsorgevollmacht | 42 |
| 1. Allgemeines | 42 |
| 2. Formulierungsbeispiele und rechtliche Bewertung | 47 |
| a) Vermögenssorge | 48 |
| b) Vertretung vor Gericht | 53 |
| c) Untervollmacht | 54 |
| d) Betreuungsverfügung | 56 |
| e) Entbindung vom Verbot des Insichgeschäfts | 58 |
| III. Zwischenergebnis | 60 |
| B. Der Missbrauch | 61 |
| I. Allgemeine Ausführungen | 61 |
| 1. Wortverständnis und juristische Auslegung | 61 |
| 2. Folgen und Auswirkungen nach der Rechtsprechung | 63 |
| a) Rechtsgeschäfte mit Dritten | 63 |
| Exkurs: Evidenz auch gegenüber staatlichen Behörden relevant | 64 |
| b) Rechtsgeschäfte im Innenverhältnis/Insichgeschäfte | 65 |
| 3. Ansätze in der Literatur | 67 |
| 4. Reduktion der Vollmacht | 68 |

| | | |
|------|--|----|
| II. | Die Überschreitung der im Innenverhältnis bestehenden Grenzen | 71 |
| 1. | Das Innenverhältnis | 71 |
| a) | Der Auftrag | 71 |
| b) | Die Geschäftsbesorgung | 72 |
| c) | Andere Verträge | 72 |
| d) | Gefälligkeiten | 72 |
| e) | Einzelfallabwägung | 73 |
| 2. | Die Grenzen der Befugnisse | 74 |
| a) | Auftrag – Geschäftsbesorgung | 74 |
| b) | Inhalt und Auslegung des Innenverhältnisses und der Vollmacht | 74 |
| aa) | Verhältnis von Vollmacht und Innenverhältnis bei der Auslegung | 74 |
| bb) | Auslegung der Vollmacht | 75 |
| cc) | Das Innenverhältnis | 76 |
| c) | Aufwendungen und Entgeltlichkeit der Vorsorgeleistung | 77 |
| aa) | Entbindung vom Verbot des Insihgeschäfts und Tilgung | 77 |
| bb) | Bestimmung des Entgelts bei Entbindung vom Verbot des Insihgeschäfts | 78 |
| (1) | Leistungsbestimmung durch den Gläubiger oder vertragsmäßige Vergütung durch den Geschäftsherrn | 78 |
| (2) | Rechtsfolgen und Unterschiede der beiden Alternativen | 79 |
| III. | Zeit vor dem Verlust der Fähigkeit, einen freien Willen kund zu tun | 81 |
| 1. | Die Vorsorgevollmacht | 81 |
| 2. | Die Generalvollmacht | 82 |
| IV. | Die Phase vom objektiven Verdacht bis zur Feststellung der Geschäftsunfähigkeit | 83 |
| 1. | Die Übergangsphase | 83 |
| a) | Die Vorsorgevollmacht | 84 |
| aa) | Phase der Ungewissheit | 84 |
| bb) | Haftungsrisiken für den Vollmachtnehmer | 85 |
| cc) | Bedingungseintritt bei objektiv begründetem Verdacht der Geschäftsunfähigkeit | 85 |
| b) | Die Generalvollmacht | 87 |
| 2. | Schubartige Geschäftsunfähigkeit | 88 |
| 3. | Befugnis im Lichte des Vermögensschutzes | 88 |
| 4. | Zusammenfassung | 91 |
| V. | Zeit während der Unfähigkeit, einen freien Willen kund zu tun | 92 |
| 1. | Fremdnützigkeit des Auftrags | 92 |
| 2. | Fremdnützigkeit und immaterieller Nutzen | 93 |
| 3. | Immaterieller Nutzen als Äquivalent zu materiellem Nutzen | 93 |

| | |
|---|-----|
| 4. Ausnahmen vom Grundsatz der Ungleichwertigkeit des immateriellen Interesses | 95 |
| 5. Zusammenfassung | 104 |
| VI. Postmortalität und transmortale Vollmacht | 105 |
| 1. Allgemeine Erwägungen | 105 |
| a) Vollmacht | 105 |
| b) Innenverhältnis | 105 |
| 2. Verhältnis des Erblassers bzw. Erben zum Bankbevollmächtigten nach der Rechtsprechung des BGH | 107 |
| 3. Verhältnis des Erblassers bzw. Erben zum Bevollmächtigten in der Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des BGH | 108 |
| 4. Postmortale Befugnisse bei der General- und der Vorsorgevollmacht .. | 111 |
| a) Verhältnis von Erblasser und Erbe | 111 |
| b) Schutz des Erben über das Verbot von Verträgen zu Lasten Dritter | 114 |
| c) Entbindung vom Verbot des Insiggeschäfts | 119 |
| 5. Zusammenfassung | 119 |
| VII. Evidenz des Fehlgebrauchs einer Vollmacht bei Rechtsgeschäften mit vermögensrechtlichem Charakter | 120 |
| 1. Bankgeschäfte | 120 |
| 2. Andere rechtsgeschäftliche Bereiche | 123 |
| VIII. Vorbeugung des Betroffenen vor Missbrauch | 124 |
| 1. Vorbeugende Maßnahmen des Vollmachtgebers | 124 |
| a) Gesonderter Auftrag | 124 |
| b) Verwahrung und Registrierung der Vollmacht | 125 |
| c) Formulierung der Vorsorgevollmacht | 126 |
| d) Der Kontroll-Bevollmächtigte | 127 |
| e) Innenverhältnis | 128 |
| 2. Die Kontrollbetreuung | 129 |
| a) Allgemeines | 129 |
| b) Zweck der Kontrollbetreuung und Aufgaben | 130 |
| c) Voraussetzungen der Bestellung | 131 |
| IX. Rechte des Betroffenen bei Missbrauch | 132 |
| 1. Ansprüche gegen Dritte | 132 |
| a) § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB | 133 |
| b) § 812 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. BGB | 134 |
| c) § 817 S. 1, 1. Alt. BGB | 135 |
| d) § 816 Abs. 1 S. 2 BGB | 135 |
| e) Eigentumsrechtliche Ansprüche | 135 |
| f) Besitzrechtliche Ansprüche | 136 |
| g) Deliktische Ansprüche | 137 |
| 2. Ansprüche gegen den Bevollmächtigten | 137 |

| | |
|--|------------|
| a) Vertragliche Ansprüche | 137 |
| b) Andere Ansprüche | 140 |
| X. Zusammenfassung | 140 |
| 1. Allgemeines | 140 |
| 2. Temporärer Beginn der Befugnisse | 141 |
| 3. Qualitative Reichweite der Befugnisse | 143 |
| 4. Vorbeugung vor Missbrauch | 145 |
| 5. Rechte des Betroffenen bei Missbrauch | 145 |
| 6. Leitsatz | 146 |
| Literaturverzeichnis | 148 |
| Sachverzeichnis | 156 |

Einleitung

Altersdemenz, psychische und physische Erkrankungen rauben den Menschen das, was unter rechtlicher Handlungsfähigkeit in einem modernen und gewachsenen Rechtsstaat verstanden wird. Im zivilistischen Sprachgebrauch drückt sich dies u. a. in der „Geschäftsfähigkeit“ aus. Dieser Begriff umschreibt die Fähigkeit, Geschäfte im rechtlichen Sinne unter Privaten tätigen zu können. Hierfür sind die §§ 104 ff. BGB maßgeblich. Aufgrund von Demenz oder infolge anderer Erkrankungen verlieren Menschen oftmals das Verständnis für den Umfang, die Wichtigkeit und die Tragweite ihres rechtsgeschäftlichen Handelns. Es droht Gefahr für sie und ihr Vermögen. Um dieser Gefahr entgegenzuwirken oder um eine körperliche Verfassung auszugleichen, die es erschwert oder unmöglich macht, Rechtsgeschäfte selbst vorzunehmen, ist es daher geboten, derzeit rund 1,3 Millionen Bürgern¹ der Bundesrepublik einen rechtlichen Betreuer an die Seite zu stellen, der die gesetzliche Aufgabe hat, das rechtsgeschäftliche Handeln der betroffenen Person zu organisieren, zu verwalten und Rechtsgeschäfte letztlich verantwortlich abzuschließen. Die Entscheidung darüber, welche Person zum rechtlichen Betreuer bestellt wird, ist aber von Gesetzes wegen dem Richter nach bestimmten (im FamFG) vorgegebenen Kriterien zugewiesen. Diese Diskussion wird erst im gerichtlichen Verfahren geführt, wenn bereits Zweifel an der Fähigkeit der betroffenen Person, ihre eigenen Angelegenheiten selbst besorgen zu können, bestehen. Zwar erfolgt eine Anhörung des Betroffenen, doch trifft die Wahl in letzter Konsequenz das Gericht, wenn der Betroffene diesen Fall nicht schon durch eine Vorsorgevollmacht selbst geregelt hat. Dieser Eingriff in die Grundrechte Art. 1 und 2 Abs. 1 GG ist sehr empfindlich. Der Staat als Machtapparat mischt sich in die privaten Angelegenheiten seiner Bürger ein und ordnet ihnen einen Stellvertreter bei, der für sie rechtsgeschäftlich tätig wird. Dies dient freilich dem Schutz des Betroffenen, doch liegt in diesem Eingriff auch die Überschreitung einer Grenze – hinein in die persönlichsten Rechte eines jeden.

Diesem Gedanken folgend ist es vielen wichtig, auf ihre rechtliche Versorgung selbst Einfluss zu nehmen und schon bei Zeiten klaren Verstandes Vorkehrungen zu treffen. Hierfür stellt das Gesetz die Möglichkeit der Vorsorge- und der Generalvollmacht zur Verfügung, von der heute reger Gebrauch gemacht wird. In dieser lässt sich ein Bevollmächtigter bestimmen, der die rechtliche Betreuung überflüssig werden lässt. Doch tun sich dabei erhebliche Probleme auf. Nicht selten verlangt der Bevollmächtigte, finanziell entlohnt zu werden. Es kommt ein Ver-

¹ <http://www.bundesanzeiger-verlag.de/betreuung/wiki/Betreuungszahlen>.

trag zwischen Bevollmächtigtem und Vollmachtgeber zu Stande, der meist keine klare Regelung der Vergütungsfrage enthält. Vielmehr werden in der Regel die Bevollmächtigten vom Verbot des Insigengeschäfts nach § 181 BGB befreit, was dazu führt, dass sie in ihrem Namen und dem des Betroffenen rechtsgeschäftlich handeln dürfen. Dies dient einerseits dazu, den Rechtsverkehr zu erleichtern, andererseits auch dazu, die Vergütung zu sichern. In manchen Fällen ist der Bevollmächtigte geneigt, die Grenzen zu überschreiten und sich zu bereichern. Dies zu verhindern, wirft Probleme auf, da das „Kind meist schon in den Brunnen gefallen“ ist und eine nachträgliche Korrektur der Vollmacht wegen zwischenzeitlich eingetretener Handlungsunfähigkeit des Ausstellers nicht mehr in Betracht kommt. Die unredlichen Rechtsgeschäfte des Bevollmächtigten müssen rückabgewickelt oder, wenn dies nicht möglich ist, ausgeglichen werden.

In der Praxis (und zwar nicht nur in der anwaltlichen, sondern durchaus auch in der Praxis von nicht anwaltlichen Berufsbetreuern besteht jedoch häufig Streit darüber, ob und gegebenenfalls ab wann oder inwieweit eine Vollmacht missbraucht wird/worden ist. So traten Kollegen an den Verfasser heran und beklagten, dass es in einer Vielzahl von Fällen rechtlich völlig unklar sei, ob die von einem Bevollmächtigten vorgenommenen Rechtsgeschäfte rechtswirksam seien oder ob er sich eventuell sogar schadensersatzpflichtig gemacht habe. Die rechtliche Beratung könne nicht mit abschließender Sicherheit durchgeführt werden und der Ausgang von gerichtlichen Verfahren sei oft sehr ungewiss.

Diese rechtlichen Unsicherheiten im Umgang mit Vorsorge- und Generalvollmachten, das Bedürfnis der Bevollmächtigten und der Vollmachtgeber sowie der Rechtsbeistände und der Justiz an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit und nicht zuletzt die Bedeutung und die Tragweite derartiger Vollmachten gaben den Anlass zur Anfertigung dieser Schrift.

Sie konzentriert sich auf dieses spezielle, aber bislang wenig (nämlich nur ansatzweise in der Kommentar- und Handbuchliteratur und nicht monografisch) behandelte² Problem des Missbrauchs von Vorsorge- und Generalvollmachten in vermögensrechtlicher Hinsicht. Damit ist der große Bereich der Personensorge ausgeklammert, um nicht in handbuchartige Dimensionen hinzugeraten. Dazu setzt sie sich zunächst – bewusst von den Grundlagen des bürgerlichen Rechts und der Rechtsgeschäftslehre ausgehend – mit dem Wesen und dem Inhalt von Vorsorge- und Generalvollmachten auseinander, um auf einer festen Grundlage ein rechtliches Bild dieser Vollmachten zu entwerfen. Im Anschluss geht sie auf den Begriff des Missbrauchs im Allgemeinen ein, um ein Grundverständnis von

² Damrau/Zimmermann-BetrR, § 1896, Rn. 102–144; Bienwald/Sonnenfeld/Hofmann-BetrR, § 1896, Rn. 108; MünchKomm-BGB/Schwab, § 1896, Rn. 48–61; MünchKomm-BGB/Schramm, § 164, Rn. 125–128a; Staudinger-BGB/Bienwald, § 1896, Rn. 263–343; Ermann-BGB, § 1896, Rn. 41–54; Soergel-BGB/Zimmermann, § 1896, Rn. 76–87.

missbräuchlichem Verhalten zu gewinnen. Die Erläuterung der einzelnen Innenverhältnisse ist maßgeblich für die Bestimmung der Reichweite der Befugnisse. Dabei wird geklärt, wann Ersatzansprüche und Vergütungen entstehen und wie diese zu erfüllen bzw. zu leisten sind.

Sodann müssen die einzelnen zeitlichen Phasen untersucht werden, in denen ein eventueller Missbrauch möglich ist. Typischerweise vergeht einige Zeit zwischen der Errichtung einer Vorsorge- oder Generalvollmacht und ihrem Wirksamwerden. Wegen der unterschiedlichen Reichweite und dem Inhalt der auf den Bevollmächtigten übertragenen/übergehenden Befugnisse ist dabei zu differenzieren zwischen den Zeitabschnitten „vor dem Eintritt der Unfähigkeit, einen freien Willen kund zu tun“, „der Phase vom objektiven Verdacht bis zur Feststellung der Geschäftsunfähigkeit“ und dem Zeitraum während der Geschäftsunfähigkeit und schließlich auch der Postmortalität, denn auch der Tod des Vollmachtgebers bewirkt eine Veränderung der Befugnisse. Auch insoweit ist das rechtliche Terrain bislang keineswegs monografisch abgeschritten.

Schließlich wird eingegangen auf Präventionsmodelle, mit denen sich Missbrauchsfälle eventuell vermeiden lassen könnten. Darüber hinaus wird betrachtet, welche Rechtsfolgen der Missbrauch von Vorsorge- und Generalvollmachten hat und welche Möglichkeiten bestehen, sowohl den Bevollmächtigten wie auch den Vertragspartner in Anspruch zu nehmen. Damit hofft die vorliegende Schrift eine bei steigenden Vorsorge- und Fürsorgezahlen immer größer werdende Lücke zu schließen und der Praxis taugliche Handreichungen für die Rechtsberatung einerseits und für das Risikomanagement von Bevollmächtigten/Berufsbetreuern andererseits zu bieten.