

*Band 33*

Hallesche Schriften zum Recht

Die Abbildung auf der Umschlagseite zeigt CHRISTIAN THOMASIVS (1655–1728). Geistiger Mitbegründer der Universität Halle; Professor an der Juristischen Fakultät der Universität Halle (1691/1694–1728); „Vater der deutschen Aufklärung“; Schöpfer eines profanen Naturrechtssystems; erfolgreicher Kämpfer gegen Hexenprozesse und Folter; Verfechter und Anwender der deutschen Sprache im akademischen Unterricht und in der Wissenschaft.

Herausgegeben von den Professorinnen und Professoren des  
Juristischen Bereichs der Juristischen und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät  
der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

*Cornelia Dehn*

## **Die rechtliche Betreuung**

Gesetzlich normierte Handlungskompetenzen  
des Betreuten und des Betreuers zur Gewährleistung  
einer umfassenden Selbstbestimmung des Betreuten in der Praxis

*Cornelia Dehn* wurde 1958 in Halle (Saale) geboren. Sie absolvierte eine Ausbildung zur Dipl.-Bibliothekarin an der Humboldt-Universität zu Berlin sowie zur Dipl.-Rechtspflegerin (FH) an der Fachhochschule der Sächsischen Verwaltung Meißen und promovierte zur Dr. phil. an der Humboldt-Universität zu Berlin sowie zur Dr. iur. an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. Seit Ende 1991 ist die Verfasserin in der sächsischen Justiz tätig und arbeitet derzeit als Geschäftsleiterin beim Amtsgericht Leipzig.

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

XCVIII

© Universitätsverlag Halle-Wittenberg, Halle an der Saale 2014

Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

ISBN 978-3-86977-097-0

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit stellt die aktualisierte Fassung meiner Dissertation dar, die ich an der Juristischen und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg 2012 verteidigt habe.

Herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater, Prof. Dr. Wolfhardt Kohte, der mir die Möglichkeit gab, das gewählte Thema wissenschaftlich zu bearbeiten und mich mit seinen zahlreichen weiterführenden Hinweisen sehr unterstützt hat. Er trug damit wesentlich zum Gelingen der Arbeit bei.

Ebenso danke ich Prof. Dr. Heiner Lück für die Erstellung des Zweitgutachtens sowie die hilfreichen Anmerkungen.

Ganz besonderer Dank gilt meinem Ehemann, Wolfgang Dehn, der mir mit viel Geduld liebevoll zur Seite stand.

Diese Arbeit widme ich meinem Ehemann, unseren Kindern Patrick, Christoph und André, meinen Eltern Fritz und Lonny Schoder, meinen Geschwistern Frank Schoder und Gritt Lipp sowie meiner Schwiegermutter Gertrud Dehn.

Leipzig, April 2014

*Cornelia Dehn*

Nicht behindert zu sein, ist wahrlich kein Verdienst,  
sondern ein Geschenk, das jedem von uns jederzeit  
genommen werden kann.

*Richard von Weizsäcker*  
(*Weihnachtsansprache 1987*)

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	5
Einleitung .....	11
A Historische Entwicklung des Betreuungsrechts .....	13
B Rechtsinstitut der Betreuung .....	20
I Rechtsnatur der Betreuung .....	20
II Materielle Voraussetzungen der Betreuung .....	23
III Betreueramt .....	33
C Vertretung des Betreuten durch den Betreuer .....	37
I Vertretungsmacht des Betreuers .....	37
1 Umfang der Vertretungsmacht .....	37
a) Gesetzliche Vertretungsmacht .....	37
b) Abgrenzung zur gewillkürten Vertretungsmacht .....	43
2 Ausübung der Vertretung durch Dritte .....	45
a) Erteilung einer Vollmacht durch den Betreuer .....	45
b) Einstweilige Maßregeln des Betreuungsgerichts .....	47
3 Abgrenzung der Aufgaben des Betreuers zu anderen Hilfeleistungen ...	48
4 Mehrere Betreuer .....	51

a)	Mitbetreuer .....	51
b)	Ergänzungsbetreuer .....	54
c)	Gegenbetreuer .....	54
d)	Sterilisationsbetreuer .....	55
5	Grenzen der gesetzlichen Vertretungsmacht des Betreuers .....	58
a)	Ausschlussstatbestände .....	58
b)	Schenkungen .....	60
c)	Betreuungsgerichtliche Genehmigungen .....	65
d)	Persönliche Rechtsgeschäfte .....	70
6	Ende der gesetzlichen Vertretungsmacht des Betreuers .....	72
a)	Wegfall der Voraussetzungen für die Betreuung .....	72
b)	Tod des Betreuten .....	73
c)	Tod des Betreuers .....	75
II	Auswirkungen des Handelns des Betreuers für den Betreuten ..	77
1	Im Innenverhältnis .....	77
a)	Wunschbeachtungspflicht .....	77
aa)	Berücksichtigung der Wünsche des Betreuten .....	77
bb)	Grenzen der Wunschbeachtungspflicht .....	79
(1)	Wohl des Betreuten .....	80
(2)	Zumutbarkeit für den Betreuer .....	82
b)	Persönliche Betreuung .....	86
c)	Kompetenzen des Betreuers gegenüber dem Betreuten .....	87
d)	Handlungsvorrang des Betreuten .....	94
e)	Pflichtverletzungen durch den Betreuer .....	96
2	Im Außenverhältnis .....	105
D	Auswirkungen der Betreuung auf die Handlungskompetenzen des Betreuten .....	113
I	Der geschäftsfähige Betreute .....	113
II	Der geschäftsunfähige Betreute .....	121
E	Konkurrierende Rechtsgeschäfte des Betreuten und seines Betreuers .....	128
I	Problem der Doppelhandlungsfähigkeit .....	128



---

II	Auswirkungen für den Betreuten	129
1	Im Innenverhältnis	129
2	Im Außenverhältnis	131
F	Einwilligungsvorbehalt	132
I	Anordnung des Einwilligungsvorbehalts	132
II	Auswirkungen des Einwilligungsvorbehalts auf die Handlungskompetenzen des Betreuten	136
1	Der geschäftsfähige Betreute	136
2	Der geschäftsunfähige Betreute	151
G	Handlungskompetenzen des Betreuers entsprechend des Aufgabenkreises	158
I	Fehlende Typisierung	158
II	Einzelne Aufgabenkreise	161
1	Aufenthaltsbestimmung	161
2	Behördenangelegenheiten	162
3	Entscheidung über den Fernmeldeverkehr des Betreuten und über die Entgegennahme, das Öffnen und das Anhalten seiner Post	163
a)	Entscheidung über den Fernmeldeverkehr des Betreuten	163
b)	Entscheidung über die Entgegennahme, das Öffnen und das Anhalten der eingehenden Post des Betreuten	165
c)	Entscheidung über die Entgegennahme, das Öffnen und das Anhalten der ausgehenden Post des Betreuten	169
4	Geltendmachung der Rechte des Betreuten gegenüber seinem Bevollmächtigten	171
5	Gesundheitsorge	175
6	Heimangelegenheiten	195
7	Strafrechtliche Angelegenheiten	196
a)	Betreuer als Beschuldigter oder Angeklagter	196
b)	Betreuer als Opfer	199
8	Unterbringung und unterbringungsähnliche Maßnahmen	202
a)	Freiheitsentziehende Unterbringung	202
b)	Unterbringungsähnliche Maßnahmen	208

---

9	Vermögenssorge .....	209
10	Vertretung in gerichtlichen Verfahren .....	215
11	Wohnungsangelegenheiten .....	216
H	Rechtssystematische und rechtspolitische Konsequenzen .....	221
I	Feststellung der natürlichen Geschäftsfähigkeit oder Geschäftsunfähigkeit des Betreuten .....	222
II	Willenserklärungen eines Geschäftsunfähigen .....	234
III	Schenkungen in Vertretung für einen geschäftsunfähigen Betreuten .....	237
IV	Einwilligungsvorbehalt .....	238
V	Typisierung der Aufgabenkreise .....	240
VI	Beachtung der Wünsche des Betreuten durch den Betreuer und Handlungsvorrang des Betreuten .....	244
VII	Geeignetheit des Betreuers .....	247
I	Zusammenfassung .....	253
	Literaturverzeichnis .....	255

## Einleitung

Im Rechtsverkehr gewinnt das Betreuungsrecht immer mehr an Bedeutung. Zum einen ist die Sensibilität in der Bevölkerung für Menschen, die wegen einer Krankheit oder Behinderung ihre rechtlichen Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht mehr regeln können, gewachsen.<sup>1</sup> Zum anderen erhöht sich der Anteil älterer Menschen an der Gesamtbevölkerung ständig<sup>2</sup> und damit steigt zunehmend die Zahl der Betreuungsfälle.<sup>3</sup> Die enorme Bedeutung des Betreuungsrechts wird durch die Zahl der eingerichteten Betreuungen verdeutlicht, die in Deutschland von 624.695 Ende 1995<sup>4</sup> auf 1.319.361 Ende 2011<sup>5</sup> stieg.

In der Praxis werden somit täglich viele Menschen mit dem Betreuungsrecht konfrontiert, als Betreute, Betreuer und Dritte, die Umgang mit Betreuten und Betreuern haben. Oft handelt es sich dabei um Personen, die über das Betreuungsrecht nur unzureichende Kenntnisse besitzen. Um dem Anliegen des Gesetzgebers gerecht zu werden, nämlich die Rechtsstellung der psychisch Kranken sowie körperlich, geistig oder seelisch behinderten Menschen in der Gesellschaft zu verbessern,<sup>6</sup> muss das Betreuungsrecht praxistauglich sein.

Besonders wichtig in der täglichen Praxis ist, dass möglichst geringe Unsicherheiten bezüglich der Handlungskompetenzen von Betreuten und Betreuern bestehen. Nur so wird gewährleistet, dass die Betreuten auch tatsächlich in das gesellschaftliche Leben einbezogen und nicht vorsichtshalber gemieden und ausgegrenzt werden.

Die vorliegende Darstellung untersucht, inwieweit das Reformziel durch die Einführung des Betreuungsrechts (einschließlich der Änderungsgesetze) mit den materiell-rechtlichen Bestimmungen umgesetzt werden kann. Die Arbeit analysiert die Handlungskompetenzen des Betreuten und des Betreuers anhand der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen unter Auseinandersetzung mit den Rechtsauffas-

---

1 Grönke; Jäger ZVI 2005, 290 (290).

2 Nach einer von April 2001 bis September 2004 durchgeführten Studie sind bereits 43 Prozent der Betreuten über 65 Jahre alt, vgl. Hoffmann; Korte; Ferber BtPrax 2005, 91 (92).

3 Grönke; Jäger ZVI 2005, 290 (290).

4 Statistische Angabe vgl. Köller; Engels, S. 69.

5 Statistische Angabe vgl. Deimert BtPrax 2012, 242 (242).

6 Vgl. BT-Drucks. 11/4528, S. 1.

sungen in der Literatur<sup>7</sup> und der Rechtsprechung.<sup>8</sup> Es werden die Wirkungen des Handelns vom Betreuten und Betreuer im Innen- und Außenverhältnis dargelegt und die in der Praxis bestehenden Probleme aufgezeigt. In die Abhandlung sind auch die Erkenntnisse aus zahlreichen Gesprächen mit Betreuern eingeflossen.

Geprüft wird, ob die durch das Rechtsinstitut der Betreuung normierten Handlungskompetenzen eine umfassende Selbstbestimmung der Betreuten in der Praxis gewährleisten. Es wird aufgezeigt, wie das Selbstbestimmungsrecht der Betreuten in der historischen Entwicklung seit dem Bestehen des Betreuungsrechts durch die Rechtsprechung und Gesetzesänderungen gestärkt wurde und welche rechtssystematischen und rechtspolitischen Konsequenzen sich nach der jetzigen Rechtslage<sup>9</sup> ergeben. Konkrete Lösungsvorschläge werden unterbreitet, um die praktischen Probleme, die dem Selbstbestimmungsrecht der Betreuten zuwiderlaufen, zu verringern.

---

7 Berücksichtigt bis Ende August 2013.

8 Berücksichtigt bis Ende August 2013.

9 Berücksichtigt bis Ende August 2013.

## A Historische Entwicklung des Betreuungsrechts

Das „Betreuungsgesetz“<sup>10</sup> trat am 1. Januar 1992, das „Betreuungsrechtsänderungsgesetz“<sup>11</sup> am 1. Januar 1999, das „Zweite Betreuungsrechtsänderungsgesetz“<sup>12</sup> am 1. Juli 2005, das „Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts“<sup>13</sup> am 1. September 2009, das „Gesetz zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts“<sup>14</sup> am 6. Juli 2011<sup>15</sup> und das „Gesetz zur Regelung der betreuungsrechtlichen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme“<sup>16</sup> am 26. Februar 2013 in Kraft.

Mit der Einführung des Betreuungsrechts wurde eine der wichtigsten und tiefgreifendsten Reformen des BGB seit seinem Inkrafttreten zum 1. Januar 1900 durchgeführt. Die Betreuungsrechtsreform ist ein weiterer Schritt zur Durchdringung des BGB mit verfassungsrechtlichen Grundsätzen. Zu Recht wird die Reform vielfach in der Fachliteratur und in den Medien als „Jahrhundertreform“ bezeichnet.

Die Vormundschaft für Volljährige (§ 1896 BGB a. F.) und die Gebrechlichkeitspflegschaft (§ 1910 BGB a. F.) wurden abgeschafft. Weggefallen ist die Entmündigung wegen Geisteskrankheit (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 BGB a. F.), Geisteschwäche (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 BGB a. F.), Verschwendung (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 BGB a. F.), Trunksucht (§ 6 Abs. 1 Nr. 3 Var. 1 BGB a. F.) und Rauschgiftsucht (§ 6 Abs. 1 Nr. 3 Var. 2 BGB a. F.). Die Folge der Entmündigung aufgrund Geisteskrankheit war die Geschäftsunfähigkeit (§ 104 Nr. 3 BGB a. F.). Diese Rechtsfolge trat unabhängig davon ein, ob der Betroffene tatsächlich im natürlichen Sinne gemäß § 104 Nr. 2 BGB geschäftsunfähig war. Die Entmündigung wegen Geistes-

---

10 Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz – BtG) vom 12. September 1990 (BGBl. I 1990, S. 2002–2027).

11 Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts sowie weiterer Vorschriften (Betreuungsrechtsänderungsgesetz – BrÄndG) vom 25. Juni 1998 (BGBl. I 1998, S. 1580–1587).

12 Zweites Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts (Zweites Betreuungsrechtsänderungsgesetz – 2. BrÄndG) vom 21. April 2005 (BGBl. I 2005, S. 1073–1080).

13 Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 29. Juli 2009 (BGBl. I 2009, S. 2286–2287).

14 Gesetz zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vom 29. Juni 2011 (BGBl. I 2011, S. 1306–1307).

15 Artikel 1 Nummer 3 und Artikel 2 des Gesetzes traten erst am 5. Juli 2012 in Kraft.

16 Gesetz zur Regelung der betreuungsrechtlichen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme vom 18. Februar 2013 (BGBl. I 2013, S. 266–267).

schwäche, Verschwendung, Trunksucht oder Rauschgiftsucht führte gemäß § 114 BGB a. F. dazu, dass der Betroffene in Ansehung der Geschäftsfähigkeit einem Minderjährigen, der das siebente Lebensjahr vollendet hat, gleichgestellt war. Die unter § 114 BGB a. F. fallenden Personen waren somit nach Maßgabe der §§ 107 bis 113 BGB in der Geschäftsfähigkeit beschränkt. Lagen die Voraussetzungen des § 104 Nr. 2 BGB vor, war der Betroffene allerdings auch dann geschäftsunfähig, wenn eigentlich § 114 BGB a. F. auf ihn zutraf.<sup>17</sup>

Aufgrund des Entmündigungsbeschlusses, gleichgültig aus welchem Grund die Entmündigung erfolgte, wurde von Amts wegen eine Vormundschaft angeordnet (§ 1896 BGB a. F.). Diese erstreckte sich stets auf alle Angelegenheiten des Betroffenen.

Die Anordnung der Gebrechlichkeitspflegschaft war möglich, wenn der Betroffene, der nicht unter Vormundschaft stand, infolge körperlicher Gebrechen seine Angelegenheiten nicht besorgen konnte (§ 1910 Abs. 1 BGB a. F.). Vermochte der nicht unter Vormundschaft stehende Betroffene wegen geistiger oder körperlicher Gebrechen einzelne oder einen bestimmten Kreis seiner Angelegenheiten, insbesondere seine Vermögensangelegenheiten, nicht zu besorgen, konnte die Pflegschaft für diese Angelegenheiten nach § 1910 Abs. 2 BGB a. F. angeordnet werden. Die Anordnung der Gebrechlichkeitspflegschaft hatte keine Auswirkungen auf die Geschäftsfähigkeit. Soweit eine Verständigung mit dem Gebrechlichen möglich war, durfte die Pflegschaft nur mit dessen Einwilligung eingerichtet werden (§ 1910 Abs. 3 BGB a. F.). Lag keine Einwilligung des Gebrechlichen vor, hielt die Rechtsprechung die Pflegschaft nicht nur in den Fällen für zulässig, in denen der Gebrechliche keinen natürlichen Willen mehr hatte. Ein Mangel der Verständigungsmöglichkeit wurde schon dann angenommen, wenn der Gebrechliche geschäftsunfähig im Sinne des § 104 Nr. 2 BGB war.<sup>18</sup>

Da die Entmündigung für die rechtliche und soziale Stellung des Betroffenen eine wesentlich größere Beeinträchtigung als die Gebrechlichkeitspflegschaft darstellte,<sup>19</sup> nahm die Rechtsprechung eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der Pflegschaft vor. Die Anordnung einer Gebrechlichkeitspflegschaft anstelle einer an sich möglichen Entmündigung wurde für zulässig erachtet, wenn der Geistesranke oder Geistesschwache, der im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 1 BGB a. F. seine

---

17 *Heinrichs*, in: Palandt, 50. Aufl., § 114 Rnr. 4.

18 Vgl. BVerfGE 19, 93 (96 f.).

19 Die Entmündigung beseitigte oder beschränkte die Geschäftsfähigkeit für alle Bereiche. Die Gebrechlichkeitspflegschaft erstreckte sich nur auf einzelne oder einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten. Die Geschäftsfähigkeit blieb unberührt.

Angelegenheiten im Allgemeinen nicht zu besorgen vermochte, nur für einzelne Angelegenheiten eines Schutzes bedurfte.<sup>20</sup>

Ein Mangel an dem bis zum 31. Dezember 1991 geltenden Recht bestand insbesondere darin, dass die Entmündigung mit der automatischen Rechtsfolge der Geschäftsunfähigkeit oder beschränkten Geschäftsfähigkeit einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Rechte des Betroffenen darstellte.<sup>21</sup> Das Rechtsinstitut der Entmündigung ließ keine Differenzierung entsprechend den vorhandenen Fähigkeiten des Betroffenen zu. Die Teilnahme am Rechtsverkehr war ausgeschlossen oder eingeschränkt. Nachteilig betroffen waren alle Entmündigten, die sich nicht in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit im Sinne des § 104 Nr. 2 BGB befanden und bei denen somit eine natürliche Geschäftsfähigkeit bestand.

Ein weiterer Mangel war, dass der Vormund bei seinen Entscheidungen den Willen des Mündels nicht beachten musste. Dies galt auch für den Gebrechlichkeitspfleger, wenn beim Pflegen Geschäftsunfähigkeit vorlag. Lediglich bei einem geschäftsfähigen Pfingling hatte dessen Wille Vorrang.<sup>22</sup>

Die Betroffenen wurden zudem vielfach nicht persönlich betreut, sondern lediglich anhand von Akten verwaltet. Ein Vertrauensverhältnis konnte somit kaum aufgebaut werden.<sup>23</sup>

Das Betreuungsrecht umfasst ein zweistufiges System der Fürsorge für die Betroffenen, nämlich die Bestellung eines Betreuers (§ 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB)<sup>24</sup> und in Ausnahmefällen zusätzlich die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts (§ 1903 Abs. 1 Satz 1 BGB).<sup>25</sup> Durch die Betreuerbestellung erhält der Betroffene einen gesetzlichen Vertreter, ohne dass seine Handlungskompetenzen eingeschränkt werden. Die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts dagegen schränkt den geschäftsfähigen Betreuten in seinen unmittelbaren Handlungskompetenzen ein. Die Willenserklärungen bedürfen zur Wirksamkeit der Zustimmung des Betreuers. Der Unterschied zwischen der früheren Entmündigung und dem jetzigen Einwilligungsvorbehalt besteht darin, dass die aufgrund der Entmündigung eingetretene Geschäftsunfähigkeit bzw. beschränkte Geschäftsfähigkeit des im natürlichen Sinne Geschäftsfähigen automatisch während der gesamten Zeit der Vormundschaft bestand, unabhängig davon, ob ein konkretes Bedürfnis gegeben war

---

20 Vgl. BVerfGE 19, 93 (98).

21 BT-Drucks. 11/4528, S. 49.

22 BT-Drucks. 11/4528, S. 40 u. 50.

23 BT-Drucks. 11/4528, S. 50.

24 Zu den Voraussetzungen der Betreuerbestellung siehe Punkt B II, S. 23–33.

25 Zu den Voraussetzungen der Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts siehe Punkt FI, S. 132–136.

und unabhängig vom Willen des Betroffenen. Die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts im Rahmen einer bestehenden Betreuung ist dagegen die Ausnahme. Sie erfolgt nur im konkreten Bedarfsfall im ausschließlichen Interesse des Betreuten, wenn eine erhebliche Gefahr der Selbstschädigung besteht und ist nicht gegen den freien Willen des Betroffenen möglich.

Das Ziel des Betreuungsrechts ist die Verbesserung der Rechtsstellung von psychisch Kranken sowie körperlich, geistig und seelisch behinderten Menschen in der Gesellschaft.<sup>26</sup> Das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen und ihre Teilnahme am Rechtsverkehr sollen weitestgehend erhalten bleiben. Statt Bevormundung sollen sie Hilfe erhalten.<sup>27</sup> Nur unausweichliche Rechtseingriffe sind zulässig.<sup>28</sup> Die Fokussierung auf das Vermögen im alten Recht wird von einer Orientierung auf das persönliche und gesundheitliche Wohl der Betreuten abgelöst.<sup>29</sup>

Anliegen des Betreuungsrechts ist der Schutz der Grundrechte der Betreuten. Besonders zu beachten sind die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). Große Bedeutung kommt dem Selbstbestimmungsrecht als Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu. Eine freie Selbstbestimmung ist Ausdruck der Menschenwürde. Die Gewährleistung der Selbstbestimmung behinderter Menschen und der Schutz vor Diskriminierung sind auch ein wesentlicher Schwerpunkt des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (VN-Behindertenrechtskonvention),<sup>30</sup> das in Deutschland am 26. März 2009 in Kraft getreten ist.<sup>31</sup>

Die zunehmende Stärkung des Selbstbestimmungsrechts der Betroffenen durchzieht das Betreuungsrecht seit seiner Einführung wie ein roter Faden. Mit Inkrafttreten des Betreuungsrechts wurden grundlegende Voraussetzungen geschaffen, um unverhältnismäßige Eingriffe in die Rechte der Betroffenen zu vermeiden und deren Selbstbestimmungsrecht Rechnung zu tragen. Eine bedeutende Norm hierfür ist § 1901 BGB. Danach hat der Betreute die Möglichkeit, im Rahmen seiner Fähigkeiten sein Leben nach seinen eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten

---

26 BT-Drucks. 11/4528, S. 1.

27 BT-Drucks. 11/4528, S. 88.

28 BT-Drucks. 11/4528, S. 52; *Hahnkamp; Störle*, S. 23.

29 *Bauer BtPrax* 2003, 3 (5).

30 Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie zu dem Fakultativprotokoll vom 13. Dezember 2006 zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 21. Dezember 2008 (BGBl. II 2008, S. 1419–1457).

31 Bekanntmachung über das Inkrafttreten des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 5. Juni 2009 (BGBl. II 2009, S. 812–817).



(§ 1901 Abs. 2 Satz 2 BGB). Der Betreuer hat den Wünschen des Betreuten zu entsprechen, soweit dies dem Wohl des Betreuten nicht zuwiderläuft und dem Betreuer zuzumuten ist (§ 1901 Abs. 3 Satz 1 BGB).<sup>32</sup> Vor der Erledigung wichtiger Angelegenheiten muss der Betreuer diese mit dem Betreuten besprechen, sofern die Besprechung dem Wohl des Betreuten nicht zuwiderläuft (§ 1901 Abs. 3 Satz 3 BGB). Weiterhin ist der Betreuer verpflichtet, in dem Umfang, wie es die rechtliche Besorgung der Angelegenheiten des Betreuten innerhalb des Aufgabenkreises erfordert, den Betreuten persönlich zu betreuen (§ 1897 Abs. 1 BGB).<sup>33</sup>

Mit Hilfe des Betreuers soll dem Betreuten ermöglicht werden, seine Privatautonomie<sup>34</sup> zu verwirklichen. Die Privatautonomie als Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben ist durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt.<sup>35</sup> Mit der Einführung des Betreuungsrechts erfolgte durch den Gesetzgeber keine Änderung der Vorschrift zur natürlichen Geschäftsunfähigkeit.<sup>36</sup> Eine konstitutive Feststellung der Geschäftsunfähigkeit und der damit verbundene Ausschluss der Privatautonomie des Betroffenen, wie nach dem früheren Entmündigungsrecht, sind nicht möglich.<sup>37</sup> Es ist zwischen den Betreuten zu unterscheiden, bei denen im Sinne des § 104 Nr. 2 BGB eine natürliche Geschäftsunfähigkeit vorliegt und den Betreuten, die zwar zu rechtsgeschäftlichen Handlungen in der Lage sind, aber zur Besorgung ihrer Angelegenheiten, zumindest für bestimmte Bereiche, eines Betreuers bedürfen. In Abhängigkeit von der natürlichen Geschäftsfähigkeit oder Geschäftsunfähigkeit des Betreuten bestehen unterschiedliche Handlungskompetenzen des Betreuten und Betreuers.

Mit Einführung des Betreuungsrechts bestand in der Praxis teilweise Unklarheit zu einzelnen Handlungskompetenzen. Durch eine über die Jahre gefestigte umfangreiche Rechtsprechung wurden nunmehr weitestgehend gesicherte Rechtspositionen zu den Kompetenzen des Betreuten und Betreuers entwickelt. Dabei ist festzustellen, dass die nach Einführung des Betreuungsrechts durch die ergangene Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zu den Handlungskompetenzen ihre Gültigkeit im Laufe der Jahre nicht verloren haben, sondern durch nachfolgende Entscheidungen in der Regel jeweils bestätigt und damit gefestigt wurden. Die von

---

32 Zur Wunschbeachtungspflicht siehe Punkt C II 1 a), S. 77–86.

33 Zur persönlichen Betreuung siehe Punkt C II 1 b), S. 86 f.

34 Der zivilrechtliche Terminus „Privatautonomie“ entspricht dem Begriff „Handlungsfreiheit“.

35 Jarass, in: Jarass; Pieroth, Art. 2 Rnr. 4.

36 Vgl. BT-Drucks. 11/4528, S. 38 u. 59 f., zu den Auswirkungen der Betreuung auf die Handlungskompetenzen des geschäftsunfähigen Betreuten siehe Punkt D II, S. 121–127.

37 Mit dem Rechtsinstitut des Einwilligungsvorbehalts (§ 1903 BGB) besteht die Möglichkeit einer konstitutiven Beschränkung der Privatautonomie für einzelne Bereiche, zum Einwilligungsvorbehalt siehe Punkt F, S. 132–157.

der Rechtsprechung für eine verfassungskonforme Handhabung des Betreuungsrechts aufgestellten Grundsätze haben zur Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts des Betreuten beigetragen. Durch den Gesetzgeber erfolgten in Anlehnung an die Rechtsprechung für wichtige Bereiche weitreichende Reformen zur Stärkung des Selbstbestimmungsrechts des Betreuten.

Mit dem Zweiten Betreuungsrechtsänderungsgesetz wurde § 1896 Abs. 1a BGB eingefügt. Danach ist die Bestellung eines Betreuers gegen den freien Willen des Betroffenen nicht möglich. Solange der Betroffene in der Lage ist, sein Selbstbestimmungsrecht frei wahrzunehmen, kommt die Anordnung einer Betreuung gegen seinen Willen nicht in Betracht.<sup>38</sup> § 1896 Abs. 1a BGB hat nicht nur Auswirkungen auf die Bestellung eines Betreuers, sondern stärkt auch das Selbstbestimmungsrecht des Betreuten während des Bestehens der Betreuung. Da die Betreuung nicht gegen den freien Willen des Betroffenen angeordnet werden und der Betreute jederzeit die Aufhebung beantragen kann, wird damit nachhaltig verdeutlicht, dass die Kompetenzen des Betreuers im Verhältnis zu dem Betreuten, der zu einer freien Willensbildung in der Lage ist, nicht weiter reichen können als der Wille des Betreuten dies zulässt.

Durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts erfolgte eine weitere Stärkung des Selbstbestimmungsrechts des Betreuten. Im § 1901a BGB wurde das Rechtsinstitut der Patientenverfügung verankert. Die Aufgaben des Betreuers beim Umgang mit der Patientenverfügung und bei der Feststellung des Patientenwillens, falls keine oder keine zutreffende Patientenverfügung vorliegt, wurden geregelt.<sup>39</sup>

Da sich die Bestellung des Betreuers grundsätzlich nicht auf die Handlungsfähigkeit des Betreuten auswirkt<sup>40</sup> und das Handeln des Betreuten Vorrang hat,<sup>41</sup> ist das Rechtsinstitut der Betreuung konform mit Art. 12 Abs. 2 VN-Behindertenrechtskonvention, der für Menschen mit Behinderungen in allen Lebensbereichen eine mit anderen gleichberechtigte Rechts- und Handlungsfähigkeit fordert.

Seit dem Bestehen des Betreuungsrechts erfuhr das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen eine erhebliche Stärkung. Dennoch bestehen zahlreiche praktische Probleme. Die Erfahrungen aus der Praxis und die rechtstatsächlichen Erkenntnisse

38 Zum § 1896 Abs. 1a BGB siehe im Punkt B II, S. 27–31.

39 Zur Patientenverfügung und Feststellung des Patientenwillens siehe im Punkt G II 5, S. 185–188.

40 Zur Besonderheit bei der Bestellung eines Betreuers mit dem Aufgabenkreis „alle Angelegenheiten“ siehe im Punkt D I, S. 117–120, zur Besonderheit im Prozessrecht aufgrund von § 53 ZPO siehe im Punkt C II 2, S. 109–112.

41 Zum Handlungsvorrang des Betreuten siehe Punkt C II 1 d), S. 94 ff.

---

der letzten Jahre bedürfen einer Diskussion hinsichtlich möglicher rechtssystematischer und rechtspolitischer Konsequenzen.<sup>42</sup>

---

42 Zu den rechtssystematischen und rechtspolitischen Konsequenzen siehe Punkt H, S. 221–252.

## B Rechtsinstitut der Betreuung

### I Rechtsnatur der Betreuung

Zu klären ist, ob das Betreuungsrecht zum öffentlichen Recht oder Privatrecht gehört. Davon hängt es zum Beispiel ab, ob der Betreute einen Staatshaftungsanspruch hat, wenn der Betreuer eine verschuldete Pflichtverletzung begeht und ob der Betreute sich gegenüber dem Betreuer auf seine Grundrechte berufen kann.

Das Betreuungsrecht stellt eine öffentliche Fürsorge dar. Die Errichtung und Verwaltung der rechtlichen Betreuung gehört, wie die Vormundschaft,<sup>43</sup> zu den Aufgaben der staatlichen Wohlfahrtspflege. Die rechtliche Betreuung ist ein Instrument der Fürsorge für hilfs- und schutzbedürftige Volljährige und erstreckt sich unmittelbar auf die privatrechtliche Sphäre des Einzelnen. Die Fürsorgemaßnahmen werden nicht unmittelbar durch staatliche Organe bewirkt, sondern mit Mitteln des Privatrechts. Der Staat bestellt in Ausübung öffentlicher Fürsorge für den Betroffenen einen Betreuer. Die rechtliche Betreuung ist also ein durch staatlichen Hoheitsakt begründetes Sorgerechtsverhältnis zwischen Betreuer und Betreutem. Möglich ist eine Fürsorge, die sich auf einzelne Angelegenheiten erstreckt oder eine Fürsorge, die alle Angelegenheiten umfasst. Dabei handelt es sich aber ausschließlich um eine Rechtsfürsorge. Nicht unter die rechtliche Betreuung fällt die tatsächliche Fürsorge, wie karitative Tätigkeiten.<sup>44</sup>

Das im Bürgerlichen Gesetzbuch verankerte Betreuungsrecht enthält, wie das Vormundschaftsrecht,<sup>45</sup> öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Elemente.

Der Staat ist dafür verantwortlich, dass Volljährige, die aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung schutzbedürftig sind, die notwendige Fürsorge erhalten. Diese Aufgabe ist dem Betreuungsgericht<sup>46</sup> zugewiesen. Das Betreuungsgericht ist für eine Reihe von Maßnahmen und Entscheidungen zuständig, die dem öffentlichen Recht zuzuordnende

---

43 Zur Vormundschaft vgl. BVerfGE 10, 302 (311); 54, 251 (268); BGHZ 17, 108 (115).

44 Zur Abgrenzung der Aufgaben des Betreuers zu anderen Hilfeleistungen siehe Punkt C I 3, S. 48–51.

45 Zum Vormundschaftsrecht vgl. BVerfGE 10, 302 (326).

46 Bis zur Einführung des Dritten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts am 1. September 2009 war dafür das Vormundschaftsgericht zuständig.

Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit darstellen.<sup>47</sup> Es hat dafür Sorge zu tragen, dass ein geeigneter Betreuer bestellt wird (§§ 1897 bis 1900 BGB), wenn die im § 1896 BGB normierten Voraussetzungen vorliegen. Weiterhin hat das Betreuungsgericht unter anderem die Aufsicht über den Betreuer,<sup>48</sup> ist für die zur Wirksamkeit bestimmter Rechtsgeschäfte des Betreuers erforderliche Genehmigung zuständig<sup>49</sup> und entscheidet über die Entlassung eines Betreuers unter den Voraussetzungen des § 1908b BGB. Diese verwaltende Tätigkeit des Gerichts hat öffentlich-rechtlichen Charakter.<sup>50</sup> Ebenfalls einen öffentlich-rechtlichen Charakter haben die Verpflichtungen, die dem Betreuer gegenüber dem Betreuungsgericht obliegen<sup>51</sup> und können daher durch die Festsetzung von Zwangsgeld (§ 1908i Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 1837 Abs. 3 BGB) durchgesetzt werden.<sup>52</sup> Die Pflichten des Betreuers gegenüber dem Betreuungsgericht dienen ausschließlich der Kontrolle der ordnungsgemäßen Erledigung der Pflichten des Betreuers gegenüber dem Betreuten.

Trotz eines starken öffentlich-rechtlichen Einschlags im Betreuungsrecht ist das Rechtsverhältnis zwischen dem Betreuer und dem Betreuten grundsätzlich dem Privatrecht zuzuordnen.<sup>53</sup> Der Betreuer vertritt in seinem Aufgabenkreis den Betreuten gemäß § 1902 BGB gerichtlich und außergerichtlich. Er hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters.<sup>54</sup> Die Pflichten des Betreuers gegenüber dem Betreuten erstrecken sich auf die gesetzliche Vertretung bei der Erledigung privatrechtlicher Angelegenheiten der Personen- und Vermögenssorge des Betreuten. Die Rechtsstellung des Betreuers ist, wie die des Vormunds,<sup>55</sup> weitgehend der Stellung der Eltern, als Inhaber der elterlichen Sorge, nachgebildet.<sup>56</sup> Die Annäherung an die elterliche Sorge ist allerdings bei der Betreuung geringer als bei der Vormundschaft. So gehört zum Beispiel die Pflege und Erziehung nicht zu den Pflichten und Rechten des Betreuers. Die Betreuung erstreckt sich auch nur auf die Bereiche der Personen- und Vermögenssorge, die vom Aufgabenkreis erfasst sind. Ebenso wie das Recht der Eltern gegenüber dem Kind zum Privatrecht gehört,<sup>57</sup> ist auch das Rechtsverhältnis

---

47 Engler, in: Staudinger, Vorbem. zu §§ 1773 ff. Rnr. 13.

48 § 1908i Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 1837 Abs. 2 Satz 1 BGB.

49 Zum Beispiel § 1908i Abs. 1 Satz 1 i.V.m. §§ 1821 u. 1822 BGB.

50 OLG München NJW 2009, 2837 (2837); Engler, in: Staudinger, Vorbem. zu §§ 1773 ff. Rnr. 13.

51 Zum Beispiel Bericht über die persönlichen Verhältnisse des Betreuten gemäß § 1908i Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 1840 Abs. 1 BGB und Rechnungslegung über die Vermögensverwaltung gemäß § 1908i Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 1840 Abs. 2 BGB.

52 OLG München NJW 2009, 2837 (2838).

53 OLG München NJW 2009, 2837 (2838); Engler, in: Staudinger, Vorbem. zu §§ 1773 ff. Rnr. 14.

54 Zur Stellung des Betreuers als gesetzlicher Vertreter siehe Punkt C II 2, S. 105–112.

55 Zur Stellung des Vormunds vgl. BGHZ 17, 108 (115).

56 OLG München NJW 2009, 2837 (2838).

57 Vgl. BGHZ 17, 108 (115).

zwischen Betreuer und Bereutem grundsätzlich privatrechtlicher Natur. Der Betreuer nimmt ausschließlich im Interesse des Betreuten, wenn auch unter Aufsicht und Mitwirkung des Staates, dessen private Angelegenheiten wahr. Das Amt des Betreuers ist daher kein öffentlich-rechtliches.<sup>58</sup> Bei dem Amt des Betreuers handelt es sich, wie bei dem des Vormunds,<sup>59</sup> um ein Amt auf privatrechtlicher Grundlage mit privatrechtlichen Pflichten und Aufgaben, die dem Betreuer gegenüber dem Betreuten obliegen.<sup>60</sup> Streitige Ansprüche des Betreuten gegen den Betreuer und umgekehrt sind privatrechtlicher Natur und vor den ordentlichen Gerichten zu verfolgen. Der Betreute hat keinen Amtshaftungsanspruch (Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB) gegen den Staat bei Pflichtverletzungen des Betreuers. Der Betreuer haftet dem Betreuten nach den Regeln des Privatrechts.<sup>61</sup> Aufwendungsersatz- und Vergütungsansprüche des Betreuers (§ 1908i Abs. 1 Satz 1 i.V.m. §§ 1835 ff. BGB) richten sich aufgrund des privatrechtlichen Charakters grundsätzlich gegen das Vermögen des Betreuten und nicht gegen die Staatskasse.<sup>62</sup> Befriedigt die Staatskasse Ansprüche des Betreuers, erbringt sie eine Sozialleistung für den Betreuten.<sup>63</sup> Soweit die Staatskasse den Betreuer befriedigt, gehen die Ansprüche des Betreuers gegen den Betreuten gemäß § 1908i Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 1836e Abs. 1 Satz 1 BGB auf die Staatskasse über.

Durch die Stellung als gesetzlicher Vertreter (§ 1902 BGB), die dem Betreuer durch hoheitlichen Akt verliehen wird, ist er berechtigt, den Betreuten innerhalb des Aufgabenkreises wirksam zu vertreten und dessen Geschäfte zu besorgen. Die vom Betreuer getroffenen Entscheidungen sind gegenüber dem Betreuten grundsätzlich bindend. Da der Betreuer aber öffentliche Aufgaben der Fürsorge wahrnimmt, greift der Schutz der Grundrechte auch zugunsten des Betreuten gegenüber dem Betreuer.<sup>64</sup> Die Rechtsmacht des Betreuers als gesetzlicher Vertreter ist im grundrechtsrelevanten Bereich beschränkt,<sup>65</sup> sodass sich der Betreute gegenüber Handlungen des Betreuers auf seine Grundrechte berufen kann.<sup>66</sup>

---

58 So auch *Götz*, in: Palandt, Einl. v. § 1773 Rnr. 3.

59 Zum Amt des Vormunds vgl. BGHZ 17, 108 (115 f.).

60 Die beschriebenen Pflichtenverhältnisse des Betreuers gegenüber dem Betreuten und gegenüber dem Gericht bestehen auch, wenn als Betreuer die Betreuungsbehörde bestellt ist. Auch in diesem Fall ist die Rechtsbeziehung zwischen Betreuer und Bereutem privatrechtlicher Natur und es gelten vom Prinzip her die gleichen gesetzlichen Regelungen wie für eine natürliche Person als Betreuer. Teilweise erfolgt eine Lockerung der Kontrollmechanismen und es werden größere Freiräume zugestanden (vgl. § 1908i Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 1857a BGB).

61 OLG München NJW 2009, 2837 (2838).

62 OLG München NJW 2009, 2837 (2838).

63 BR-Drucks. 960/96, S. 17 u. 20.

64 Vgl. BGHZ 145, 297 (304).

65 BGHZ 145, 297 (308); 166, 141 (148).

66 BGHZ 145, 297 (308); 166, 141 (148); anderer Ansicht *Frösche* BtPrax 2004, 46 (47).

## II Materielle Voraussetzungen der Betreuung

Die Bestellung eines Betreuers ist grundsätzlich möglich, wenn zwei materielle Voraussetzungen gegeben sind. Erstens muss bei dem Betroffenen<sup>67</sup> eine psychische Krankheit oder eine körperliche, geistige oder seelische Behinderung bestehen und zweitens muss er aufgrund der Krankheit oder Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen können (§ 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB). Dabei sind zwei Kriterien zu beachten. Zum einen müssen die subjektive Betreuungsbedürftigkeit und zum anderen der objektive Betreuungsbedarf vorliegen.<sup>68</sup> Erforderlich ist ein Handlungsbedarf für das konkret festgestellte Defizit des Betroffenen bei der Besorgung einzelner Angelegenheiten.<sup>69</sup> Subjektive Betreuungsbedürftigkeit bedeutet also, dass die Auswirkungen der Behinderung eine gewisse Hilfestellung und Unterstützung erfordern. Objektiver Betreuungsbedarf liegt dagegen vor, wenn konkrete Angelegenheiten zu erledigen sind, die der Betroffene krankheitsbedingt nicht selbst regeln kann.<sup>70</sup>

Eine Betreuung ist gemäß § 1896 Abs. 2 Satz 2 Var. 1 BGB nicht erforderlich, soweit die Angelegenheiten des Betroffenen durch einen Bevollmächtigten ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können. In der Praxis besteht oftmals die Problematik, dass zum einen im Bedarfsfall der Betroffene nicht mehr in der Lage ist, eine wirksame Vollmacht zu erteilen<sup>71</sup> und zum anderen keine geeignete Person zur Verfügung steht, die bereit wäre, die Angelegenheiten des Betroffenen unentgeltlich zu verrichten.<sup>72</sup> Zu bedenken ist auch, welche enormen Kompetenzen

---

67 Die Betreuerbestellung gemäß § 1896 BGB (ebenso die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts nach § 1903 BGB) kann bereits für einen Minderjährigen, der das 17. Lebensjahr vollendet hat, erfolgen (§ 1908a Satz 1 BGB). Ein gesetzliches Vertretungsrecht besteht aber erst mit dem Eintritt der Volljährigkeit (§ 1908a Satz 2 BGB).

68 BVerfG FuR 2002, 241 (242); OLG Schleswig FGPrax 2010, 32 (33); OLG Zweibrücken FamRZ 2005, 748 (748); *Schulte* BtPrax 2006, 210 (210).

69 *Dodegge* BtPrax 1996, 8 (10).

70 OLG Schleswig FGPrax 2010, 32 (33); OLG Zweibrücken FamRZ 2005, 748 (748); *Eissing*, S. 155 f.

71 Dem kann nur durch eine umfassende und ständige Aufklärung der Bevölkerung entgegengewirkt werden, sodass rechtzeitig Vorsorge getroffen wird.

72 Steht dem Betroffenen keine Vertrauensperson aus dem Verwandten- oder Bekanntenkreis zur Verfügung, die bereit ist, seine Angelegenheiten unentgeltlich zu regeln, müsste er eine Person beauftragen, die seine Angelegenheiten gegen ein Entgelt (in der Regel berufsmäßig) wahrnimmt. Dazu sind die meisten Betroffenen jedoch finanziell nicht in der Lage. Anders als im Betreuungsrecht erfolgt bei Mittellosigkeit des Betroffenen im Falle einer Bevollmächtigung keine Kostenübernahme durch die Staatskasse. In diesen Fällen findet sich dann in der Regel auch kein Verwandter oder Bekannter, der die Betreuung ehrenamtlich führt. So ist es nicht verwunderlich, dass rund 85 % der berufsmäßig Betreuten mittellos sind und nur 15 % die Kosten für die Betreuung selbst zahlen, statistische Angaben vgl. *Köller; Engels*, S. 18.

mit der Erteilung einer Vorsorgevollmacht auf einen Dritten übertragen werden. Da eine staatliche Beaufsichtigung nicht über die Tätigkeit eines Bevollmächtigten, sondern nur über die eines Betreuers erfolgt,<sup>73</sup> verwundert es nicht, dass Betroffene oft von der Erteilung einer Vollmacht absehen, wenn ihnen nicht eine für sie absolut vertrauenswürdige Person zur Verfügung steht.

Die Erforderlichkeit für eine Betreuerbestellung liegt nicht vor, wenn einer im Außenverhältnis unbedingt erteilten Vorsorgevollmacht im Rechtsverkehr unberechtigt die Akzeptanz verweigert wird.<sup>74</sup> Es ist Aufgabe des Bevollmächtigten, die Rechte des Vollmachtgebers notfalls durch Beschreiten des statthaften Rechtsweges durchzusetzen und somit dem Willen des Vollmachtgebers zu entsprechen, durch Erteilung einer unbedingten Vorsorgevollmacht eine rechtliche Betreuung zu vermeiden.<sup>75</sup>

Grundsätzlich ist eine Bevollmächtigung für alle Bereiche möglich (Generalvollmacht), soweit ein Handeln durch einen gewillkürten Vertreter gesetzlich zulässig ist. Die Vollmacht kann aber auch nur für bestimmte Aufgabenbereiche (zum Beispiel für Gesundheitspflege oder Vermögenssorge) erteilt werden. Stellt sich die Notwendigkeit der Vertretung für weitere Bereiche heraus, ist für diese Angelegenheiten ein Betreuer zu bestellen, falls die Voraussetzungen für eine wirksame Bevollmächtigung durch den Betroffenen nicht gegeben sind.

Für eine Einwilligung des Bevollmächtigten in eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff (im Sinne des § 1904 Abs. 1 Satz 1 BGB) sowie eine Nichteinwilligung oder einen Widerruf der Einwilligung (im Sinne des § 1904 Abs. 2 BGB) ist eine schriftliche Vollmacht erforderlich, welche die Maßnahme ausdrücklich umfasst (§ 1904 Abs. 5 Satz 2 BGB). Das Gleiche gilt für die Einwilligung in eine freiheitsentziehende Unterbringung (im Sinne des § 1906 Abs. 1 BGB), die Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme (im Sinne des § 1906 Abs. 3 BGB) und die Einwilligung in eine unterbringungsähnliche Maßnahme (im Sinne des § 1906 Abs. 4 BGB) durch den Bevollmächtigten (§ 1906 Abs. 5 Satz 1 BGB). Liegt keine schriftliche Vollmacht vor, muss ein Betreuer bestellt werden.

Die Bestellung eines Betreuers ist ebenfalls notwendig, wenn Rechtsgeschäfte anstehen, die keiner gewillkürten Vertretung, sondern nur einer gesetzlichen Ver-

---

73 Eine Kontrolle des Bevollmächtigten besteht nur in den Fällen der Bestellung eines Betreuers zur Geltendmachung der Rechte des Betreuten gegenüber seinem Bevollmächtigten (§ 1896 Abs. 3 BGB). In diesen Fällen hat sich aber der Bevollmächtigte bereits als ungeeignet oder unzuverlässig erwiesen.

74 AG Lübeck FamRZ 2012, 898 (898).

75 AG Lübeck FamRZ 2012, 898 (898).



betreuung zugänglich sind.<sup>76</sup> Das ist zum Beispiel bei der Anfechtung der Vaterschaft bei Geschäftsunfähigkeit des Betroffenen der Fall (§ 1600a Abs. 2 Satz 3 BGB).

Weiterhin ist die Bestellung eines Betreuers erforderlich, wenn die Voraussetzungen für die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts<sup>77</sup> nach § 1903 BGB vorliegen,<sup>78</sup> da eine Vollmachtserteilung die Handlungsfähigkeit des Betroffenen nicht ausschließt und ein Einwilligungsvorbehalt nur im Rahmen einer Betreuung angeordnet werden kann.<sup>79</sup>

Eine Betreuung ist nicht erforderlich, wenn die Angelegenheit durch andere Hilfen, bei denen kein gesetzlicher Vertreter bestellt wird, ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden kann (§ 1896 Abs. 2 Satz 2 Var. 2 BGB). Dies wird nur bei geschäftsfähigen Betroffenen der Fall sein, da nur sie rechtsgeschäftliche Handlungen (zum Beispiel den Abschluss eines Vertrages für tatsächliche Hilfen oder Pflegeleistungen sowie die Stellung von Anträgen bei Behörden) mit Unterstützung von Familienangehörigen, Freunden, Nachbarn, sonstigen Bekannten oder sozialen Einrichtungen wirksam vornehmen können.

Aufgrund eines Beschlusses der 80. Justizministerkonferenz wurde im Juni 2009 eine „Interdisziplinäre Arbeitsgruppe zum Betreuungsrecht“ eingerichtet. Ihre Aufgabe war es, zu prüfen, wie das Betreuungsrecht weiterentwickelt werden kann. Die Arbeitsgruppe unterbreitete, auch im Hinblick auf die VN-Behindertenrechtskonvention, in ihrem Abschlussbericht vom 20. Oktober 2011 Vorschläge, deren Umsetzungen dazu beitragen sollen, dass zur Vermeidung von Betreuungen andere Möglichkeiten der Unterstützung und Assistenz besser aufgezeigt und vermittelt werden. Vorgeschlagen wurden Änderungen im „Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit“<sup>80</sup>

---

76 *Bühler* FamRZ 2001, 1585 (1586).

77 Zur Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts siehe Punkt F I, S. 132–136.

78 *Bühler* FamRZ 2001, 1585 (1586).

79 Ist der Betroffene zur Bildung eines freien Willens im Sinne des § 1896 Abs. 1a BGB in der Lage, ist die Anordnung einer Betreuung und eines Einwilligungsvorbehalts nicht gegen dessen Willen möglich, siehe im Punkt B II, S. 27–31 u. im Punkt F I, S. 133 f.

80 Das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) wurde durch Art. 1 des Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz – FGG-RG) vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I 2008, S. 2586–2685) zum 1. September 2009 eingeführt. Mit Inkrafttreten des FamFG trat gleichzeitig das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG) außer Kraft.

und im „Betreuungsbehördengesetz“,<sup>81</sup> um so die Funktion der Betreuungsbehörde sowohl im Vorfeld als auch im gerichtlichen Verfahren zu stärken.<sup>82</sup>

Die Umsetzung soll durch das „Gesetz zur Stärkung der Funktionen der Betreuungsbehörde“,<sup>83</sup> welches zum 1. Juli 2014 in Kraft tritt, erfolgen. Entsprechend § 279 Abs. 2 Satz 1 FamFG n. F. hat dann das Betreuungsgericht die Betreuungsbehörde zwingend vor der Bestellung eines Betreuers anzuhören. Ein wesentliches Kriterium der Anhörung ist gemäß § 279 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 FamFG n. F. die „Erforderlichkeit der Betreuung einschließlich geeigneter anderer Hilfen (§ 1896 Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches)“. Das Ergebnis der Anhörung der Betreuungsbehörde hat der Sachverständige, der zur Notwendigkeit der Bestellung eines Betreuers ein Gutachten erstellt, zu berücksichtigen, wenn es ihm bei der Erstellung seines Gutachtens vorliegt (§ 280 Abs. 2 Satz 2 FamFG n. F.).

Mindestvoraussetzung, um die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters (Betreuers) zu vermeiden, ist die Geschäftsfähigkeit des Betroffenen. Damit die Betreuungsbehörde eine Aussage treffen kann, ob eine Betreuung erforderlich ist oder ob eine Möglichkeit besteht, andere Hilfen in Anspruch zu nehmen, müsste sie wissen, ob der Betroffene geschäftsfähig ist. Nur bei Geschäftsfähigen hat es Sinn zu prüfen, ob andere Möglichkeiten zur Vermeidung einer Betreuung bestehen. In den Fällen, in denen nicht zweifelsfreie Erkenntnisse über die Geschäftsfähigkeit oder Geschäftsunfähigkeit vorliegen, müsste zunächst das Gutachten des Sachverständigen eingeholt werden, der entsprechend den gesetzlichen Vorgaben ein Arzt für Psychiatrie oder Arzt mit Erfahrung auf dem Gebiet der Psychiatrie sein soll. Nur der Sachverständige hat die hinreichende Befähigung, eine fundierte Feststellung zur Geschäftsfähigkeit oder Geschäftsunfähigkeit zu treffen. Zur Einschränkung von Betreuungen wäre es daher sehr hilfreich, zunächst das Gutachten des Sachverständigen einzuholen, das auch eine Aussage zur Geschäftsfähigkeit oder Geschäftsunfähigkeit des Betroffenen im Sinne des § 104 Nr. 2 BGB enthalten müsste. Die Prüfung und der Bericht der Betreuungsbehörde sollte dann unter Einbeziehung des Gutachtens und nicht umgekehrt erfolgen.

Bis zum Inkrafttreten des Zweiten Betreuungsrechtsänderungsgesetzes war es strittig, ob die Bestellung eines Betreuers für den Betroffenen gegen dessen Willen möglich und somit eine Zwangsbetreuung zulässig ist. Nach § 1896 Abs. 1 Satz 1

81 Gesetz über die Wahrnehmung behördlicher Aufgaben bei der Betreuung Volljähriger (Betreuungsbehördengesetz – BtBG), eingeführt durch Art. 8 des Betreuungsgesetzes vom 12. September 1990 (BGBl. I 1990, 2002–2027) zum 1. Januar 1992.

82 Vgl. *Interdisziplinäre Arbeitsgruppe zum Betreuungsrecht*, BtPrax 2012, Sonderausgabe.

83 Gesetz zur Stärkung der Funktionen der Betreuungsbehörde vom 28. August 2013 (BGBl. I 2013, S. 3393–3394).

BGB kann ein Betreuer nicht nur auf Antrag, sondern auch von Amts wegen bestellt werden, soweit bei einem Betroffenen, der seinen Willen kundtun kann, nicht lediglich eine körperliche Behinderung vorliegt (§ 1896 Abs. 1 Satz 3 BGB).

Nach einer Ansicht musste der entgegenstehende Wille des Betroffenen nicht beachtet werden.<sup>84</sup> Die Bestellung eines Betreuers war danach auch bei fehlender Zustimmung des Betroffenen möglich.

Nach anderer Auffassung bestand die Möglichkeit zur Bestellung eines Betreuers gegen den Willen des Betreuten nur, wenn der Betreute aufgrund seiner psychischen Erkrankung oder geistigen oder seelischen Behinderung seinen Willen nicht frei bestimmen konnte.<sup>85</sup> Vom Gesetzgeber wurde das nicht ausdrücklich bestimmt, ergab sich aber aus einer verfassungskonformen Auslegung.<sup>86</sup> Das Gericht hatte nach dieser Auffassung hinreichend festzustellen, inwieweit die Fähigkeit des Betroffenen, eigenverantwortliche Lebensentscheidungen zu treffen, infolge seiner Erkrankung bzw. Behinderung nach ihrem konkreten Ausmaß und Verlauf ausgeschlossen ist.<sup>87</sup>

Verfassungsrechtlich geschützt sind die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) des Betroffenen. Die Bestellung eines Betreuers gegen den freien Willen des Betroffenen stellt einen Eingriff in dessen Grundrechte dar.

Der verfassungskonformen Auslegung der Rechtsprechung folgend, erhielt § 1896 BGB mit dem Zweiten Betreuungsrechtsänderungsgesetz einen zusätzlichen Absatz, wonach die Bestellung eines Betreuers gegen den freien Willen des Betroffenen nicht möglich ist (§ 1896 Abs. 1a BGB).<sup>88</sup> Damit wurde der Vorrang des freien Willens des Betroffenen als Ausdruck seiner Würde und seines Selbstbestimmungsrechts ausdrücklich festgeschrieben.<sup>89</sup> Auch eine für den Betreuten objektiv vorteilhafte Betreuung darf ihm nicht gegen seinen freien Willen aufgezwungen werden.<sup>90</sup> Ebenso kann die nach § 1908a Satz 2 BGB mit Eintritt der Volljährigkeit wirksam werdende Betreuung für einen 17-jährigen nicht gegen dessen freien Willen eingerichtet werden. Ist der Betreute zu einer freien Willensbildung in der Lage, ist er berechtigt, die Bestellung eines Betreuers auch nur hinsicht-

---

84 Vgl. *Klüsener* Rpfleger 1989, 217 (219); *Rausch*; *Rausch* NJW 1992, 274 (275 f.).

85 Vgl. BayObLG FamRZ 1994, 1551 (1552); 1996, 897 (897); OLG Hamm FamRZ 1995, 433 (435); OLG Zweibrücken FamRZ 2005, 748 (748); LG Rostock BtPrax 2003, 234 (234).

86 BayObLG FamRZ 1994, 1551 (1552); 1996, 897 (897); OLG Zweibrücken FamRZ 2005, 748 (748); *Bucic*, S. 87.

87 Vgl. BayObLG FamRZ 1996, 897 (897); OLG Hamm FamRZ 1995, 433 (435).

88 Zur Ausnahme bei berechtigtem Drittinteresse siehe im Punkt B II, S. 32 f.

89 BT-Drucks. 15/2494, S. 17; *Bieg*; *Jaschinski*, S. 7.

90 KG Berlin NJOZ 2010, 709 (710).

lich einzelner Aufgabenkreise oder Angelegenheiten abzulehnen. Für eine Betreuungsverlängerung gegen den Willen des Betreuten bedarf es ebenfalls der Feststellung, dass eine freie Willensbestimmung nicht möglich ist. Falls der Betreute die Fähigkeit besitzt, einen freien Willen zu bilden, ist es im Hinblick auf Art. 2 Abs. 1 GG selbstverständlich, dass er auch jederzeit das Recht hat, eine angeordnete Betreuung aufheben oder hinsichtlich einzelner Aufgabenkreise einschränken zu lassen.

Erfolgt die Anordnung einer Zwangsbetreuung, weil der Betroffene zu einer freiverantwortlichen Selbstbestimmung nicht in der Lage ist, stellt dies keine Einschränkung der grundrechtlich geschützten Selbstbestimmung dar, sondern dient im Gegenteil der Verwirklichung der noch verbliebenen Selbstbestimmungsfähigkeit mithilfe eines Betreuers.<sup>91</sup> Liegen die Voraussetzungen nach § 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB vor und ist der Betroffene nicht zu einer freien Willensbildung im Sinne des § 1896 Abs. 1a BGB in der Lage, steht der Betreuerbestellung eine frühere Ablehnung einer Betreuung zu einem Zeitpunkt, als eine freie Willensbildung noch gegeben war, nicht entgegen. Es würde dem staatlichen Fürsorgeauftrag widersprechen, wenn der Betroffene, der im Zustand einer freien Willensbildung einen Betreuer für die Zukunft ablehnt, bei Eintritt der Betreuungsbedürftigkeit schutzlos wäre.<sup>92</sup> Auch aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt sich, dass der freie Wille zum Zeitpunkt der Betreuerbestellung gegeben sein muss. Nach § 1896 Abs. 1a BGB darf gegen den freien Willen des Volljährigen ein Betreuer nicht bestellt werden. Hat der Betroffene keinen freien Willen zum Zeitpunkt der Bestellung des Betreuers, so erfolgt diese Bestellung nicht gegen seinen freien Willen.

Nach der Gesetzesbegründung,<sup>93</sup> der Literaturmeinung<sup>94</sup> und der Rechtsprechung<sup>95</sup> sind für die Beurteilung, ob der Betroffene einen freien Willen im Sinne des § 1896 Abs. 1a BGB bilden kann, die Grundsätze für die Feststellung der Geschäftsfähigkeit heranzuziehen.<sup>96</sup> Danach muss für eine freie Willensbildung eine Einsichts- und Handlungsfähigkeit vorliegen. Soweit eines der beiden Elemente fehlt, liegt kein freier, sondern ein natürlicher Wille vor. Der „freie Wille“ im Sinne des § 1896 Abs. 1a BGB hat also die gleiche Bedeutung wie die „freie Willensbestimmung“ im Sinne des § 104 Nr. 2 BGB. Kann der Betroffene seinen Willen nicht

91 AG Garmisch-Partenkirchen FamRZ 2009, 148 (149).

92 KG Berlin NJOZ 2010, 709 (712).

93 Vgl. BT-Drucks. 15/2494, S. 28.

94 Vgl. *Bauer*, in: HK-BUR, § 1896 Rnr. 158; *Dodegge* NJW 2005, 1896 (1897); *Tänzer*, S. 27.

95 Vgl. OLG Brandenburg Beschl. v. 16. Januar 2007, Az.: 11 Wx 66/06 (juris).

96 Zur Geschäftsfähigkeit siehe im Punkt D I, S. 113.

frei bestimmen, beruht der Widerstand gegen die Betreuung auf dem natürlichen und nicht auf dem freien Willen des Betroffenen.

Fraglich ist, welchen Tatbestand nunmehr die Bestellung eines Betreuers gegen den freien Willen des Betreuten erfordert. Nach einer Auffassung ist (in Übereinstimmung mit der bis zur Gesetzesänderung ergangenen Rechtsprechung<sup>97</sup>) erforderlich, dass der mit seiner Betreuung nicht einverständene Betroffene aufgrund seiner Krankheit oder Behinderung, seinen Willen in den einzelnen konkret regelungsbedürftigen Aufgabenkreisen nicht frei bestimmen kann,<sup>98</sup> das heißt, in diesen Bereichen zu eigenverantwortlichen Entscheidungen nicht in der Lage ist. Da sich aber § 1896 Abs. 1a BGB bezüglich des freien Willens auf die Betreuerbestellung und nicht auf die einzelnen zu regelnden Angelegenheiten bezieht, kann auch nur die Betreuerbestellung das maßgebende Kriterium sein. Auch nach der Gesetzesbegründung zu § 1896 Abs. 1a BGB wird hinsichtlich des Vorliegens eines freien Willens auf die Betreuerbestellung abgestellt.<sup>99</sup>

Die Einsichtsfähigkeit setzt voraus, dass der Betroffene in der Lage ist, im Grundsatz die Vor- und Nachteile einer Betreuerbestellung zu erkennen und gegeneinander abzuwägen.<sup>100</sup> Der Betroffene muss erfassen können, dass ein gesetzlicher Vertreter für ihn bestellt wird, der im Rahmen der übertragenen Aufgabenkreise eigenständige Entscheidungen für ihn treffen kann.<sup>101</sup> Wenn der Betroffene Sinn und Zweck der Betreuung erfasst hat, muss er weiterhin in der Lage sein, eine eigene Entscheidung zu treffen, ohne Beherrschung des Einflusses durch Dritte.

Nach Art. 2 Abs. 1 GG hat jeder das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit. Der Betroffene muss somit das Recht haben, sein Leben nach seinen eigenen Vorstellungen zu gestalten, solange er nicht Dritte schädigt. Hinsichtlich der Einsichts- und Handlungsfähigkeit dürfen daher keine allzu großen Anforderungen gestellt werden. Solange ein freier Wille erkennbar ist, hat der Staat nicht das Recht, den Betroffenen zu erziehen, zu bessern oder zu hindern, sich selbst zu schädigen.<sup>102</sup>

Da sich die Einsichts- und Handlungsfähigkeit des Betroffenen als Grundlage eines „freien Willens“ im Sinne des § 1896 Abs. 1a BGB nur partiell auf die Betreuerbestellung erstrecken muss, ist es für das Vorliegen eines „freien Willens“ nach § 1896 Abs. 1a BGB ausreichend, wenn bei dem Betroffenen partiell für die-

---

97 Vgl. BayObLG FamRZ 1996, 897 (897); OLG Hamm FamRZ 1995, 433 (435).

98 Vgl. *Dodghe* NJW 2005, 1896 (1897).

99 Vgl. BT-Drucks. 15/2494, S. 28.

100 BT-Drucks. 15/2494, S. 28; OLG Schleswig FGPrax 2010, 32 (33).

101 BT-Drucks. 15/2494, S. 28.

102 BT-Drucks. 15/2494, S. 28.

sen Bereich Geschäftsfähigkeit besteht.<sup>103</sup> Denkbar wäre, dass die Einsichts- und Handlungsfähigkeit bezüglich der Betreuerbestellung bejaht und aufgrund der Entscheidung des Betroffenen von einer Betreuerbestellung abgesehen wird, beim Betroffenen aber für sonstige Bereiche Geschäftsunfähigkeit im Sinne des § 104 Nr. 2 BGB besteht. Bei einem generell Geschäftsunfähigen ist jedoch ein freier Wille im Sinne des § 1896 Abs. 1a BGB ausgeschlossen.

In Fällen, in denen der freie Wille im Sinne des § 1896 Abs. 1a BGB verneint und eine „Zwangsbetreuung“ angeordnet wird, kann nicht im Übrigen Geschäftsfähigkeit gegeben sein. Zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen sind die Anforderungen an die Fähigkeit zur freien Willensbildung im Sinne des § 1896 Abs. 1a BGB niedrig anzusetzen. Daher kann davon ausgegangen werden, dass ein Betroffener, bei dem Geschäftsfähigkeit besteht und der sich somit in einem Zustand befindet, in dem er generell zu einer freien Willensbildung in der Lage ist, auch über einen freien Willen im Sinne des § 1896 Abs. 1a BGB verfügt.

Die Anordnung der Betreuung wäre zwar möglich, wenn der Betroffene, der keinen freien Willen bilden kann, sie ablehnt.<sup>104</sup> Voraussetzung für die Bestellung eines Betreuers ist aber, dass der Betreuer in seinem Aufgabenkreis auch tatsächlich tätig werden und dem Betroffenen Hilfe zukommen lassen kann.<sup>105</sup> Falls beim Betreuten nicht die Bereitschaft besteht, Entscheidungen des Betreuers zu akzeptieren oder er den Kontakt mit dem Betreuer verweigert und sich dadurch der mit der Betreuung verfolgte Zweck nicht erreichen lässt, ist für die Bestellung eines Betreuers kein Raum.<sup>106</sup> Die Erforderlichkeit der Betreuerbestellung gemäß § 1896 Abs. 2 Satz 1 BGB liegt in diesem Fall nicht vor, da die Angelegenheiten des Betroffenen durch einen Betreuer nicht besorgt werden können.

Gemäß § 280 Abs. 1 Satz 1 FamFG muss vor der Betreuerbestellung ein Gutachten über die Notwendigkeit dieser Maßnahme eingeholt werden. Beauftragt werden soll ein Facharzt für Psychiatrie oder zumindest ein in der Psychiatrie erfahrener Arzt. Diese Forderung an die Qualifikation des Gutachters bestand bereits nach der Rechtsprechung, soweit nicht lediglich eine körperliche Behinderung vorlag,<sup>107</sup> und wurde in dem seit 1. September 2009 geltenden FamFG in § 280 Abs. 1 Satz 2 FamFG verankert. Der Sachverständige hat den Betroffenen persönlich zu

---

103 Zur partiellen Geschäftsfähigkeit siehe im Punkt D I, S. 115.

104 2007 hatten sich 5 % der Betroffenen gegen eine Betreuerbestellung gewährt, *Köller; Engels*, S. 18.

105 OLG Schleswig FGPrax 2010, 32 (34).

106 BayObLG FamRZ 1994, 1551 (1552); OLG Schleswig FGPrax 2010, 32 (34); LG Rostock BtPrax 2003, 234 (234).

107 Vgl. OLG Brandenburg Beschl. v. 16. Januar 2007, Az.: 11 Wx 66/06 (juris).

untersuchen oder zu befragen (§ 280 Abs. 2 FamFG).<sup>108</sup> Falls der Betroffene der Betreuerbestellung nicht zustimmt, muss das Gutachten auch dazu Stellung nehmen, ob der freie Wille des Betroffenen im Sinne des § 1896 Abs. 1a BGB ausgeschlossen ist.<sup>109</sup> Die Feststellung des Gerichts, dass der Widerstand des Betroffenen nicht auf einem freien Willen im Sinne des § 1896 Abs. 1a BGB beruht, kann also nur auf der Grundlage eines Sachverständigengutachtens erfolgen.<sup>110</sup>

Nach Art. 12 Abs. 3 VN-Behindertenrechtskonvention hat eine Unterstützung bei der Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit für Menschen mit Behinderungen nur in dem Umfang zu erfolgen, wie sie „gegebenenfalls benötigt“ wird. Das heißt, die Unterstützungsmaßnahme muss erforderlich sein. Weiterhin muss die Maßnahme gemäß Art. 12 Abs. 4 VN-Behindertenrechtskonvention verhältnismäßig und auf die Umstände der Person zugeschnitten sein. Diesem Erforderlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird die Regelung des § 1896 BGB gerecht. Voraussetzung für die Bestellung eines Betreuers ist nicht nur eine subjektive Betreuungsbedürftigkeit, sondern auch ein objektiver Betreuungsbedarf. Die Notwendigkeit der Betreuung wird verneint, wenn die Angelegenheiten des Betroffenen durch einen Bevollmächtigten oder andere Hilfen besorgt werden können (§ 1896 Abs. 2 BGB). Die Bestellung eines Betreuers kann nicht gegen den freien Willen des Betroffenen erfolgen (§ 1896 Abs. 1a BGB). Insbesondere § 1896 Abs. 1a BGB gewährleistet, dass die Bestellung eines Betreuers verhältnismäßig und auf die Umstände der Person zugeschnitten ist. Trotz Vorliegen der objektiven Voraussetzungen, hat die benötigte Unterstützungsmaßnahme in Form einer Betreuung zu unterbleiben, wenn der Betroffene diese aus einem freien Willen heraus ablehnt. Zur Gewährleistung des Erforderlichkeitsgrundsatzes trägt auch die Bestimmung nach § 1896 Abs. 2 Satz 1 BGB bei, wonach der Betreuer nur für Aufgabenkreise bestellt werden darf, in denen die Betreuung erforderlich ist.

Wenn bei einem nicht unter Betreuung stehenden Kläger nach Auffassung des Prozessgerichts Prozessunfähigkeit vorliegt,<sup>111</sup> ist zu dessen Vertretung die Bestel-

---

108 Mit dieser Regelung besteht (wie bereits schon mit dem bis zum 31. August 2009 in Kraft gewesenen § 68b Abs. 1 Satz 4 FGG) eine wesentliche Verbesserung gegenüber dem bis zum 31. Dezember 1991 geltenden Entmündigungsverfahren. Danach war es möglich und kam in der Praxis auch vielfach vor, dass der Betroffene durch den Sachverständigen weder persönlich untersucht noch befragt wurde. Das nach § 655 ZPO a. F. zwingend vorgeschriebene Gutachten wurde stattdessen aufgrund der Akten und Befragung Dritter erstattet, *Holzbauer NZS* 1996, 255 (255).

109 KG Berlin NJOZ 2010, 709 (710); OLG Schleswig FamRZ 2007, 1126.

110 Vgl. OLG Köln FamRZ 2006, 889.

111 Ist der Betroffene partiell geschäftsunfähig, so besteht für den beschränkten Kreis von Angelegenheiten, auf den sich die Störung der Geistestätigkeit bezieht, auch eine partielle Prozessunfähigkeit (zum Beispiel bei krankhafter Eifersucht für ein Eheverfahren), *Adolph; Foerster BtPrax* 2005, 126 (127).

lung eines Betreuers gemäß § 1896 BGB erforderlich. Die gelegentlich in der Gerichtspraxis auftretende Verfahrensweise, die Klage einfach wegen fehlender Prozessfähigkeit abzuweisen, ist mit dem Grundrecht des Betroffenen auf rechtliches Gehör nicht vereinbar.<sup>112</sup> Das Gericht hat darauf hinzuwirken, dass der Betroffene seine prozessualen Rechte wahrnehmen kann, indem es ihn darauf hinweist, dass er sich um die Bestellung eines Betreuers bemühen muss<sup>113</sup> und hat ihm dafür die nötige Zeit einzuräumen.<sup>114</sup> Für das Betreuungsgericht besteht auch die Möglichkeit, bei dringendem Handlungsbedarf einen vorläufigen Betreuer zu bestellen (§§ 300 ff. FamFG). Sollte das Betreuungsgericht die Voraussetzungen für die Bestellung eines Betreuers mit entsprechendem Aufgabenkreis verneinen, ist durch das Prozessgericht in analoger Anwendung des § 57 ZPO dem Kläger ein Prozesspfleger zu bestellen.<sup>115</sup> Andernfalls besteht für den Kläger die Gefahr einer grundrechtlich relevanten Rechtsschutzlücke.<sup>116</sup> Dies wäre auch mit den Grundsätzen der VN-Behindertenrechtskonvention nicht vereinbar. Nach Art. 13 Abs. 1 VN-Behindertenrechtskonvention muss für Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen ein wirksamer Zugang zur Justiz gewährleistet werden.

Zu klären ist, ob die Betreuerbestellung auch aufgrund des Interesses eines Dritten erfolgen kann. Grundsätzlich stellt die Betreuung eine auf das Wohl des Betreuten abzielende öffentliche Hilfe dar.<sup>117</sup> Die Betreuung kann aber ausnahmsweise auch im Interesse eines Dritten notwendig sein.<sup>118</sup> Ein solcher Fall liegt vor, wenn ein Dritter an der Geltendmachung seiner Rechte, infolge der Geschäftsunfähigkeit des Betroffenen im Sinne des § 104 Nr. 2 BGB, gehindert wäre.<sup>119</sup> Weiterhin muss die Betreuerbestellung die einzige Möglichkeit für den Dritten darstellen, seine Rechte gegenüber dem Betroffenen außergerichtlich zu verfolgen. Das ist zum Beispiel der Fall, wenn eine Wohnungskündigung des Vermieters gegenüber dem geschäftsunfähigen Betroffenen wegen § 131 Abs. 1 BGB nicht wirksam werden würde.<sup>120</sup> Die Voraussetzungen für die Bestellung eines Prozesspflegers nach § 57 ZPO sind nicht gegeben, da dieser nur für ein gerichtliches Verfahren bestellt wer-

---

112 *Kohle; Beetz*, S. 51.

113 Soweit das Gericht die Betreuerbestellung beim zuständigen Betreuungsgericht nicht selbst anregt.

114 BAG FamRZ 2009, 1665 (1666).

115 BAG FamRZ 2009, 1665 (1667).

116 *Kohle; Weber*, jurisPR-ArbR 52/2009, Anm. 1.

117 BT-Drucks. 11/4528, S. 117, zur Rechtsnatur der Betreuung siehe Punkt B I, S. 20 ff.

118 BT-Drucks. 11/4528, S. 117 f.; BayObLG BtPrax 1996, 106 (106); *Jürgens*, in: *Jürgens*, § 1896 Rnr. 17; *Müller*, S. 133.

119 BT-Drucks. 11/4528, S. 118; BayObLG BtPrax 1996, 106 (106); *Schwab* FamRZ 1992, 493 (494 f.).

120 BayObLG BtPrax 1996, 106 (106); *Jürgens*, in: *Jürgens*, § 1896 Rnr. 17.



den kann. Der dem § 57 ZPO zugrunde liegende Rechtsgedanke<sup>121</sup> ist aber auf den vor- und außergerichtlichen Raum übertragbar.<sup>122</sup> In der Regel wird aufgrund der Geschäftsunfähigkeit des Betroffenen die Betreuung ohnehin auch im Interesse des Betroffenen erforderlich sein. Soweit ein dringender Handlungsbedarf besteht, kann auch die Bestellung eines vorläufigen Betreuers (§§ 300 ff. FamFG) durch einstweilige Anordnung erfolgen.

Damit Dritte nicht an der Durchsetzung ihrer berechtigten Interessen gehindert werden, ist die Anordnung einer Zwangsbetreuung gerechtfertigt.<sup>123</sup> An diesem Grundsatz hat sich auch nichts mit Einführung des § 1896 Abs. 1a BGB zum 1. Juli 2005 geändert. Die Anordnung einer Betreuung gegen den natürlichen Willen eines geschäftsunfähigen Betroffenen<sup>124</sup> ist nicht durch § 1896 Abs. 1a BGB untersagt. Aber auch bei einem partiell Geschäftsfähigen, der einen freien Willen im Sinne des § 1896 Abs. 1a BGB bilden kann und die Betreuerbestellung ablehnt, muss bei entsprechender Interessenabwägung die Betreuerbestellung gegen den freien Willen des Betroffenen zulässig sein. Um den Eingriff so gering wie möglich zu halten, ist der Aufgabenkreis eng zu fassen. Dieser darf sich nur auf die einzelne Angelegenheit erstrecken, welche die berechtigten Interessen des Dritten tangiert. Bei der Ausübung des Betreueramts hat der Betreuer aber nur das Wohl und die Wünsche des Betreuten zu berücksichtigen. Im Gegensatz zur Bestellung eines Betreuers, ist die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts nicht im Interesse eines Dritten möglich.<sup>125</sup>

### III Betreueramt

Zur Gewährleistung der persönlichen Betreuung setzt das Betreuungsgericht in der Regel eine natürliche Person als Betreuer ein (§ 1897 Abs. 1 BGB).<sup>126</sup> Die Bestellung einer natürlichen Person als Betreuer ist insbesondere zum Aufbau eines Vertrauensverhältnisses wichtig. Eine natürliche Person als Betreuer kann auch ein Mitarbeiter eines Betreuungsvereins (Vereinsbetreuer) oder der für Betreuungsangelegenheiten zuständigen Behörde (Behördenbetreuer) sein, sofern die Einwilli-

---

121 Die prozessuale Geltendmachung der Rechte des Klägers soll nicht an der Vertretungslosigkeit des prozessunfähigen Gegners scheitern, *Vollkommer*, in: Zöller, § 57 Rnr. 1.

122 BGHZ 93, 1 (9).

123 *Dröge* FamRZ 1998, 1209 (1214).

124 Bei Geschäftsunfähigkeit im Sinne des § 104 Nr. 2 BGB ist auch ein freier Wille im Sinne des § 1896 Abs. 1a BGB ausgeschlossen, siehe im Punkt B II, S. 30.

125 Zu dieser Problematik siehe im Punkt F I, S. 132.

126 Ausnahmen: Betreuungsverein (§ 1900 Abs. 1 Satz 1 BGB) und Betreuungsbehörde (§ 1900 Abs. 4 Satz 1 BGB).

gung des Betreuungsvereins bzw. der Betreuungsbehörde vorliegt (§ 1897 Abs. 2 BGB). Der Betreuer muss geeignet sein, die Angelegenheiten des Betroffenen rechtlich zu besorgen und ihn in dem dafür erforderlichen Umfang persönlich zu betreuen (§ 1897 Abs. 1 BGB). Eine bestimmte fachliche Qualifikation wird nicht gefordert.<sup>127</sup>

Bei der Auswahl des Betreuers durch das Gericht muss einem Vorschlag des Betroffenen, eine bestimmte Person als Betreuer zu bestellen, entsprochen werden (§ 1897 Abs. 4 Satz 1 Hs. 1 BGB). Dies gilt auch, wenn der Vorschlag vor dem Betreuungsverfahren geäußert wurde (§ 1897 Abs. 4 Satz 3 BGB). Das Vorschlagsrecht des Betroffenen besteht unabhängig von dessen Geschäftsfähigkeit. Die Regelung des § 1897 Abs. 4 Satz 1 Hs. 1 BGB dient in erster Linie der Gewährleistung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen und trägt zu einem guten Vertrauensverhältnis zwischen Betreuer und Betreutem bei. Das Betreuungsgericht hat allerdings zu prüfen, ob die Bestellung der vorgeschlagenen Person dem Wohl des Betroffenen nicht zuwiderläuft (§ 1897 Abs. 4 Satz 1 Hs. 2 BGB). Lehnt der Betroffene eine bestimmte Person als Betreuer ab, so soll das Betreuungsgericht darauf Rücksicht nehmen (§ 1897 Abs. 4 Satz 2 BGB). Hintergrund ist, dass sich aufgrund der Ablehnung kaum ein Vertrauensverhältnis entwickeln kann.<sup>128</sup> Besitzt der Betroffene die Fähigkeit, einen freien Willen im Sinne des § 1896 Abs. 1a BGB zu bilden, so ist das Wort „soll“ im § 1897 Abs. 4 Satz 2 BGB zur Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass das Betreuungsgericht darauf Rücksicht zu nehmen „hat“. Wenn gegen den freien Willen des Volljährigen ein Betreuer nicht bestellt werden darf, ist es selbstverständlich, dass sich das Recht zur Verwirklichung des freien Willens auch auf die Auswahl des konkreten Betreuers erstrecken muss.

Um Interessenkonflikten vorzubeugen, darf eine Person, die in einem Abhängigkeitsverhältnis oder in einer sonstigen engen Beziehung zu einer Einrichtung steht, in welcher der Betroffene untergebracht ist oder wohnt, nicht zum Betreuer bestellt werden (§ 1897 Abs. 3 BGB). Gleichzeitig soll mit der Regelung des § 1897 Abs. 3 BGB vermieden werden, dass das Vertrauensverhältnis zwischen Betreuer und Betreutem aufgrund von Zweifeln an der Unvoreingenommenheit des Betreuers belastet wird.<sup>129</sup> Bei § 1897 Abs. 3 BGB handelt es sich um einen Ausschlussbestand, unabhängig davon, ob tatsächlich ein Fall der Interessenkollision vorliegt. Falls ein derartiges Abhängigkeitsverhältnis bekannt wird oder eintritt, stellt dies

---

127 Zu den rechtssystematischen und rechtspolitischen Konsequenzen siehe Punkt H VII, S. 247–252.

128 Vgl. BT-Drucks. 11/4528, S. 127.

129 *Götz*, in: Palandt, § 1897 Rnr. 8.

einen Grund für die Entlassung des Betreuers dar (§ 1908b Abs. 1 Satz 1 BGB). Die durch den Betreuer bis zu seiner Entlassung getätigten Rechtsgeschäfte sind wirksam.

Liegt kein Vorschlag des Betroffenen für eine Betreuerbestellung vor, hat das Betreuungsgericht bei der Auswahl zunächst Personen zu berücksichtigen, die in einem verwandtschaftlichen Verhältnis oder sonstiger persönlicher Bindung zum Betroffenen stehen (§ 1897 Abs. 5 BGB). Berufsbetreuer<sup>130</sup> sollen nur bestellt werden, wenn keine geeignete Person zur Verfügung steht, die bereit ist, die Betreuung ehrenamtlich zu führen (§ 1897 Abs. 6 Satz 1 BGB).<sup>131</sup>

Nur wenn die Betreuung des Betroffenen durch eine oder mehrere natürliche Personen nicht ausreichend gewährleistet ist, kann das Betreuungsgericht einen anerkannten Betreuungsverein zum Betreuer bestellen (§ 1900 Abs. 1 Satz 1 BGB). Sollte der Betroffene auch durch einen Verein nicht hinreichend betreut werden können, bestellt das Gericht die zuständige Behörde zum Betreuer (§ 1900 Abs. 4 Satz 1 BGB).

Unabhängig von der Art des Betreuers (natürliche Person, Betreuungsverein oder Betreuungsbehörde) ergibt sich der Umfang der Handlungskompetenzen aus dem jeweiligen Aufgabenkreis. Das Handeln aller Betreuer hat im Außenverhältnis<sup>132</sup> die gleichen Wirkungen. Im Verhältnis zum Betreuten gilt für alle Betreuer der Handlungsvorrang des Betreuten<sup>133</sup> und die Pflicht, die Wünsche des Betreuten zu beachten,<sup>134</sup> sofern dies dem Wohl des Betreuten nicht zuwiderläuft und dem Betreuer zuzumuten ist.

Unterschiede bestehen hinsichtlich der Pflichten der einzelnen Betreuer im Verhältnis zum Betreuungsgericht. So sind zum Beispiel die Betreuungsbehörden und Betreuungsvereine von der Rechnungslegungspflicht gegenüber dem Betreuungsgericht befreit (§ 1908i Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 1857a i.V.m. § 1854 Abs. 1 BGB).<sup>135</sup>

Zum Betreuer kann nur bestellt werden, wer geeignet ist, die Angelegenheiten des Betreuten innerhalb des Aufgabenkreises rechtlich zu besorgen (§ 1897 Abs. 1 BGB). Aus dem fehlenden Verweis auf § 1781 BGB wird nach einer Auffassung in

---

130 Zu den Berufsbetreuern zählen die selbstständigen Betreuer und die Vereinsbetreuer. Ende 2006 waren ca. 11.000 bis 11.500 selbstständige Berufsbetreuer und 1.010 Vereinsbetreuer in Deutschland tätig, Köller; Engels, S. 117 u. 181.

131 Der Anteil der ehrenamtlich geführten Betreuungen überwiegt deutlich. Ende 2007 wurden 32,6 % der Betreuungen (404.951 Betreute) beruflich und 67,4 % (837.229 Betreute) ehrenamtlich geführt, Köller; Engels, S. 18 u. 73.

132 Zum Außenverhältnis siehe Punkt C II 2, S. 105–112.

133 Zum Handlungsvorrang des Betreuten siehe Punkt C II 1 d), S. 94 ff.

134 Zur Berücksichtigung der Wünsche des Betreuten siehe Punkt C II 1 a) aa), S. 77 ff.

135 Zu den Besonderheiten bei befreiten Betreuern siehe auch im Punkt G II 9, S. 212.

der Literatur die Schlussfolgerung gezogen, dass es denkbar sei, einen beschränkt Geschäftsfähigen als Betreuer für die Personensorge zu bestellen.<sup>136</sup> Begründet wird dies mit § 1673 Abs. 2 Satz 2 BGB, wonach Minderjährigkeit die Sorge für andere nicht grundsätzlich ausschließt. Hierbei wird verkannt, dass nach § 1673 Abs. 2 Satz 2 BGB dem beschränkt Geschäftsfähigen nur die tatsächliche Personensorge neben dem gesetzlichen Vertreter zusteht und dass er keine Berechtigung zur Vertretung hat (§ 1673 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 BGB). Bei der Betreuung geht es aber gerade um die gesetzliche Vertretung und nicht um eine tatsächliche Betreuung und Pflege. Ein Verweis auf § 1673 Abs. 2 Satz 2 BGB ist damit verfehlt. Da der Betreuer den Betreuten gesetzlich vertritt (§ 1902 BGB), hielt es der Gesetzgeber für selbstverständlich, dass ein Geschäftsunfähiger oder beschränkt Geschäftsfähiger nicht Betreuer sein kann und ging davon aus, dass sich ein Verweis auf §§ 1780 und 1781 Nr. 1 BGB erübrigt.<sup>137</sup> So ist es auch selbstverständlich, dass eine Person, die ihre eigenen Angelegenheiten nicht regeln kann und deshalb unter Betreuung steht, selbst nicht als Betreuer infrage kommt. Der Rechtsgedanke der §§ 1780 und 1781 BGB wird daher als gesetzlicher Ausschlussgrund für die Bestellung als Betreuer angesehen.<sup>138</sup>

In eilbedürftigen Fällen kann das Betreuungsgericht durch einstweilige Anordnung einen vorläufigen Betreuer bestellen (§§ 300 ff. FamFG). Die Dauer der vorläufigen Betreuung beträgt maximal sechs Monate (§ 302 Satz 1 FamFG). Eine Verlängerung durch weitere einstweilige Anordnung bis zu einer Gesamtdauer von maximal einem Jahr ist möglich (§ 302 Satz 2 FamFG).

---

136 Vgl. *Fröschle*, S. 26.

137 Vgl. BT-Drucks. 11/4528, S. 125.

138 Vgl. *Dodegge* FPR 2004, 664 (665).