

Dagmar Brosey

**Wunsch und Wille des Betreuten
bei Einwilligungsvorbehalt und
Aufenthaltsbestimmungsrecht**

Verlag Dr. Kovač

Schriftenreihe

Studien zum Familienrecht

Band 26

ISSN 1613-0995 (Print)

Verlag Dr. Kovač

Dagmar Brosey

**Wunsch und Wille des Betreuten
bei Einwilligungsvorbehalt und
Aufenthaltsbestimmungsrecht**

Verlag Dr. Kovač

**Hamburg
2009**



VERLAG DR. KOVAČ GMBH

FACHVERLAG FÜR WISSENSCHAFTLICHE LITERATUR

Leverkusenstr. 13 · 22761 Hamburg · Tel. 040 - 39 88 80-0 · Fax 040 - 39 88 80-55

E-Mail info@verlagdrkovac.de · Internet www.verlagdrkovac.de

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.

ISSN: 1613-0995 (Print)

ISBN: 978-3-8300-4308-9

eISBN: 978-3-339-04308-5



Zugl.: Dissertation, Universität Göttingen, 2008

© VERLAG DR. KOVAČ GmbH, Hamburg 2009

Printed in Germany

Alle Rechte vorbehalten. Nachdruck, fotomechanische Wiedergabe, Aufnahme in Online-Dienste und Internet sowie Vervielfältigung auf Datenträgern wie CD-ROM etc. nur nach schriftlicher Zustimmung des Verlages.

Gedruckt auf holz-, chlor- und säurefreiem, alterungsbeständigem Papier. Archivbeständig nach ANSI 3948 und ISO 9706.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2008 von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Januar 2009 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Volker Lipp für die Anregung des Themas und die umfassende Betreuung der Arbeit. Er hat mir stets die Gelegenheit zum Gespräch gegeben und mich kritisch in jeder Phase meiner Arbeit begleitet. Für die Erstellung des Zweitgutachtens danke ich herzlich Frau Prof. Dr. Barbara Veit.

Mein Dank gilt auch Frau Prof. Dr. Dagmar Felix, die mir im Rahmen meiner Tätigkeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin an ihrem Lehrstuhl großzügig die notwendige akademische Freiheit für mein Promotionsvorhaben gegeben hat.

Für kritische Anmerkungen, Korrekturarbeiten und wichtige Unterstützung unterschiedlicher Art danke ich Stefan Schmitz, Jürgen Müller, Caroline Rapp, Dorothee Zilles, Elisabeth Hahn, Oliver Grenda, Kay Lütgens, Kerstin Gronau und meinen Eltern Gudrun und Dieter Brosey. Mein Dank gilt aber auch all jenen Berufsbetreuer/innen, die mir im Rahmen meiner Beratungstätigkeit beim BdB e.V. die praktische Relevanz meines Dissertationsthemas immer wieder vor Augen geführt haben.

Hamburg, im Februar 2009

Dr. Dagmar Brosey

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	XIII
§ 1 EINFÜHRUNG.....	1
I. Problembeschreibung.....	1
II. Gang der Untersuchung.....	11
§ 2 DER WUNSCH DES BETREUTEN IM RAHMEN DES EINWILLIGUNGSVORBEHALTS.....	13
I. Inhalt und Wirkung des Einwilligungsvorbehalts.....	14
1. Erteilen der Einwilligung.....	16
2. Folge des Erteilens der Einwilligung bei einem geschäftsunfähigen Betreuten.....	17
3. Die Bedeutung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungspflicht ...	21
4. Versagen der Zustimmung durch den Betreuer.....	22
5. Zugang von Willenserklärungen Dritter gegenüber dem Betreuten.....	23
6. Praktische Auswirkung des Einwilligungsvorbehalts.....	24
II. Funktion des Einwilligungsvorbehalts.....	25
1. Ersatz für die Feststellung der Geschäftsunfähigkeit.....	26
2. Schutz des Betreuten.....	27
III. Die materiellen Voraussetzungen der Einwilligung durch den Betreuer.....	29
1. Der Einfluss des Wunschs des Betreuten.....	30
a. Die Bedeutung des Wunschs.....	32
b. Wunschsentsprechung im Rahmen des Einwilligungsvorbehalts.....	33
2. Liegt eine „gewünschte“ Willenserklärung des Betreuten vor?.....	35
3. Wunsch und Wohl des Betreuten.....	36
a. Das Wohl des Betreuten.....	37
b. Wünsche, die dem Wohl zuwiderlaufen.....	40
aa. Keine Hilfe zur Selbstschädigung.....	40

(1) Folge für die Entscheidung des Betreuers.....	42
(2) Kritische Würdigung	44
bb. Wünsche, die erhebliche Schädigungen herbeiführen.....	47
(1) Die erhebliche Gefahr für die Person oder das Vermögen	48
(2) Folge für die Betreuerentscheidung	50
cc. Abwägung zwischen Schädigung und Selbstbestimmung	51
(1) Folge für die Entscheidung des Betreuers.....	53
(2) Kritische Würdigung	54
dd. Berücksichtigung der Eigenverantwortlichkeit des Betreuten.....	56
(1) Die Bedeutung der freien Willensbildungsfähigkeit bei der Anordnung des Einwilligungsvorbehalts	60
(2) Die Beachtlichkeit des eigenverantwortlichen Wunschs.....	67
(a) Berücksichtigung der Fähigkeiten des Betreuten i.S.d. § 1901 II, 2 BGB.....	70
(b) Die Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts.....	72
(c) Bedeutung des Gleichheitssatzes	76
(3) Zwischenergebnis.....	77
ee. Berücksichtigung der uneinsichtigen erheblichen Selbstschädigung .	77
(1) Bevorstehende erhebliche Selbstschädigung	79
(2) Kausalität zwischen Wunsch und Erkrankung	81
ff. Erforderlichkeitsprüfung.....	84
gg. Zwischenergebnis.....	86
(1) Bedeutung für den Betreuten	86
(2) Bedeutung für den Betreuer.....	87
c. Früher geäußerte Wünsche des Betreuten	88
4. Entgegenstehende Zumutbarkeit für den Betreuer.....	89
5. Zwischenergebnis	92

§ 3 ÜBERWACHUNG UND HAFTUNG DES BETREUERS IM RAHMEN DES EINWILLIGUNGSVORBEHALTS 95

I. Kontrolle durch das Vormundschaftsgericht	95
1. Aufsichtsmittel des Vormundschaftsgerichts	96
a. Genehmigungsbedürftige Einwilligungen des Betreuers	97
b. Besonderheiten bei der Rechnungslegung im Rahmen des Einwilligungsvorbehalts	99
2. Überprüfbarkeit des Betreuers.....	102
a. Ermessensspielraum bei der Berücksichtigung des Wunschs	103
b. Überprüfung der Betreuerentscheidung	105
aa. Plausibilitätsprüfung	105
bb. Verhältnismäßigkeitsprüfung	106
3. Praktische Mängel der Aufsicht durch das Vormundschaftsgericht.....	108
II. Kontrolle mit Hilfe des Prozessgerichts	109
1. Missbrauch der Rechtsstellung durch den Betreuer.....	109
a. Gesetzlich vermutete Interessenkollision	110
b. Tatsächlicher Missbrauch durch den Betreuer	111
2. Die Haftung des Betreuers	113
a. Die Haftung nach §§ 1908 i, 1833 I BGB	113
aa. Pflichtverletzung.....	114
bb. Verschulden	115
cc. Schaden	118
dd. Kausalität	121
ee. Mitverschulden des Betreuten.....	121
ff. Beweislast	122
b. Die Haftung nach § 823 I BGB.....	124
III. Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Betreuers.....	126
1. Betrug nach § 263 StGB	126
2. Beihilfe zum Betrug nach §§ 263, 27 StGB	130

3. Untreue nach § 266 StGB	130
a. Missbrauchstatbestand	131
b. Tatbestandsausschließendes Einverständnis	132
c. Vermögensnachteil	133
d. Weitere Voraussetzungen	134
e. Zwischenergebnis	134
§ 4 DER WUNSCH DES BETREUTEN IM RAHMEN DES	
AUFENTHALTSBESTIMMUNGSRECHTS DES BETREUERS ..	135
I. Inhalt und Wirkung des Aufenthaltsbestimmungsrechts	137
1. Inhaltliche Umschreibung	138
2. Die Wirkung des Aufenthaltsbestimmungsrechts	139
a. Die Bedeutung der Einwilligung des Betreuten	141
b. Die Rechtsmacht des Betreuers	144
c. Beschränkung der Rechtsmacht durch eine vormundschafts-	
gerichtliche Genehmigungspflicht	145
d. Die Folge des Aufenthaltsbestimmungsrechts für den Betreuten	146
II. Die Funktion des Aufenthaltsbestimmungsrechts	147
III. Die materiellen Voraussetzungen für die Ausübung des	
Aufenthaltsbestimmungsrechts durch den Betreuer	149
1. Beschränkung der Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts	
durch die Wünsche des Betreuten	149
a. Eigenverantwortlichkeit und Wunsch des Betreuten	151
aa. Die Bedeutung der Eigenverantwortlichkeit im Rahmen der	
Anordnung des Aufenthaltsbestimmungsrechts	152
bb. Schlussfolgerung aus der Anordnungsschwelle	155
cc. Der eigenverantwortliche Wunsch	156
(1) Der eigenverantwortliche Wunsch im Unterbringungsverfahren .	158
(2) Der eigenverantwortliche Wunsch im Betreuungsrecht	160
(3) Zwischenergebnis	160

dd. Umsetzung eines Wunsches durch aktives Handeln des Betreuers .	161
b. Folge des nicht eigenverantwortlichen Wunsches.....	162
aa. Beschränkung des Aufenthaltsbestimmungsrechts durch	
§ 1906 I BGB	163
(1) § 1906 I Nr. 1 BGB	164
(2) § 1906 I Nr. 2 BGB	167
bb. Anwendbarkeit der Maßstäbe des § 1906 I BGB auf die	
Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts	167
c. Kausalität zwischen Erkrankung oder Behinderung und der	
gewünschten Handlung.....	173
2. Erforderlichkeit der Aufenthaltsbestimmung zum Wohl des Betreuten...	175
a. Geeignetheit.....	177
b. Erforderlichkeit im engeren Sinne	178
c. Angemessenheit.....	179
d. Die Prognoseentscheidung.....	181
3. Der vorausverfügte Wunsch.....	182
4. Entgegenstehende Zumutbarkeit für den Betreuer.....	186
5. Zwischenergebnis	187
§ 5 ÜBERWACHUNG UND HAFTUNG DES BETREUERS IM	
RAHMEN DES AUFENTHALTSBESTIMMUNGSRECHTS.....	189
I. Die Kontrolle durch das Vormundschaftsgericht.....	189
1. Die Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht.....	189
a. Die Genehmigung der Unterbringung	190
b. Die Genehmigung anderer Entscheidungen	191
2. Aufsichtsrechtliche Folgen von Pflichtwidrigkeiten des Betreuers.....	196
II. Die Kontrolle durch das Prozessgericht im Rahmen der Haftung	
des Betreuers.....	198
1. Haftung des Betreuers wegen der Ausübung des	
Aufenthaltsbestimmungsrechts	198

a. §§ 1908 i, 1833 BGB	198
aa. Pflichtwidrigkeit	199
bb. Verschulden	200
cc. Kausaler Schaden	201
b. § 823 BGB.....	203
2. Die Haftung des Betreuers wegen Unterlassen der Ausübung des	
Aufenthaltsbestimmungsrechts	205
a. Haftung nach §§ 1908 i, 1833 I BGB.....	206
aa. Pflichtverletzung.....	206
bb. Verschulden	208
cc. Schaden	209
dd. Kausalität	209
ee. Beweislast.....	210
b. Die Haftung nach § 823 BGB	211
III. Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Betreuers.....	212
1. Strafbarkeit wegen Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts nach	
§ 239 StGB	212
2. Strafbarkeit wegen unterlassener Ausübung des	
Aufenthaltsbestimmungsrechts	214
a. Fahrlässige Tötung durch Unterlassen, §§ 222, 13 StGB	216
b. Fahrlässige Körperverletzung durch Unterlassen, §§ 229, 13 StGB	219
c. Aussetzung, § 221 StGB	219
§ 6 ZUSAMMENFASSUNG DER WESENTLICHEN ERGEBNISSE..	221

Literaturverzeichnis

Alperstedt, Ralf: Die Unterbringungs Voraussetzungen und ihre Anwendung in der Praxis, BtPrax 2000, S. 95 ff.

Amelung, Knut: Probleme der Einwilligungsfähigkeit, RuP 1995, S. 20 ff.

Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert (Hrsg.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, 2. Auflage, München 2008.

Bienwald, Werner/Sonnenfeld, Susanne/Hoffmann, Birgit: Betreuungsrecht, Kommentar, 4. Auflage, Bielefeld 2005 (zitiert: Biewald/Sonnenfeld/Hoffmann-Bearbeiter).

Bienwald, Werner: Zur Umsetzung des Betreuungsrechts in der Praxis, FamRZ 1992, S. 1025 ff.

Bobenhausen, Dieter: Konkurrenzen zwischen dem Willen des Betreuten und des Betreuers: Gesetzliche Vertretung – Kontosperrung – Schenkung, BtPrax 1994, S. 158 ff.

Bringwat, Peter: Kommunale Jugendhilfe und strafrechtliche Garantenhaftung NJW 1998, S. 944 ff.

Brosey, Dagmar: Zur Zulässigkeit einer stationären Zwangsbehandlung des Betreuten, BtPrax 2008, S. 108 ff.

Bürgle, Helmut: Auf dem Weg zu einem neuen Betreuungsrecht, NJW 1988, S. 1881ff.

Buschmann, Arno: Die Fortentwicklung des Persönlichkeitsrechts nach dem Tode, NJW 1970, S. 2081 ff.

Canaris, Claus-Wilhelm: Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, JZ 1987, S. 993 ff.

Coeppecus, Rolf: Durchführung und Inhalt der Anhörung in Betreuungs- und Unterbringungssachen, FamRZ 1991, S. 892 ff.

ders.: Die Betreuung mit dem Aufgabenkreis der Aufenthaltsbestimmung, das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen und ihr Wohl, FamRZ 1992, 741ff.

ders.: Das Betreuungsrecht schützt Betroffene nicht, FamRZ 1993, S. 1017 ff.

ders.: Sachfragen des Betreuungs- und Unterbringungsrechts, Stuttgart 2000.

Coester, Michael:: Von anonymer Verwaltung zu persönlicher Betreuung, Jura 1991, S. 7 ff.

Cypionka, Bertram: Fortfall der Entmündigung Volljähriger – Auswirkungen auf den Rechtsverkehr, NJW 1992, S. 207 ff.

Damrau Jürgen/Zimmermann, Walter: Betreuungsrecht, Kommentar, 3. Auflage, Stuttgart 2001.

Deinert, Horst/Lütgens, Kay/Meier, Sybille: Die Haftung des Betreuers, 2. Auflage, Köln 2007

Deutsch, Erwin: Schmerzensgeld für Vertragsverletzung und Gefährdungshaftung, ZRP 2001, S. 351 ff.

Diercks, Thomas: Die persönliche Betreuung, Baden-Baden 1997.

Dietlein, Johannes: Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 1992.

Dodegge, Georg, Roth, Andreas: Betreuungsrecht, Systematischer Praxiskommentar, 2. Auflage Köln 2005 (zitiert BtKomm-Bearbeiter) .

Dodegge, Georg: Erste Entwicklungen des Betreuungsrechts, NJW 1993, S. 353 ff.

ders.: Neuere Entwicklung des Betreuungsrechts, NJW 1995, S. 2389 ff.

ders.: Das. 2. Betreuungsrechtsänderungsgesetz, NJW 2005, S. 1896 ff.

Dröge, Michael: Die Zwangsbetreuung, Hamburg 1997.

ders.: Patientenverfügung und Erforderlichkeit einer Betreuungsmaßnahme, BtPrax 1998, S. 199 ff.

ders.: Die Betreuungsanordnung gegen den Willen des Betroffenen, FamRZ 1998, S. 1209 ff.

Durig, Margrit, Wille des Betreuten – Zumutbarkeit für den Betreuer, BtPrax 1993, S. 58 f.

Eicken, Barbara von/Ernst, Ellen/Zenz, Gisela: Fürsorglicher Zwang, Köln 1990.

Enderlein, Wolfgang: Geschäftsunfähigkeit und Einwilligungsvorbehalt, JR 1998, S. 485 ff.

Erman, Walter: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, hrsg. von Harm P. Westermann,

1. Band 12. Auflage, Münster, Köln 2008;

2. Band, 12. Auflage, Münster, Köln 2008 (zitiert: Erman-Bearbeiter);

2. Band, 11. Auflage, Münster, Köln 2004. (zitiert: Erman-Bearbeiter 11. Auflage);

Fink, Udo: Selbstbestimmung und Selbsttötung, Köln, u.a. 1992.

Fischer, Kai: Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, Frankfurt am Main 1997.

Fröschle, Tobias: Ausweichstrategien von Betreuern, BtPrax 2004, S. 46 ff.

Giessen, Dieter: Ethische und rechtliche Probleme am Ende des Lebens, JZ 1990, S. 929, 938.

Hartmann, Tanja: Patientenverfügung und Psychiatrische Verfügung – Verbindlichkeit für den Arzt, NStZ 2000, S. 113 ff.

Heidelberger Kommentar zum Betreuungsrechts- und Unterbringungsrecht: Hrsg. Von Thomas Klie, Heidelberg, Stand: November 2008 (zitiert: HK-BUR-Bearbeiter).

Henn-Baier, Petra: Die rechtliche Betreuung im Spannungsfeld zwischen Hilfe und Bevormundung, Passau 2005.

Hillgruber, Christian: Der Schutz des Menschen vor sich selbst, München 1992.

Hoffmann, Birgit/ Klie, Thomas: Freiheitsentziehende Maßnahmen, Heidelberg 2004.

Hoffmann, Birgit: Personensorge, Baden-Baden 2009.

dies: Das Leben ist voller Risiken – Lebensrisiken und Betreuung, BtPrax 2001, S. 60 ff.

Holzauer, Heinz: Zur klinischen Prüfung von Medikamenten an Betreuten, NJW 1992, S. 2324 ff.

Jarras, Hans/Pieroth, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 9. Auflage, München 2007 (zitiert Jarass/Pieroth-Bearbeiter)

Jurgeleit, Andreas: Betreuungsrecht –Handkommentar, Baden-Baden 2006, (zitiert: Jurgeleit-Bearbeiter).

ders.: Der geschäftsunfähige Betreute unter Einwilligungsvorbehalt, Rpfleger 1995, S. 282 ff.

Jürgens, Andreas/Kröger, Detlef/Marschner, Rolf/ Winterstein, Peter: Betreuungsrecht kompakt, 6. Auflage, München 2007.

Jürgens, Andreas: Betreuungsrecht, 3. Auflage, München 2005, (zitiert: Jürgens-Bearbeiter)

ders.: Weitere Einzelfragen zur Tätigkeit des Betreuers, BtPrax 1998, S. 212 ff.

Jürgens, Hans-Erich: Erforderlichkeitsgrundsatz im Betreuungsverfahren, BtPrax 2002, S. 18 f.

Karliczek, Ernst: Wille, Wohl und Wunsch des Betreuten und des Einwilligungsunfähigen in der Gesundheitspflege, Regensburg 2001.

Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfried Paeffgen Hans-Ullrich: Strafgesetzbuch Band 2 §§ 146-358, 2. Auflage, Baden-Baden 2005.

Klie, Thomas, Recht auf Verwirrtheit, Hannover 1993.

Klüsener, Bernd/Rausch, Hans: Praktische Probleme bei der Umsetzung des neuen Betreuungsrechts, NJW 1993, S. 617 ff.

Knieper, Judith: Geschäfte von Geschäftsunfähigen, Baden-Baden 1999.

Knittel, Bernhard: Betreuungsgesetz, Kommentar und Rechtssammlung, Starnberg, Stand: 2007.

ders./Seitz, Walter: Der freie Wille als Ansatzpunkt zum Schutz der Autonomie, BtPrax 2007, S. 18 ff.

Kohte, Wolfhard: Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 185 (1985), S. 110 ff..

Kollmer, Norbert: Selbstbestimmung im Betreuungsrecht, München 1992.

Kopp, Ferdinand/Ramsauer, Ulrich: Verwaltungsverfahrensgesetz, 10. Auflage München 2008.

Lackner, Karl/ Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch, 26. Auflage, München 2007.

Lang, Herbert/Herkenhoff, Michael: Persönlichkeitsrecht und Menschenwürde im Alten- oder Pflegeheim, NJW 2005, S. 195 ff.

Leutheuser-Schnarrenberger, Sabine: Das Betreuungsgesetz – eine rechtsstaatliche Weichenstellung, BtPrax 1992, S. 1 ff.

Lipp, Volker: Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson. Zu Funktion und Stellung der rechtlichen Betreuung im Privatrecht, Tübingen 2000,

ders.: Patientenautonomie und Sterbehilfe, BtPrax 2002, S. 6ff.,

ders.: Die neue Geschäftsfähigkeit Erwachsener, FamRZ 2003, S. 721 ff.,

ders.: Kriterien für Entscheidungen gegen den Willen des Betreuten, Betrifft Betreuung 5, Recklinghausen 2003., S. 83 ff.

ders.: Betreuung: Rechtsfürsorge im Sozialstaat, BtPrax 2005, S. 6 ff,

ders. Rechtliche Betreuung und das Recht auf Freiheit, BtPrax 2008, S. 51 ff.

Littwin, Frank: Grundrechtsschutz gegen sich selbst. Das Spannungsverhältnis von grundrechtlichem Selbstbestimmungsrecht und Gemeinschaftsbezogenheit des Individuums, Frankfurt am Main 1993.

Looz, Carola von: Erforderlichkeit der Betreuung und freier Wille der Betroffenen; Betrifft: Betreuung extra 10. Vormundschaftsgerichtstag 2006, S. 27 f.

Luhmann, Niklas: Grundrechte als Institution, 4. Auflage, Berlin 1999.

Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian: Das Bonner Grundgesetz: Kommentar; Bd. 1 (Präambel, Art. 1-19), 5. Auflage, München 2005. (zitiert: Mangoldt/Klein/Starck-Bearbeiter)

Marschner, Rolf, Volckart, Bernd: Freiheitsentziehung und Unterbringung, 4. Auflage, München 2001 (zitiert Marschner/Volckart-Bearbeiter)

Marschner, Rolf: Zwangsbehandlung in der ambulanten und stationären Psychiatrie, R & P 1997, S. 171 ff.

Mauer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht 17. Auflage, München 2009.

Medicus, Dieter: Allgemeiner Teil des BGB, 9. Auflage, Heidelberg 2006.

Mees-Jacobi, Jutta/Stolz, Konrad: Rechtliche und psychologische Aspekte einer Betreuung entsprechend den Wünschen und Vorstellungen des Betreuten, BtPrax 1994, S. 83 ff.

Meier, Sybille M.: Handbuch Betreuungsrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2005.

Mitko, Bernhard: Der Einwilligungsvorbehalt. Voraussetzungen – Wirkungen – Probleme, Regensburg 1994.

Motive: zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin und Leipzig 1888 (zitiert unter Angabe des Bandes).

Müller, Gabriele: Geschäftsfähigkeit und Betreuungsrecht, Bielefeld 1998.

Müller, Peter: Psychiatrie: Zwangseinweisungen nehmen zu, Dtsch Ärztebl 2004; S. 42 ff.

Münch, Ingo von, Kunig, Philip: Grundgesetz – Kommentar Band 1 (Präambel bis Art. 19), 5. Auflage, München 2000. (zitiert von Münch/Kunig—Bearbeiter)

Münchener Kommentar: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg von Kurt Rebmann, Franz Jürgen Säcker, Ronald Rixecker, Band 1, 2. Auflage, München 1998; Band 8, 2. Auflage, München 1998; Band 1 Allgemeiner Teil, 1. Halbband, 5. Auflage, München 2006; Band 2 a , Schuldrecht AT, 4. Auflage, München 2003; Band 5 Schuldrecht Besonderer Teil, 4. Auflage, München 2004; Band 8, 4. Auflage München 200, (zitiert: MünchKomm-Bearbeiter).

Oberloskamp, Helga, Vormundschaft, Pflegschaft und Beistandschaft für Minderjährige, 2. Auflage, München 1998.

Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 50. Auflage 1991 (§ a.F.); 67. Auflage, München 2008 (zitiert: Palandt-Bearbeiter).

Pardey, Karl Dieter: Betreuungs- und Unterbringungsrecht, 3. Auflage, Baden-Baden 2005.

ders.: Zur Zulässigkeit drittsschützender freiheitsentziehender Maßnahmen nach § 1906 BGB, FamRZ 1995, S. 713 ff.

Pawlowski, Hans- Martin: Willenserklärungen und Einwilligungen in personenbezogene Eingriffe, JZ 2003, S. 63 ff.

Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard: Grundrechte, Staatsrecht II, 24. Auflage, Heidelberg 2008.

Raack, Wolfgang/Thar, Jürgen: Leitfaden Betreuungsrecht, 4. Auflage, Köln 2005.

Rausch, Hans: Praktische Probleme bei der Umsetzung des neuen Betreuungsrechts, NJW 1993, S. 617 ff.

Röttgen, Sven: Das Betreuungsrecht – Grundlagen und Probleme, Bonn 2000.

Rudolphi, Hans-Jochaim: Systematischen-Kommentar zum Strafgesetzbuch, 68. Lieferung (zitiert SK-Bearbeiter).

Sachs, Michael: Grundgesetz, Kommentar, 4. Auflage, München 2007 (zitiert: Sachs-Bearbeiter).

Sachsen-Gessaphe, Karl August Prinz von: Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige, Tübingen 1999.

Schmidt, Gerd: Betreuung und Unterbringung bei Süchtigen, BtPrax 2001, S. 188 ff.

Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz: Kommentar zum Grundgesetz, 11. Auflage, Neuwied 2008.

Schmitz, Stefan: Gefahrenabwehrrecht und psychisch Kranke, Hamburg 2005.

Schönke, Adolf (Begr.)/Schröder, Horst: Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Auflage von Theodor Lencker u.a., München 2006 (zitiert: Schönke/Schröder-Bearbeiter).

Schumacher, Ulrich: Freiheitsberaubungen und „Fürsorglicher Zwang“ in Einrichtungen der stationären Altenhilfe, in: Wilfried Küper u.a. (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993, S. 431 ff.

ders.: Rechtsstaatliche Defizite im neuen Unterbringungsrecht, FamRZ 1991, S. 280 ff

Schwab, Dieter: Das neue Betreuungsrecht, FamRZ 1990, S. 681 ff.

ders.: Die Probleme des materiellen Betreuungsrechts, FamRZ 1992, S. 493 ff.

Schwabe, Jürgen: Der Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1998, S. 66 ff.

Singer, Wolf; Geyer, Chr. (Hrsg.): Hirnforschung und Willensfreiheit. Zur Deutung der neuesten Experimente. Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2004 (*es* 2387), S. 30-65.

Seitz, Walter: Wohl und Wille als Handlungsnormen im Betreuungsrecht. Dargestellt vor allem an Hand der Rechtsprechung des Bayerischen Obersten Landesgerichts, BtPrax 2005, S. 170 ff.

Soergel, Hans Theodor (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, von Wolfgang Siebert, Band 20, Familienrecht 4, 13. Auflage, Stuttgart 2000 (zitiert: Soergel-Bearbeiter).

ders. Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, von Wolfgang Siebert, Band 20, Familienrecht 4, 12. Auflage, Stuttgart 1987 (zitiert: § a.F. Soergel-Bearbeiter)

Sonnenfeld, Susanne: Selbst- und Fremdbestimmung des Aufenthaltes Volljähriger, FamRZ 1995, S. 393 ff.

Staudinger, J von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 1896-1921, 14. Bearbeitung, Berlin 2006 (zitiert: Staudinger-Bearbeiter).

Stern, Klaus: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 1, 2. Auflage, München 1984.

Tachau, Benjamin, Die strafrechtliche Garantenstellung des Betreuers, BtPrax 2008, S. 195 ff.

Taupitz, Jochen: Von der entrechtenden Bevormundung zur helfenden Betreuung: Das neue Betreuungsgesetz, JuS 1992, S. 12 ff.

Tietze, Andrea: Ambulante Zwangsbehandlung im Betreuungsrecht, Bielefeld 2005.

Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze. 55. Auflage, München 2007.

Veit, Barbara: Das Betreuungsverhältnis zwischen gesetzlicher und rechtsgeschäftlicher Vertretung, FamRZ 1996, S. 1309 ff.

Voigt, Thomas: Pflichten des Betreuers, Hamburg 1994.

Warmbrunn, Johannes/ Stolz, Konrad: Wann ist der Wille „frei“?, BtPrax 2006, S. 167 ff.

Wassermann, Rudolf (Hrsg.) Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Neuwied 1987; Band 5 Neuwied 1981 (zitiert: AK-Bearbeiter).

Wassermann, Rudolf: Alternativkommentar zum BGB, Band 1 Neuwied und Darmstadt 1987, Band 5 Neuwied und Darmstadt 1981.

Windel, Peter: Darf der Betreuer sein Aufenthaltsbestimmungsrecht gegenüber dem Betreuten zwangsweise durchsetzen? BtPrax 1999, S. 46 ff.

Zimmermann, Walter/Damrau, Jürgen: Das neue Betreuungs- und Unterbringungsrecht, NJW 1991, S. 538 ff.

Abkürzungen:

Es werden die üblichen Abkürzungen nach Hildebert Kirchner/Jana Fiala, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 6. Auflage, Berlin 2008, verwendet.

§ 1 Einführung

I. Problembeschreibung

Als am 1. Januar 1992 das Betreuungsgesetz in Kraft trat, beschrieb die damalige Bundesjustizministerin das neue Betreuungsrecht als „maximale Hilfe und Willensachtung bei minimalem Eingriff in die Rechtsposition des Betreuten“.¹ Mehr als 17 Jahre sind seit der Einführung des Betreuungsrechts vergangen; 17 Jahre Rechtspraxis, ohne dass die Rechtsposition der Beteiligten im Spannungsfeld zwischen Fürsorge und Selbstbestimmung innerhalb des Betreuungsverhältnisses angemessen geklärt wäre.²

Das Betreuungsrecht sollte eine Abkehr vom bis dahin geltenden Entmündigungs- und Vormundschaftsrecht sowie vom Pflegschaftsrecht signalisieren. Im Rahmen des früheren Vormundschaftsrechts war es üblich, dass der Vormund gegen den Willen des Betroffenen handeln konnte.³ Durch die Entmündigung wurde der Betroffene geschäftsunfähig bzw. in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt, so dass dadurch dem Willen des Entmündigten keine rechtliche Bedeutung beigemessen wurde. Der Vormund konnte ohne weitere Kriterien darüber entscheiden, ob er einem Wunsch des Mündels folgte oder nicht. Von Willensachtung konnte unter Geltung dieses Rechts keine Rede sein. Entsprechendes galt für die Zwangspflegschaft.⁴

Die Stärkung und Förderung der Selbstbestimmung der Betroffenen ist das vorrangige Ziel des Betreuungsrechts.⁵ Zu untersuchen ist, ob diese Zielvorgabe in der Rechtspraxis umgesetzt wurde und welche Rolle die Selbstbestimmung des

¹ Leutheuser-Schnarrenberger, BtPrax 1992 S. 1, 3.

² Lipp, Betrifft Betreuung 5, S. 256 ff; Henn-Beier, S. 2 ff.

³ BGH, NJW 1967, S. 2404, 2406; BGHZ 48, S. 147, 159 f.; Kollmer, S. 108 ff.

⁴ Soergel/Damrau (12. Aufl.), § 1910 a.F. Rn. 1

⁵ BT-Drs. 11/4528. S. 49 f., 52, 70; Schwab, FamRZ 1990, S. 681, 683. Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, Rn. 39; Palandt-Diederichsen, Einf. § 1896 Rn. 5.

Betreuten tatsächlich spielt, wenn es darum geht, Fürsorge und Schutz zu leisten. Im Unterschied zum früheren Recht hat der Betreuer den Wünschen des Betreuten nach § 1901 III, 1 BGB grundsätzlich zu entsprechen. Dieser Grundsatz ist aber in derselben Vorschrift wieder eingeschränkt, wenn dort festgeschrieben ist, dass dem Wunsch nur zu entsprechen ist, soweit dieser nicht dem Wohl des Betreuten zuwiderläuft. Was aber unter dem zuwiderlaufenden Wohl zu verstehen ist, gehört nach wie vor zu den umstrittensten Fragen des Betreuungsrechts.⁶

Die Entscheidung, ob einem Wunsch des Betreuten entsprochen wird oder nicht, trifft im Rahmen der Führung der Betreuung der Betreuer, denn an diesen richtet sich die Verpflichtung. Trifft er eine „falsche“ Entscheidung, begründet dies einen persönlichen Haftungsanspruch.⁷ Dabei wird in der Praxis oft übersehen, dass § 1901 III, 1 BGB zwei Rechtspflichten für den Betreuer beinhaltet, deren Einhaltung sich gegenseitig ausschließt. Zum einen hat der Betreuer dem Wunsch des Betreuten zu entsprechen, zum anderen darf er diesem Wunsch offenbar nicht entsprechen, soweit der Wunsch dem Wohl des Betreuten zuwiderläuft. Woran muss sich der Betreuer aber orientieren? Diese Frage ist daher für Betreuer und Betreuten gleichermaßen von Bedeutung. Wäre letztlich die Entscheidung über die Beachtung des Wunschs wegen der mangelnden Konkretisierung der Regelung wie im früheren Recht in das Belieben des Betreuers gestellt, so ergäbe sich keine wesentliche Verbesserung für den Betreuten. Wäre diese Entscheidung nicht in das Belieben des Betreuers zu stellen, bräuchte der Betreuer Entscheidungskriterien, nach denen er sich richten kann. Andernfalls besteht für ihn ein unüberschaubares Haftungsrisiko.

Die Frage nach der Beachtlichkeit des Wunschs ist für alle Bereiche des Betreuungsrechts von Gewicht, kann doch der Betreuer als gesetzlicher Vertreter⁸ für

⁶ Lipp, S. 150; Karliczek, S. 5.

⁷ §§ 1908 i, 1833 I BGB.

⁸ § 1902 BGB.

den Betreuten handeln und diesen rechtlich binden⁹. Das Betreuungsrecht ist dadurch gekennzeichnet, dass die Anordnung der Betreuung auf die rechtliche Handlungsfähigkeit des Betreuten keine Auswirkung hat. Das bedeutet, dass der Betreute auch ohne oder neben dem Betreuer selbstständig handeln kann. Er kann Verträge schließen, seine Wohnung kündigen, in ärztliche Maßnahmen einwilligen, sofern er über die entsprechenden Fähigkeiten verfügt, also geschäfts- bzw. einwilligungsfähig ist. Die angeordnete Betreuung hat auf diese Fähigkeiten keine Auswirkung. Der Betreuer kann daher zwar für den Betreuten handeln, er kann ihn aber nicht daran hindern, selbst zu handeln, auch wenn er der Auffassung ist, dass der Betreute sich Schaden zufügt. Der Betreute kann seine Wünsche selbst rechtlich umsetzen, die Betreuung hindert ihn daran jedenfalls nicht.

Dem Willen des Betreuten wurde in der Vergangenheit viel Aufmerksamkeit geschenkt, wenn es darum ging, ob der Betroffene eine Betreuung abwenden kann.¹⁰ Eine Betreuerbestellung kommt grundsätzlich dann in Betracht, wenn ein Volljähriger auf Grund einer psychischen Erkrankung oder geistigen, seelischen oder körperlichen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen kann.¹¹ Will er seine Angelegenheiten aber nicht durch einen Betreuer besorgen lassen, so kommt eine Betreuerbestellung gegen seinen freien Willen nicht in Betracht. Diesen Grundsatz hatte das BayOLG¹² aus einer verfassungskonformen Auslegung des § 1896 I BGB heraus entwickelt. Dieser Grundsatz ist seit der Einführung des § 1896 I a BGB durch das 2. BtÄndG¹³ in das Gesetz aufgenommen worden. Dadurch wurde klargestellt, dass eine Betreuerbestellung gegen den freien Willen des Betroffenen unzulässig ist. E-

⁹ § 164 I BGB.

¹⁰ BayObLG, FamRZ 1993, S. 851, *Bürgle*, NJW 1988, S. 1881, 1833f.; *Schwab*, FamRZ 1992, S. 493, 494; v. *Sachsen Gesaphe*, S.133 ff.; *Dröge*, S. 26 ff.

¹¹ § 1896 I BGB.

¹² BayObLGZ 1993, S. 208, 209 = BayObLG FamRZ 1994, S. 720 f.

¹³ Am 01.07.2005 in Kraft getreten, veröffentlicht in BGBl. 2005, Teil I Nr. 23, S. 1073 ff.

bensoleche Bedeutung erfährt der Wille des Betreuten im Rahmen der Anordnung des Einwilligungsvorbehalts. Auch hier darf der Betreute nicht fähig sein, einen freien Willen zu bilden,¹⁴ andernfalls kommt die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts nicht in Betracht. Dahinter steht der Grundsatz, dass der Staat nicht das Recht hat, „seine erwachsenen und zur freien Willensbildung¹⁵ fähigen Bürger zu erziehen, zu bessern oder zu hindern, sich selbst zu schädigen“.¹⁶ Hierin zeigen sich die Anerkennung der Selbstbestimmung und der Vorrang des Willens vor aufgedrängten fürsorgerischen Maßnahmen.

Der Vorrang des Wunsches im Rahmen der Betreuung gegenüber fürsorgerischen Maßnahmen des Betreuers ist hingegen nicht zufriedenstellend geklärt. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass es betreuungsrechtliche Instrumente gibt, die gerade darauf gerichtet sind, den Willen des Betreuten zurückzudrängen, ohne dass auch hierbei die Bedeutung des Vorrangs des Wunsches geklärt ist. Der Betreute ist gerade in diesen Fällen darauf angewiesen, dass der Betreuer dem Wunsch entspricht. Der Einwilligungsvorbehalt und das Aufenthaltsbestimmungsrecht sind solche Instrumente, die das Betreuungsrecht vorsieht¹⁷ bzw. voraussetzt¹⁸.

Die **Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts** führt dazu, dass die Wirksamkeit einer Willenserklärung des Betroffenen in dem festgelegten Aufgabenbereich des Einwilligungsvorbehalts von der Zustimmung des Betreuers abhängt.¹⁹

¹⁴ OLG Zweibrücken, FamRZ 2004, S. 1897; OLG Köln, FamRZ 2003, S. 171; OLG Hamm, FamRZ 1994, S. 434, 435.

¹⁵ Außer Betracht bleibt im Rahmen dieser Arbeit die vorwiegend von Theologen und Philosophen geführte Diskussion, ob es überhaupt einen freien Willen gibt. Ebenso unberücksichtigt bleiben neue Ergebnisse der Hirnforschung, nach denen die Existenz eines freien Willens experimentell widerlegt sein soll, vgl. *Wolf Singer* in Geyer, Chr. (Hrsg.): *Hirnforschung und Willensfreiheit. Zur Deutung der neuesten Experimente*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2004 (*es 2387*), S. 30-65.

¹⁶ BayObLG, FamRZ 1993, S. 851; BayObLG, FamRZ 1995, S. 1518; BayObLG, FamRZ 1996, S. 897; BayObLG, BtPrax 2000, S. 123.

¹⁷ § 1903 BGB.

¹⁸ § 1907 II BGB, § 69 I II, 1 FGG.

¹⁹ § 1903 I BGB.

Der Betreute kann im Wirkungsbereich des Einwilligungsvorbehalts nicht mehr selbstständig handeln, weder zu seinem Vor- noch zu seinem Nachteil. Die **Anordnung des Aufenthaltsbestimmungsrechts** führt demgegenüber dazu, dass der Betreuer das Recht erhält, den tatsächlichen Aufenthaltsort des Betreuten zu bestimmen. Ein entgegenstehender Wille des Betreuten wird verdrängt²⁰, wenn der Betreuer die Befugnis ausübt. Es wird deutlich, dass dem Betreuer in beiden Bereichen eine besondere Rechtsmacht zukommt, die den Betreuten von eigenem Handeln ausschließen kann, wenn der Betreuer den Wunsch des Betreuten nicht berücksichtigt. Der Betreute hat dann keine Möglichkeit, dass sein Wille mit Wirkung für den Rechtsverkehr umgesetzt wird.

Menschliches Handeln kann ebenso wie das Unterlassen einer Handlung zur Folge haben, dass Nachteile oder Schäden an Person oder Vermögen entstehen. Eine Person, die vertragliche Verpflichtungen eingeht, obwohl die erlangte Gegenleistung für die Lebensführung dieser Person keinen Vorteil bringt, kann durch eigenes Handeln ihr Vermögen beschädigen, ebenso wie eine Person, die in dem Irrglauben, ein Millionenvermögen geerbt zu haben, vertragliche Verpflichtungen eingeht, die die tatsächlichen Vermögensverhältnisse erheblich übersteigen. Eine Person, die in einer schlecht beheizbaren Wohnung lebt, kann sich durch Unterlassen des Umzugs in eine beheizbare Wohnung, zumindest während der Winterzeit, in eine Gesundheitsgefahr bringen, ebenso wie eine Person, die bei großer Kälte ohne ausreichende Kleidung orientierungslos umherirrt oder trotz einer behandlungsbedürftigen Erkrankung die ärztliche Behandlung ablehnt. Es gibt also Fälle, in denen es notwendig erscheint, den Betroffenen vor sich selbst zu schützen, je nach Bedarf entweder mit einem Einwilligungsvorbehalt oder dem Aufenthaltsbestimmungsrecht.

²⁰ LG Köln, BtPrax 1992, S. 109; *Klüsener/Rausch*, NJW 1993, S. 617, 619; *Dodegge*, NJW 1993, S. 2352, 2358; *Sonnenfeld*, FamRZ 1995, S. 393, 395.

Die Vorschrift des § 1901 III, 1 BGB legt dem Betreuer die Pflicht auf die Wünsche des Betreuten zu entsprechen. Der Betreuer wird aber bemüht sein, Gefahren und Nachteile von dem Betreuten abzuwenden, auch wenn er dadurch einen Wunsch außer Acht lässt. Er wird davon ausgehen, dass bei jeder denkbaren „Gefahr“ für den Betreuten, der Wunsch dem Wohl entgegensteht. Welche Bedeutung aber gerade die Regelung des § 1901 III, 1 BGB und die Frage, wann der Wunsch dem Wohl zuwiderläuft, erfährt ist ungeklärt.

Bereits die Interpretation des Begriffs des Aufenthaltsbestimmungsrechts führt in der Praxis dazu, dass ein entgegenstehender Wunsch des Betreuten vielfach ohne nähere Überlegung übergangen wird, weil der Begriff des Bestimmungsrechts dies nahe legt. Der Einwilligungsvorbehalt wird hingegen häufig mit der Geschäftsunfähigkeit und damit einer Art allgemeiner Handlungsunfähigkeit gleichgesetzt, durch die dem Wunsch des Betreuten eine geringere Bedeutung beigemessen wird als bei einer Betreuung ohne Einwilligungsvorbehalt. Die angeordneten Instrumente indizieren daher eine geringere Bedeutung des Wunschs des Betreuten.

In der Praxis lässt sich zudem eine Tendenz zur Missachtung des Wunsches zugunsten eines objektivierten Wohls erkennen. Dies wird dadurch begünstigt, dass bereits die amtliche Begründung zum Betreuungsrecht ein solches Vorgehen befürwortet. Der Regierungsentwurf traf die Aussage, dass solche Wünsche des Betreuten außer Betracht bleiben müssen, die die Gefahr einer Selbstschädigung bergen.²¹ Der Betroffene habe auch dann keinen Anspruch auf Hilfe zur Selbstschädigung, wenn sich der Schaden in Grenzen halte.²² Für Willenserklärungen, die im Wirkungsbereich des Einwilligungsvorbehalts liegen, ist der Betreute aber stets auf die Hilfe seines Betreuers angewiesen, so dass der Betreuer jeder nachteilhaften Erklärung die Zustimmung versagen müsste. Ebenso erscheint es

²¹ BT-Drs. 11/4528, S. 133.

²² BT-Drs. 11/4528, S.133.

fragwürdig, dem Betreuer die Kompetenz zu übertragen, zwischen dem Wunsch und den objektiven Interessen des Betreuten abzuwägen.²³ Damit würde der Betreuer die Selbstbestimmung des Betreuten mit dem objektiven Schutz für seiner Rechtsgüter abwägen. Für eine eigenverantwortliche Schädigung wäre nach beiden Ansätzen aber kein Raum mehr.²⁴ Dem Betreuten wäre damit grundsätzlich die Mündigkeit genommen, ohne dass die konkreten Auswirkungen seiner Erkrankung oder Behinderung, die die Betreuerbestellung begründen, miteinbezogen werden.

Der Einwilligungsvorbehalt ist gerade dafür vorgesehen, den Betreuten vor Schäden zu bewahren. Daraus könnte die Konsequenz folgen, dass alle dem Einwilligungsvorbehalt unterfallenden Erklärungen des Betreuten als schädlich betrachtet werden, solange sie nicht dem objektiven Bedürfnis des Betreuten entsprechen. Jeder erdenkliche Nachteil, der das Vermögen des Betreuten mindert, mithin nahezu jedes Rechtsgeschäft, könnte einen Schaden für den Betreuten darstellen, der dem zuwiderlaufenden Wohl des Betreuten entspricht. Da der Betreuer durch die Erteilung der Einwilligung einen Beitrag zu dem „Schaden“ leistet, könnte die Zulässigkeit der Erteilung einer Einwilligung erheblich eingeschränkt sein, denn wo die Grenze zur Hilfe zur Selbstschädigung beginnt, ist ungeklärt. Hat ein Betreuer z. B. ein kleines Geldvermögen und möchte von diesem eine Münzsammlung erwerben, deren objektiver Wert deutlich unter dem Kaufpreis liegt, dürfte der Betreuer der Willenserklärung des Betreuten zur Schadensverhinderung keine Zustimmung erteilen. Aber auch bei einem vermögenden Betreuten wird sich der Betreuer der Frage ausgesetzt sehen, warum der Betreute wertlose Münzen, die ihm keinen Vorteil bringen, erwerben dürfe. Probleme bereiten in der Praxis auch Fallgestaltungen, bei denen im Zeitpunkt der Notwendigkeit der Betreuerentscheidung ein Schadenseintritt ungewiss ist.

²³ MünchKomm-Schwab, § 1901 Rn. 8; Kollmer, S. 42; BayObLG, FamRZ 1996, S. 1374 f.; OLG Schleswig, BtPrax 2001, S. 211, 212.

²⁴ Lipp, S. 156.

Möchte ein Betreuer in einem Fall mit unvorhersehbaren Erfolgsaussichten eine Zahlungsklage erheben, würde sich die Klageerhebung für den Fall der Klageabweisung als Schaden darstellen. In diesen Fällen kommt es vor, dass Betreuer allein zur Schadensabwendung von dem Betreuten das Klageverfahren nicht betreiben und damit dem Wunsch des Betreuten nicht entsprechen. Dieser Umgang mit Betreutenwünschen wird dadurch gefördert, dass der Regierungsentwurf - und diesem folgend auch Teile der Literatur ²⁵ auch darauf verweist, dass im Falle eines Schadenseintritts der Betreuer die Haftung leicht unterlaufen könne, wenn er sich darauf beruft, er sei nur einem Wunsch des Betreuten gefolgt. Tritt mithin nachträglich ein Vermögensnachteil für den Betreuten auf, so stellt das wunschgemäße Handeln des Betreuers ein erhebliches Haftungsrisiko dar. Schaden und entgegenstehendes Wohl werden damit vorbeugend gleichgesetzt. Es liegt daher der Schluss nahe, dass die Betreuerpraxis zur Haftungsvermeidung generell solchen Wünschen des Betreuten nicht entspricht, die objektiv nachteilhaft für den Betreuten sind, oder eventuell nur Nachteile mit sich bringen können. Denn kommt bei jedem Vermögensnachteil eine Haftung des Betreuers in Betracht, so wird die Motivation, Wünschen des Betreuten zu entsprechen, gering sein. Dadurch wird aber das gesetzgeberische Anliegen eines Willensvorrangs des Betreuten ins Leere laufen.²⁶ Ob dies im Lichte des Selbstbestimmungsrechts des Betreuten zulässig ist, erscheint sowohl betreuungsrechtlich als auch verfassungsrechtlich bedenklich und wird im Rahmen der Bearbeitung erörtert.

Kann der Betreuer im Falle des Aufenthaltsbestimmungsrechts den Willen des Betreuten beiseite schieben, so stellt sich die Frage nach der Beachtlichkeit des Wunsches. Der Betreuer hat die tatsächliche Entscheidungsgewalt, über den Aufenthaltsort des Betreuten zu bestimmen. Hauptanwendungsfälle sind die zi-

²⁵ Palandt-*Diederichsen*, § 1901 Rn. 6; Soergel-*Zimmermann*, § 1901 Rn. 10; *Damrau/Zimmermann*, § 1901 Rn. 4

²⁶ *Bienwald*, FamRZ 1992, S. 1125, 1128; Staudinger-*Bienwald*, § 1901 Rn. 25 ff.

vilrechtliche freiheitsentziehende Unterbringung, deren Anforderungen in § 1906 BGB geregelt sind und die Heimverschaffung Pflegebedürftiger²⁷. Gerade auch die Fälle der Zwangseinweisungen in geschlossene psychiatrische Kliniken sollen in den letzten Jahren drastisch²⁸ zugenommen haben. Dem Willen des Betreuten kommt hierbei schon eine begrenzende Bedeutung zu, so soll die Unterbringung gegen den freien Willen des Betreuten nicht zulässig sein.²⁹ Außerhalb der freiheitsentziehenden Unterbringung wird dem Willen eine andere Bedeutung beigemessen, so soll der Wille des Betreuten eine Zwangsausübung zur Durchsetzung der Betreuerentscheidung verhindern können.³⁰ Der Wunsch des Betreuten hat im Rahmen des Aufenthaltsbestimmungsrechts über die Frage des Zwangs hinausgehende Bedeutung. Neben dem Einsatz von körperlichem Zwang hat der Betreuer auch andere Möglichkeiten, den Wunsch des Betreuten zu übergehen und seine Entscheidung umzusetzen.³¹ Neben List und Tücke sowie der Ausnutzung überlegenen Wissens durch den Betreuer, wodurch eine Zwanganwendung umgangen werden kann, ist ein Großteil der Betreuten gar nicht imstande, den eigenen Willen in der Form entgegenzustellen, dass eine Zwangsausübung wahrnehmbar wäre. Im Übrigen ergibt sich in vielen Fällen auch, dass ein Betreuer sich bereits in einer Einrichtung befindet, diese aber wieder verlassen möchte, um an einem anderen Ort zu leben. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht würde damit keine zwangsweise Durchsetzung benötigen, da der Betroffene sich bereits an dem durch den Betreuer bestimmten Ort aufhält. In diesen Fällen stellt sich die Frage, inwieweit der Wunsch des Betreuten einen

²⁷ Zu dieser Problematik *Coeppicus*, FamRZ 1992, S. 741 ff.

²⁸ *Müller*, Dtsch Ärztelb 2004; S. 42 ff.

²⁹ BayObLGZ, 1993, S. 18 = BayObLG, FamRZ 1993, S. 600; BayObLG, FamRZ 1998, S. 1327, 1328; BayObLG, NJWE-FER 2001, S. 150; BayObLG, FamRZ 2002, S. 908, 909

³⁰ Die Durchsetzung des Aufenthaltsbestimmungsrechts mittels körperlichen Zwangs wird vielfach außerhalb der freiheitsentziehenden Unterbringung für unzulässig erachtet, vgl. OLG Hamm, BtPrax 2003, 42, 43; LG Offenburg, FamRZ 1997, S. 899 f. ; aA LG Bremen, BtPrax 1994, S. 102; MünchKomm-Schwab, § 1896 Rn. 65; *Windel*, BtPrax 1999, S. 46 ff; *Lipp*, S. 98 ff; ausführlich zur BGH-Rechtsprechung *Brosey*, BtPrax 2008, S. 108 ff.

³¹ *Frösche*, BtPrax 2004, S. 46 ff.

Anspruch gegenüber dem Betreuer begründet, den Aufenthaltswechsel zu vollziehen. Die Frage der Beachtlichkeit des Wunschs ist daher jenseits der rechtlichen Möglichkeit der zwangsweisen Durchsetzung der Betreuerentscheidung von erheblicher Relevanz. Es ist deshalb zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen der natürliche Wille, der den Zwang durch den Betreuer hindern kann, bereits die Entscheidungsgewalt des Betreuers einschränkt, so wie es im Rahmen der Unterbringung anerkannt ist.³² Nur mit der Klärung dieser Frage wird der Betreuer der Bedeutung der Grundrechte aus Art. 2 I, 2 GG und Art. 11 GG gerecht werden, deren Auswirkung auf die Auslegung des dem Wunsch zuwiderlaufenden Wohls zu erörtern ist. Auf der anderen Seite kann eine unterlassene Bestimmung des Aufenthalts aber auch irreversible Folgen für den Betreuten haben, die erhebliche gesundheitliche Schädigungen oder gar den Tod des Betreuten betreffen. Welche Verantwortung der Betreuer diesbezüglich trägt, wird zu untersuchen sein.

Sowohl im Interesse von Betreuten im Hinblick auf ihre Selbstbestimmung als auch im Interesse der Betreuer unter dem Aspekt der zivilrechtlichen wie auch der strafrechtlichen Haftung, besteht ein Bedarf an der Klärung der Rechtsfrage, wann der Betreuer einem Wunsch des Betreuten zu entsprechen hat und wann er diesem ausnahmsweise nicht entsprechen darf, weil der Wunsch des Betreuten dessen Wohl zuwiderläuft. Ohne die Schaffung rechtlicher Kriterien führen Einwilligungsvorbehalt und Aufenthaltsbestimmungsrecht zu einem aufgedrängten Schutz des Betreuten vor sich selbst, ohne dass im jeweiligen Einzelfall die konkret bestehende Schutzbedürftigkeit geprüft wird.

Inwieweit die Wunschbeachtung in das Belieben des Betreuers gestellt ist, lässt sich ebenfalls der Auffassung darüber entnehmen, in welchem Umfang die Entscheidung des Betreuers gerichtlich nachprüfbar ist. Die Überprüfbarkeit spielt

³² BayObLGZ, 1993, S. 18 = BayObLG, FamRZ 1993, S. 600; BayObLG, FamRZ 1998, S. 1327, 1328; BayObLG NJWE-FER 2001, S. 150; BayObLG FamRZ 2002, S. 908. 909,

eine Rolle, wenn es darum geht, ob der Betreuer seine Pflichten verletzt oder nicht.

Bei der Pflicht, einem Wunsch zu entsprechen, soll es um eine Zweckmäßigkeitfrage handeln, bei deren Entscheidung dem Betreuer ein Ermessensspielraum zusteht.³³ Kann der Betreuer aber nach freiem Ermessen darüber entscheiden, ob er einem Wunsch des Betreuten entspricht, würde das gesetzgeberische Anliegen, dass der Betreuer den Wünschen des Betreuten zu entsprechen hat, unterlaufen und die Wunschbeachtung hätte eine gewisse Beliebigkeit, die von der alten Rechtslage nicht weit entfernt wäre. Es ist daher zu hinterfragen, ob § 1901 III, 1 BGB tatsächlich eine Ermessensentscheidung eröffnet, die nur eingeschränkt überprüfbar ist. Dies ist bislang nicht hinterfragt worden.

II. Gang der Untersuchung

In der vorliegenden Arbeit soll die Bedeutung des Wunschs des Betreuten im Rahmen des Einwilligungsvorbehalts und des Aufenthaltsbestimmungsrechts untersucht werden. Hintergrund der Untersuchung ist die Bedeutung der Selbstbestimmung des Betreuten und der Einfluss der Haftung des Betreuers im Spannungsfeld zwischen Eigenverantwortung und fremdbestimmter Fürsorge. Die Bedeutung von Wunsch und Wille wird dabei für Einwilligungsvorbehalt und Aufenthaltsbestimmungsrecht getrennt untersucht. Zunächst wird jeweils erörtert, welche genaue Auswirkung das Fremdbestimmungsinstrument hat (§ 2 I. und § 4 I.). Im Anschluss daran wird erläutert, welche Gründe sich für die Beschränkung der Rechtsstellung des Betreuten ergeben (§ 2 II. und § 4 II.). Aus den gewonnenen Erkenntnissen soll das sich aus dem Wortlaut des § 1901 III, 1 ergebende Spannungsverhältnis zwischen Wunsch und Wohl betreuungsrechtlich untersucht werden (§ 2 III. und § 4 III.). Dazu werden die bisher von Literatur und Rechtsprechung entwickelten Lösungsansätze zum Verhältnis von

³³ RGRK-Dickescheid, § 1837 Rn. 9; Damrau/Zimmermann, § 1837 Rn. 7; BayObLG, FamRZ 2000, S. 565; LG Chemnitz, FamRZ 2000, S. 1312, 1313.

Wunsch und Wohl dargestellt und jeweils auf die besondere Situation von Einwilligungsvorbehalt und Aufenthaltsbestimmungsrecht angewendet. Es erfolgt eine kritische Auseinandersetzung. In diesem Zusammenhang wird die Bedeutung der Eigenverantwortlichkeit des Betreuten aufgegriffen. Ferner wird der Vorrang des Wunsches anhand des verfassungsrechtlichen Selbstbestimmungsrechts und des Gleichheitssatzes einer weiteren Überprüfung unterzogen und abschließend der Beurteilung des Verhältnismäßigkeitgrundsatzes unterstellt. Eine zusätzliche zentrale Rolle der Bearbeitung spielt die Überwachung und die Haftung des Betreuers auf der Basis der gewonnenen Ergebnisse (§ 3 und § 5). Hierbei wird zwischen der Aufsicht durch das Vormundschaftsgericht, der zivilrechtlichen Haftung sowie der strafrechtlichen Verantwortlichkeit unterschieden. Zum Schluss werden die Ergebnisse der Arbeit im Rahmen einer Zusammenfassung aufgezeigt (§ 6).

§ 2 Der Wunsch des Betreuten im Rahmen des Einwilligungsvorbehalts

Wenn die Bedeutung des Wunsches des Betreuten untersucht wird, ist zunächst darauf hin zuweisen, dass als Folge des Einwilligungsvorbehalts, die Handlungsfähigkeit des Betreuten beschränkt wird. Er kann damit seine Wünsche nicht mehr selbst im Rechtsverkehr umsetzen. Dies wird dadurch erreicht, dass der Betreute für einen durch das Vormundschaftsgericht festgelegten Kreis an Willenserklärungen die Einwilligung des Betreuers benötigt.³⁴ Ohne eine Einwilligung oder Genehmigung durch den Betreuer ist die Willenserklärung des Betreuten wirkungslos, die sich auf diesen festgelegten Kreis erstreckt. Diese Rechtsfolge weckt Erinnerungen an die frühere Entmündigung wegen Geisteschwäche.³⁵ Die „Entrechtung“ des Betroffenen scheint vorgenommen zu sein. Es steht in der Entscheidungsmacht des Betreuers, ob er der Willenserklärung des Betreuten die Zustimmung erteilt und damit die Wirksamkeit der Willenserklärung herstellt. Für Selbstbestimmung des Betreuten scheint kein Raum mehr. Die durch den Einwilligungsvorbehalt vorgenommene Einschränkung der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsmöglichkeit kann nur durch die Betreuerhandlung wieder aufgehoben werden. Wann der Betreuer aber verpflichtet ist die Zustimmung zu der Willenserklärung des Betreuten zu erteilen, um die Handlungsfähigkeit herzustellen, ist eine der zentralen Fragestellungen dieser Arbeit.

Zunächst wird herausgearbeitet, wie sich der Einwilligungsvorbehalt für den Betreuten auswirkt und welche Beschränkungen sich als Folge dieser Anordnung ergeben, um deutlich zu machen, inwieweit dem Betreuten ein selbstbestimmtes Handeln durch den Einwilligungsvorbehalt genommen wird.

³⁴ § 1903 I BGB.

³⁵ § 6 BGB a.F.

I. Inhalt und Wirkung des Einwilligungsvorbehalts

Der Inhalt des Einwilligungsvorbehalts hängt immer davon ab, auf welchen Aufgabenkreis er sich bezieht. Der Einwilligungsvorbehalt ist streng akzessorisch, da er eine Betreuung - also einen Aufgabekreis- voraussetzt.³⁶

Der entscheidende Unterscheid zu einer Betreuung ohne Einwilligungsvorbehalt ist, dass der Einwilligungsvorbehalt bereits mit seiner Anordnung eine beschränkende Rechtswirkung für den Betroffenen entfaltet. Der Betreute bedarf infolge dieser Anordnung zu seiner Willenserklärung die Einwilligung des Betreuers.³⁷ Im Folgenden wird zunächst die Rechtswirkung des Einwilligungsvorbehalts dargestellt. Im Anschluss daran wird weiter aufgegriffen, welche darüber hinausgehende tatsächliche Wirkung der Einwilligungsvorbehalt entfaltet.

Der Einwilligungsvorbehalt bezieht sich auf einen durch das Vormundschaftsgericht festgelegten Kreis an einwilligungsbedürftigen Willenserklärungen.³⁸ Unterfällt eine Willenserklärung dem Einwilligungsvorbehalt, so sind die Regelungen über die beschränkte Geschäftsfähigkeit bei Minderjährigen entsprechend anzuwenden.³⁹

In diesem Bereich, der einen bestehenden Aufgabenkreis des Betreuers betrifft, entfaltet der Einwilligungsvorbehalt seine Wirkung für die Zukunft konstitutiv.⁴⁰ Das bedeutet, dass Willenserklärungen des Betreuten (schwebend) unwirksam sind und zwar unabhängig von dem tatsächlichen Zustand des Betreuten, seiner Motivation, seiner vorhandenen Fähigkeiten und der Schädlichkeit der Erklärung. Dies ist gerade das Wesen des Einwilligungsvorbehalts. Die Wirksamkeit aller dem Einwilligungsvorbehalt unterliegenden Willenserklärungen hängt von

³⁶ Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann-Bienwald § 1903 Rn. 9.

³⁷ § 1903 I BGB.

³⁸ § 69 I Nr. 2 und Nr. 4 FGG.

³⁹ § 1903 I, 2 i.V.m. §§ 108 ff., 131 II, 210 BGB.

⁴⁰ OLG Celle, NJW 2006, S. 3501.

der Zustimmung des Betreuers ab. Die Zustimmung des Betreuers bedarf aber teilweise der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht, um ihrerseits wirksam zu werden.

Der Einwilligungsvorbehalt bewirkt damit eine Änderung des rechtlichen Status des Betreuten.⁴¹ Dies ist zwar nicht der Status eines in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Minderjährigen, es ist aber eine Abweichung von der Regel, nach der Volljährige mündig sind und ohne Begrenzung im Rahmen der Rechtsordnung handeln können.⁴²

§ 1903 II BGB sieht vor, dass bestimmte höchstpersönliche Angelegenheiten von dem Einwilligungsvorbehalt ausgeschlossen sind.⁴³ Nach § 1903 III, 2 BGB bleiben geringwertige Geschäfte des täglichen Lebens von dem Einwilligungserfordernis unerfasst, es sei denn, das Gericht trifft eine abweichende Entscheidung und erstreckt den Einwilligungsvorbehalt auch auf diese Geschäfte. Daneben sind lediglich rechtlich vorteilhafte Willenserklärungen von dem Einwilligungsvorbehalt ausgenommen. Alle anderen Willenserklärungen unterliegen damit dem Einwilligungsvorbehalt. Bei der Beurteilung, ob eine Willenserklärung rechtlich vorteilhaft ist, kommt es allein auf die rechtlichen Folgen der Erklärung an, ohne dass eine wirtschaftliche Betrachtung vorgenommen wird.⁴⁴ Da ausschließlich rechtlich vorteilhafte Willenserklärungen die Ausnahme sind, z.B. die Annahme eines Schenkungsangebots, wird deutlich, dass andere Willenserklärungen, unabhängig von einer wirtschaftlichen Betrachtung, zunächst als rechtlich „nachteilhaft“ anzusehen sind. Dies ist auch richtig, da z.B. ein objektiv wirtschaftlich günstiger Kauf wegen der eingegangenen Verpflichtung zur

⁴¹ MünchKomm-Schwab, § 1903 Rn. 5; HK-BUR-Bauer, § 1903 Rn 61; Staudinger-Bienwald, § 1903 Rn. 3; Mitko, S. 27 ff.

⁴² Lipp, S. 90.

⁴³ Davon umfasst sind Willenserklärungen, die auf die Eingehung einer Ehe oder Begründung einer Lebenspartnerschaft gerichtet sind, auf Verfügungen von Todes wegen und auf Willenserklärungen, zu denen ein beschränkt Geschäftsfähiger nach den Vorschriften des Buches IV und V des BGB nicht der Zustimmung seiner gesetzlichen Vertreter bedarf.

⁴⁴ Palandt-Heinrichs, § 107, Rn. 2.

Zahlung des Kaufpreises für den Betreuten nachteilhaft sein kann. Der Betreute ist vor potentiellen Gefahren zu schützen. Diesen Schutz bewirkt das Einwilligungserfordernis. Ob der Schutz des Einwilligungsvorbehalts notwendig ist, hängt vom Einzelfall ab. Hierin liegt die Aufgabe bei der Betreuung mit Einwilligungsvorbehalt. Ob ein konkretes Schutzbedürfnis des Betreuten besteht, hat der Betreuer zu prüfen.

Auch die Betreuung mit Einwilligungsvorbehalt umfasst nach § 1901 I BGB zunächst alle Tätigkeiten, die erforderlich sind, um die Angelegenheiten des Betreuten rechtlich zu besorgen. Sobald der Betreute eine Willenserklärung abgibt, die dem Einwilligungsvorbehalt unterfällt, wird der Umgang mit dieser Erklärung – also der Frage ob die Einwilligung erteilt - zu den Tätigkeiten des Betreuers, die im Rahmen der Rechtsfürsorge erforderlich sind.

1. Erteilen der Einwilligung

Die Zustimmung durch den Betreuer kann bei zweiseitigen Rechtsgeschäften sowohl als Einwilligung⁴⁵ im Sinne einer vorherigen Zustimmung als auch als nachträgliche Genehmigung⁴⁶ erteilt werden. Die Zustimmung ist die Einverständniserklärung zu dem von einem anderen - hier dem Betreuten - vorgenommenen Rechtsgeschäft.⁴⁷ Von ihrer Rechtsnatur her handelt es sich um eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung.⁴⁸ Diese kann sowohl gegenüber dem Betreuten als auch gegenüber dem anderen Teil erteilt werden.⁴⁹ Ebenso möglich ist auch eine konkludente Einwilligung.⁵⁰ Der Betreuer kann dem Betreuten aber auch Geldmittel zur freien Verfügung oder für einen bestimmten Zweck zur Verfügung stellen. Bewirkt der Betreute daraufhin eine vertragsge-

⁴⁵ § 1903 I 1 BGB.

⁴⁶ § 1903 I 2, 108 I BGB.

⁴⁷ Palandt-*Heinrichs*, § 182 Rn. 1.

⁴⁸ Palandt-*Heinrichs*, § 182 Rn. 2.

⁴⁹ § 182 BGB.

⁵⁰ Palandt-*Heinrichs*, § 182 Rn. 3.

mäße Leistung, so wird der durch ihn geschlossene Vertrag wirksam.⁵¹ Daneben ist auch eine (beschränkte) Generaleinwilligung zu einem zunächst noch nicht individualisierten Geschäft grundsätzlich möglich.⁵² Bei einseitigen Rechtsgeschäften ist die vorherige Einwilligung stets notwendig.⁵³

2. Folge des Erteilens der Einwilligung bei einem geschäftsunfähigen Betreuten

Fraglich ist, welche Folgen die Zustimmung des Betreuers hat, wenn der geschäftsunfähige Betreute eine Willenserklärung abgibt, denn aus der Beantwortung dieser Frage, zeigt sich Reichweite des Einwilligungsvorbehalts gegenüber den Regeln der Geschäftsunfähigkeit. Das Verhältnis von natürlicher Geschäftsunfähigkeit im Sinne des § 104 Nr. 2 BGB und dem Einwilligungsvorbehalt ist nämlich strittig. Dieser Streit um die Wirkung des Einwilligungsvorbehalts offenbart, dass der Funktion des Einwilligungsvorbehalts unterschiedliche Bedeutung beigemessen wird, die sich wiederum in den Pflichten des Betreuers niederschlagen könnte, was zu einem späteren Zeitpunkt erörtert wird.⁵⁴

Willenserklärungen eines Geschäftsunfähigen sind nach § 105 I BGB nichtig. Sind aber die Erklärungen eines Geschäftsunfähigen im Sinne von § 104 Nr. 2 BGB, für den ein Einwilligungsvorbehalt besteht, ebenfalls nach § 105 I BGB nichtig oder sind diese hingegen schwebend unwirksam nach §§ 1903 I, 2, 108 I BGB? In beiden Fällen wäre der Betroffene vor der Abgabe oder Entgegennahme der Willenserklärung geschützt.

⁵¹ §§ 1903 I 1, 110 BGB.

⁵² Palandt-*Heinrichs*, § 107 Rn. 9; MünchKomm-*Schmitt*, § 107 Rn. 13.

⁵³ §§ 1903 I 2, 111 BGB.

⁵⁴ Vgl. unten § 2 II zur Funktion des Einwilligungsvorbehalts.

Nach einer Auffassung⁵⁵ ist § 1903 BGB gegenüber § 105 I BGB als Spezialregelung zu verstehen mit der Folge, dass die Willenserklärung des Betreuten mit der Zustimmung wirksam wird.

Nach anderer Auffassung sollen die Rechtswirkungen der §§ 108 ff. nicht eintreten, wenn der unter Einwilligungsvorbehalt stehende Betreute im Zeitpunkt der Abgabe oder des Empfangs einer Willenserklärung geschäftsunfähig war.⁵⁶ Dies entspricht der Lage, die im früheren Vormundschaftsrecht bestand, wenn ein gemäß § 114 BGB a.F. Entmündigter beschränkt geschäftsfähig war.⁵⁷ Die Willenserklärungen des nach § 114 BGB a.F. Entmündigten, aber gleichzeitig Geschäftsunfähigen, waren nicht schwebend unwirksam, sondern nach § 105 I BGB nichtig. Ist der Betreute demnach geschäftsunfähig, treten nach dieser Auffassung die Wirkungen des § 1903 III, 2 BGB nicht ein.

Letztlich ist der Betroffene, um die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts zu erreichen, in beiden Fällen auf die Handlung seines Betreuers angewiesen. Allgemein als sachdienlich anerkannt ist, dass die Zustimmung des Betreuers die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts zu Folge haben soll.⁵⁸

Der Regierungsentwurf verweist im Falle der Einwilligung des Betreuers auf die Möglichkeit der Umdeutung nach § 140 BGB. Danach könne die Einwilligung in eine Eigenvornahme des Betreuers umgedeutet werden oder der Betreute als Bote gelten, der die fremde Willenserklärung des Betreuers überbringt.⁵⁹ Diederichsen wendet demgegenüber ein, dass eine Umdeutung nach § 140 BGB eine Konversion in ein weiteres Rechtsgeschäft nicht gestatte.⁶⁰

⁵⁵ Jürgens-Jürgens, 1. Auflage § 1903 Rn. 15, hat diese Auffassung mittlerweile aufgeben; Enderlein, JR 1998, S. 485 ff.; Knieper, S. 102.

⁵⁶ MünchKomm-Schwab, § 1903 Rn. 54.

⁵⁷ MünchKomm-Schwab, 2. Aufl. § 104 Rn. 11, § 114 Rn. 4.

⁵⁸ Lipp, FamRZ 2003, S. 721, 723 m.w.N.

⁵⁹ BT-Drs. 11/4528 S. 137, Damrau/Zimmermann, § 1903 Rn. 14; Erman-Holzhauser (11. Auflage), § 1903 Rn. 21.

⁶⁰ Palandt-Diederichsen (65. Auflage), § 1903 Rn. 19; folgend Henn-Baier, S. 141 f.

Eine weitere Sichtweise ergibt sich wiederum, wenn aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz heraus verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Regelung des § 105 BGB erhoben werden.⁶¹ Andere sehen § 1903 BGB als *lex specialis* zu § 105 BGB an.⁶² Nach diesen beiden Auffassungen wäre die Willenserklärung des Geschäftsunfähigen nach den §§ 107 ff. BGB zu behandeln. Diese Sichtweise trägt dem Vorhaben selbstbestimmten Handelns der Betreuten eher Rechnung als eine Umdeutung der Einwilligungserklärung des Betreuers in eine Eigenvornahme des in der Person des Geschäftsunfähigen getätigten Rechtsgeschäfts durch den Betreuer.⁶³

Dagegen könnte eingewandt werden, dass wenn der Einwilligungsvorbehalt die Regelung des § 105 I BGB komplett verdrängt, der Betroffene in den Fällen, in denen der Einwilligungsvorbehalt nicht greift, schutzlos gestellt wäre.⁶⁴ Zudem widerspricht eine solche Vorgehensweise den Vorstellungen des Gesetzgebers eindeutig.⁶⁵

Ein Problem stellt sich nur in dem Fall, in dem der Betreuer bereits seine Zustimmung erteilt hat. Der Verweis auf die Möglichkeit einer Umdeutung in eine Eigenvornahme nach § 140 BGB oder nachträglichen Bestätigung nach § 141 BGB, die der Betreuer als Bote überbringen könnte, führt nicht zu einem Mehr an Rechtssicherheit und wird daher als untauglich kritisiert.⁶⁶ Diese Lösung findet vor allem ihre Grenze bei formbedürftigen Rechtsgeschäften, die nur dann

⁶¹ *Canaris*, JZ 1987, 993, 996 ff., der für eine analoge Anwendung der §§ 107 ff. BGB eintritt.

⁶² *Enderlein*, JR 1998, S. 485 ff.; *Knieper*, S. 102.

⁶³ *Veit*, FamRZ 1996, S. 1309, 1317.

⁶⁴ So *Lipp*, FamRZ 2003, S. 721, 723.

⁶⁵ BT-Drs. 11/4528 S. 137, darauf hinweisend *Lipp*, FamRZ 2003, S. 721, 713; ebenso *Veit*, FamRZ 1996 S. 1308, 1317.

⁶⁶ *Knittel*, § 1903 Rn. 15; Palandt-*Diederichsen* (65. Auflage), § 1903 Rn. 19; Staudinger-*Bienwald*, § 1903 Rn. 33; *Lipp*, FamRZ 2003, S. 721, 723 m.w.N.

Wirksamkeit erreichen, wenn auch die Erklärung des Betreuers in der entsprechenden Form abgegeben wird.⁶⁷

Durch diese Mitwirkungspflicht des Betreuers im Falle eines bestehenden Einwilligungsvorbehalts bedarf der Betroffene letztlich nicht mehr des Schutzes des § 105 BGB.⁶⁸ Dann hat der Betreuer aber als handlungsfähige Person den Schutz des Betroffenen verwirklicht, indem er von seiner präventiven Kontrollmöglichkeit zum Wohl des Betroffenen Gebrauch gemacht hat. Es bedarf keines weiteren Schutzes durch das Gesetz mehr. Hinzu kommt, dass der Betreute gegenüber anderen Rechtspersonen ungleich behandelt wird,⁶⁹ wenn seiner Erklärung die Wirksamkeit aberkannt würde, wofür sich keine sachlichen Gründe ergeben. Insofern ist es konsequent, allein aus der Zustimmung des Betreuers die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts zu folgern.⁷⁰ Es widerspricht darüber hinaus dem Reformziel des Betreuungsrechts, dass der Betroffene stärker als nach früherem Recht am Rechtsleben teilhaben und aus der rechtlichen Abhängigkeit vom Betreuer gelöst werden soll.⁷¹ Ein rechtlicher Fortschritt kann nur erreicht werden, wenn dem Betroffenen ein rechtliches Handeln ermöglicht wird.⁷² Außerdem darf nicht außer Acht gelassen werden, dass der Betreute gemäß seinen ihm verbliebenen Fähigkeiten am Rechtsleben teilhaben soll. Dies wird aber nicht dadurch erreicht, dass die rechtswirksame Handlung allein auf den Betreuer zurückzuführen ist.⁷³ Es bringt für den Betroffenen keinen Vorteil, wenn seine Erklärung als nichtig angesehen wird und diese Erklärung anschließend allein aufgrund der Erklärung des Betreuers zur Geltung im Rechtsverkehr gelangt. Letztlich schafft allein das Zustimmungserfordernis durch den Betreuer die für den

⁶⁷ BT-Drs. 11/4528 S. 140; *Knittel*, § 1903 Rn. 15.

⁶⁸ *Lipp*, S. 174 f.

⁶⁹ *Lipp*, S. 175 mit weiterer Begründung.

⁷⁰ *Lipp*, S. 174 f.; *ders.*, FamRZ 2003, S. 721, 723; ähnlich *Staudinger-Bienwald*, § 1903 Rn. 34ff.

⁷¹ BT-Drs. 11/4528 S. 59 ff; *Staudinger-Bienwald*, § 1903 Rn. 34.

⁷² *Staudinger-Bienwald*, § 1903 Rn. 34.

⁷³ *Staudinger-Bienwald*, § 1903 Rn. 36.

Rechtsverkehr erforderliche Rechtssicherheit.⁷⁴ Es bedarf insofern auch nicht der Hilfskonstruktion der Umdeutung, denn insgesamt ist es offenkundig sachgerecht, die Zustimmung des Betreuers mit der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts zu verknüpfen.⁷⁵ Dadurch erhält der Betreuer die Möglichkeit, die rechtliche Handlungsfähigkeit des Betreuten allein dadurch herzustellen, dass er der Erklärung des Betreuten zustimmt. Im Sinne des Gebots des geringst möglichen Eingriffs wäre diese Vorgehensweise bereits aus Gründen der Verhältnismäßigkeit geboten. Die Geschäftsunfähigkeit des Betreuten hat damit keinen Einfluss darauf, ob die Willenserklärung des Betreuten durch die Einwilligung des Betreuers wirksam wird oder nicht.

3. Die Bedeutung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungspflicht

Die Willenserklärungen des Betreuers selbst unterliegen in einer Vielzahl von Fällen der Genehmigungspflicht durch das Vormundschaftsgericht. Genehmigungspflichten bestehen für Maßnahmen des Betreuers, die der Gesetzgeber für den Betreuten für besonders bedeutsam hält, weil durch diese Maßnahmen Gefahren für den Betreuten ausgehen. So ergeben sich im vermögensrechtlichen Bereich aus den §§ 1908 i, 1809 ff. BGB Genehmigungspflichten sowie z.B. bezüglich der Kündigung des Mietverhältnisses des Betreuten aus § 1907 I, III BGB. Die Genehmigungspflichten haben den Zweck, die Entscheidung des Betreuers, die sich auf den Betreuten auswirkt, präventiv zu überprüfen.⁷⁶ Dadurch hat das Vormundschaftsgericht die Möglichkeit, das Handeln des Betreuers auf seine Pflichtmäßigkeit hin zu prüfen. Auch die Zustimmungserklärungen des Betreuers, die eine Willenserklärung des Betreuten betreffen, werden von den

⁷⁴ Lipp, S. 175.

⁷⁵ Damrau/Zimmermann, § 1903 Rn. 8, HK-BUR-Bauer, § 1903 Rn. 80; Jürgens-Jürgens, § 1903 Rn. 15; Staudinger-Bienwald, § 1903 Rn. 36; Lipp, S. 176.

⁷⁶ Lipp, S. 159; OLG Schleswig, FamRZ 1996, S. 1368, 1369.

Genehmigungserfordernissen erfasst.⁷⁷ Die Zustimmung des Betreuers steht im Hinblick auf die Genehmigungspflicht einem Eigenhandeln durch den Betreuer gleich. Die Genehmigungspflichten haben den Zweck, den Betreuten vor fehlerhaftem Handeln durch den Betreuer zu schützen. Die Notwendigkeit einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung stellt eine Beschränkung der Vertretungsmacht des Betreuers dar. Der Betreute, der dem Einwilligungsvorbehalt untersteht, unterliegt dem Schutz des Betreuers und ist gleichzeitig vor fehlerhaftem Handeln des Betreuers durch das Vormundschaftsgericht geschützt. Die Anwendung der Vorschriften über die Genehmigungspflichten ist im Rahmen des Einwilligungsvorbehalts daher vorzunehmen.

Erteilt das Gericht keine Genehmigung, so ist die betreffende Willenserklärung des Betreuers unwirksam, sofern die Genehmigungspflicht über den Zweck einer reinen Ordnungsvorschrift hinausgeht. Die Versagung der Genehmigung wird überdies als Handlungsverbot verstanden.⁷⁸ Aus dem Bestehen einer Genehmigungspflicht folgt für den Betreuer die Verpflichtung, diese Genehmigung auch einholen zu müssen, da er ohne diese Genehmigung keine wirksame Zustimmung zu der Willenserklärung des Betreuten erteilen kann.

4. Versagen der Zustimmung durch den Betreuer

Um die endgültige Nichtigkeitsfolge herbeizuführen, darf der Betreuer der Willenserklärung des Betreuten nicht zustimmen. Eine ablehnende Erklärung ist nur nach Aufforderung durch den anderen Vertragsteil notwendig.⁷⁹ Sind zu diesem Zeitpunkt noch keine Leistungen durch den Betreuten erbracht worden, reicht die Versagung der Zustimmung aus, um den Betreuten hinreichend zu schützen. Es ist dann die Aufgabe des Betreuers, geltend gemachte Forderungen abzuweh-

⁷⁷ Jürgens-Jürgens, § 1903 Rn. 18, Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann-Bienwald, § 1903 Rn. 74; BtKomm/Roth, Kap. E Rn. 38.

⁷⁸ HK-BUR-Bauer/Deinert, § 1837 Rn. 92.

⁷⁹ §§ 1903 I, 2, 108 II BGB.

ren. In vielen Fällen wird das bloße Versagen der Zustimmung nicht ausreichen, um die Schädigung des Betreuten zu verhindern. Ist die Schädigung bereits eingetreten, so hat der Betreuer die rechtlichen Möglichkeiten auszuschöpfen, um dies wieder rückgängig zu machen. Er hat dann die erbrachte Leistung des Betreuten nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung⁸⁰ herauszuverlangen.

5. Zugang von Willenserklärungen Dritter gegenüber dem Betreuten

Für die Wirksamkeit einer gegenüber dem Betreuten abgegebenen Willenserklärung gilt nach § 1903 I, 2 BGB die Vorschrift des § 131 II BGB entsprechend. Der Einwilligungsvorbehalt schützt den Betreuten daher ebenso vor Willenserklärungen, die ihm gegenüber abgegeben werden. Nach § 131 II i.V.m. I BGB wird eine Willenserklärung erst wirksam, wenn sie dem gesetzlichen Vertreter zugeht. Die Erklärung wird aber bei Zugang bei dem Betreuten wirksam, wenn diese lediglich rechtlich vorteilhaft ist oder der Betreuer seine Einwilligung erteilt hat.⁸¹ Grundsätzlich steht die Genehmigung der Einwilligung in diesem Zusammenhang nicht gleich.⁸² Wird aber gegenüber dem Betreuten ein Vertrag angenommen, so kann der Betreuer neben dem Vertrag auch den Zugang des Vertragsangebotes genehmigen, da sonst die Wirkung des § 108 BGB leer laufen würde.⁸³ Die Entgegennahme von Willenserklärungen wird im Verlauf der Arbeit nicht weiter problematisiert, sondern die durch den Einwilligungsvorbehalt unterbundene Wirksamkeit aktiven Handelns des Betreuers wird in den Mittelpunkt gestellt.

⁸⁰ §§ 812 ff. BGB.

⁸¹ Jürgens-Jürgens, § 1903 Rn. 19.

⁸² Palandt-Ellenberger, § 131 Rn. 3.

⁸³ So für Minderjährige BGHZ 47, S. 352, 358.

6. Praktische Auswirkung des Einwilligungsvorbehalts

Der Einwilligungsvorbehalt bewirkt also das vorherige bzw. nachträgliche Zustimmungserfordernis durch den Betreuer. Ist die Erklärung des Betreuten unwirksam, so erwachsen für den Betreuten daraus keine Rechtspflichten. Ebenso verhält es sich im Hinblick auf Willenserklärungen, die dem Betreuten nicht wirksam zugegangen sind.

In der Praxis hat der Einwilligungsvorbehalt aber noch weitergehende Auswirkungen auf den Betreuten. In der Praxis besteht die Gefahr, dass der Einwilligungsvorbehalt bewirkt, dass der Betreute wie ein Geschäftsunfähiger behandelt wird. Wird bei angeordnetem Einwilligungsvorbehalt nach dem Willen des Betreuten gefragt, so entgegnet in der Praxis Betreuer, aber auch Gerichte, der Betroffene habe doch einen Einwilligungsvorbehalt und könne nicht mehr selbst entscheiden.⁸⁴ Dies wirkt sich folgendermaßen aus:

Der Betreute wird von der Verfügung über sein Vermögen insofern ausgeschlossen, als dass ihm Taschengeld nach Ermessen des Betreuers in bar zugeteilt wird. Für den Betreuer hat dies den Vorteil, dass er dem Betreuten Mittel zur freien Verfügung überlässt und damit bewirkte Rechtsgeschäfte nicht mehr dem Zustimmungserfordernis unterstehen. Es hat aber auch den Nachteil, dass er im Rahmen der Rechnungslegung dem Gericht gegenüber mittels Belegen sämtliche Ausgaben nachweisen muss. Die Ausgaben des Betreuten wird der Betreuer aber regelmäßig nicht belegen können. Ob eine Quittung des Betreuten über den Erhalt von Bargeld aber mit dem Schutzinteresse des Einwilligungsvorbehalts vereinbar ist, könnte zweifelhaft sein. Der Betreuer könnte die Bargeldübergabe an den Betreuten missbrauchen, indem er das Unvermögen des Betreuten ausnutzt und diesem z.B. weniger Geld auszahlt, als der Betreute quittierte.

⁸⁴ Hierbei handelt es sich um eine Vermutung, die aus den Anordnungsvoraussetzungen und der Rechtsfolge des Einwilligungsvorbehalts naheliegend angenommen werden könnte.

Eine weitere wesentliche praktische Folge der Anordnung des Einwilligungsvorbehalts ist es aber, dass zu befürchten ist, dass dem Wunsch des Betreuten weniger Verbindlichkeit beigemessen wird als bei einem Betreuten ohne Einwilligungsvorbehalt. Dies könnte daran liegen, dass davon ausgegangen wird, dass der Betreute durch die Anordnung des Einwilligungsvorbehalts geschäftsunfähig wird. Einwilligungsvorbehalt und Geschäftsunfähigkeit werden damit gleichgesetzt und mit einer Handlungsunfähigkeit verbunden. Das wirkt sich insofern aus, dass der Betreute Beschränkungen unterworfen ist. Dies will der Einwilligungsvorbehalt gerade erreichen, doch ist dabei die Selbstbestimmung des Betreuten und das Erforderlichkeitsprinzip zu achten. Andernfalls wäre der Einwilligungsvorbehalt nicht nur das Überbleibsel der Entmündigung, sondern hätte gerade entmündigende Wirkung. Das Hauptaugenmerk dieser Arbeit liegt in der Herausarbeitung der Bedeutung des Wunschs des Betreuten im Rahmen der Betreuung mit Einwilligungsvorbehalt. Da die Beschreibung der Wirkung des Einwilligungsvorbehalts gezeigt hat, dass der Betreute seine Wünsche nicht mehr eigenständig in eine rechtliche Handlungsform bringen kann, kommt es in besonderem Maß darauf an, dass der Betreuer diesen Wünschen entspricht. Auf der anderen Seite hat es einen Grund, dass der Einwilligungsvorbehalt die Wirkung des Willens für den Rechtsverkehr beschränkt. Insofern ist die Bedeutung der Beschränkung im nächsten Schritt herauszuarbeiten.

II. Funktion des Einwilligungsvorbehalts

Die Wirkung des Einwilligungsvorbehalts lässt die Funktion hinterfragen. Wozu dient die Beschränkung der Handlungsfähigkeit des Betreuten?

Hinter dem Einwilligungsvorbehalt steht der Gedanke, dass Menschen, die sich durch ihr eigenes Handeln selbst schädigen, des Schutzes vor sich selbst bedürfen.⁸⁵ Der Schutzgedanke ergibt sich erkennbar § 1903 I BGB. Danach ordnet

⁸⁵ BT-Drs. 11/4528, S. 61.

das Vormundschaftsgericht einen Einwilligungsvorbehalt an, soweit dieser zur Abwendung einer erheblichen Gefahr für die Person oder das Vermögen des Betreuten erforderlich ist. Der Gesetzgeber des Betreuungsrechts verzichtete darauf, die Betreuerbestellung mit der Einschränkung der rechtlichen Handlungsfähigkeit zu verknüpfen.⁸⁶ Die Anordnung der Betreuung hat damit keine Auswirkung auf die Handlungsfähigkeit des Betroffenen. Durch das Betreuungsrecht soll in die Fähigkeiten des Betroffenen nur eingegriffen werden, soweit dies erforderlich ist.⁸⁷ Der Gesetzgeber ging davon aus, dass weder ein Rechtsinstitut, welches die Teilnahme des Betreuten am Rechtsverkehr generell ausschließt oder einschränkt - wie es nach früherer Entmündigung der Fall war -, noch eines, das keinerlei Einschränkungen ermöglicht, zu angemessenen Lösungen führt.⁸⁸ Was eine angemessene Lösung ist, bleibt dabei offen. Dass der Gesetzgeber mit der Einführung des Betreuungsrechts die Entmündigung abgeschafft hat und den Betroffenen mehr Selbstbestimmung ermöglichen wollte, sollte aber stets bei der Betrachtung betreuungsrechtlicher Vorschriften bedacht werden.⁸⁹ Das Entmündigungs- und das Pflegschaftsrecht wurden wegen ihrer entrechtenden Auswirkungen auf die Betroffenen durch das Rechtsinstitut der Betreuung ersetzt.⁹⁰

1. Ersatz für die Feststellung der Geschäftsunfähigkeit

An die Stelle einer konstitutiven Feststellung der Geschäftsunfähigkeit ist der Einwilligungsvorbehalt getreten.⁹¹ Der Entzug der Geschäftsfähigkeit ist zum Schutz des Betroffenen nicht erforderlich.⁹² Dem Schutz des Betroffenen wird dadurch Rechnung getragen, indem seine Rechtshandlungen von der Zustimmung

⁸⁶ *Jurgeleit*, Rpfleger 1995, S. 282.

⁸⁷ Palandt-*Diederichsen*, § 1903 Rn. 1.

⁸⁸ BT-Drs. 11/4528, S. 63.

⁸⁹ *Schwab*, FamRZ 1992, S. 497, 505.

⁹⁰ BT-Drs. 11/4528, S. 61.

⁹¹ Palandt-*Diederichsen*, § 1903 Rn. 1.

⁹² BT-Drs. 11/4528 S. 61.

mung des Betreuers abhängig gemacht werden und zwar unabhängig von der Frage, ob der Betroffene tatsächlich geschäftsunfähig ist oder nicht. Dies ist aber nur dann eine Verbesserung gegenüber der alten Rechtslage, wenn der Betreuer Wünsche des Betreuten zu beachten hat. Der vollständige Ausschluss eines Betroffenen von der Teilnahmemöglichkeit am Rechtsverkehr führt zu unangemessenen Ergebnissen und ist mit dem Erforderlichkeitsprinzip unvereinbar.⁹³ Der Einwilligungsvorbehalt bewirkt keine Geschäftsunfähigkeit. Genau hierin liegt ein großes Missverständnis des Einwilligungsvorbehalts. Der Einwilligungsvorbehalt bewirkt lediglich eine bereichsspezifische Beschränkung der Fähigkeit, wirksame Willenserklärungen ohne die Einwilligung des Betreuers abzugeben und entgegen zu nehmen. Wird aber die Einwilligung durch den Betreuer erteilt, so wird das Wirksamkeitsdefizit kompensiert. Die Erklärung des Betreuten ist dann wirksam, so als würde der Einwilligungsvorbehalt nicht bestehen.⁹⁴ Der Betreuer stellt dann die rechtliche Handlungsfähigkeit wieder her.

2. Schutz des Betreuten

Der Einwilligungsvorbehalt führt gerade das Einwilligungserfordernis herbei. Die Erklärungen des Betreuten stehen unter dem Vorbehalt der Einwilligung des Betreuers. Dies ermöglicht dem Betreuer die Überprüfung und Kontrolle der Erklärung des Betreuten. Die Zustimmung ist Mittel der Aufsicht des Betreuers über den Betreuten,⁹⁵ denn dadurch erklärt der Betreuer sein Einverständnis zu dem durch den Betreuten vorgenommenen Rechtsgeschäft. Genau darin liegt die wesentliche Funktion des Einwilligungsvorbehalts. Die Willenserklärungen des Betroffenen sind im Gegensatz zu der Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen nicht per se nichtig, sondern sie können wirksam sein, sofern die kontrollierende Einwilligung vorliegt. Zentrale Folge des Einwilligungsvorbehalts ist es,

⁹³ BT-Drs. 11/4528, S. 63.

⁹⁴ Nach der hier in C.I.I.b. vertretenen Auffassung unabhängig von der Geschäftsunfähigkeit des Betreuten.

⁹⁵ Allgemein zum Sinn und Zweck einer Einwilligung: Palandt-*Heinrichs*, § 182 Rn. 5.

dass die Mitwirkung des Betreuers erforderlich wird. Dem Betreuten ist die Alleinentscheidungsbefugnis genommen.

Da die Anordnung der Betreuung keinen Einfluss auf die Geschäftsfähigkeit des Betreuten hat, kann ein Betreuer ohne Einwilligungsvorbehalt im Rechtsverkehr selbstständig handeln. Es besteht sodann die Möglichkeit, dass er sich an seinem Vermögen oder seiner Person schädigt. Die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts schützt den Betreuten nicht nur davor, sich durch eigene Aktivitäten, z.B. den Kauf unnötiger oder überteuerter Gegenstände oder Widerruf von Erklärungen des Betreuers, einen erheblichen Schaden zu zufügen. Sie schützt den Betreuten auch vor rechtsgeschäftlichen Aktivitäten anderer, soweit diese ihm gegenüber vorgenommen werden, z.B. der Kündigung des Mietvertrags der Wohnung des Betreuten. Sinn und Zweck der Betreuung ist es, nicht nur selbstschädigende Handlungen des Betreuten zu verhindern, sondern auch dafür Sorge zu tragen, dass der Betreute, weil unvermögend, sich gegenüber Anbietern und Werbern zur Wehr setzen kann und nicht durch Passivität Schaden erleidet.⁹⁶ Zu denken ist hier etwa an Fälle extrem leichter Beeinflussbarkeit trotz intellektueller Einsichtsfähigkeit, die eine Geschäftsunfähigkeit nach h. M. noch nicht zu begründen vermögen, oder an Fälle der Verschwendungssucht, Trunksucht oder Rauschgiftsucht.⁹⁷ Der Einwilligungsvorbehalt ist daher in erster Linie ein Schutzinstrument.

Die rechtliche Anerkennung der Rechtshandlung des Betreuten wird durch das Einwilligungserfordernis auf den Betreuer verlagert.⁹⁸ Diese Verlagerung auf den Betreuer bedeutet, dass der Erklärung des Betreuten eine rechtliche Bedeutung beigemessen wird. Der Schutzzinhalt des Einwilligungsvorbehalts erstreckt sich daher nicht darauf, den Erklärungen des Betreuten generell die Wirkung zu

⁹⁶ Staudinger-Bienwald, § 1903 Rn. 5.

⁹⁷ Cypionka, NJW 1992, S. 207, 210.

⁹⁸ Lipp, S. 172.

versagen. Der Betroffene soll durch die Mitwirkungshandlung seines Betreuers vor den Folgen seiner Willenserklärung geschützt werden. Der Betreuer erhält die Möglichkeit zu überprüfen, ob die entsprechende Willenserklärung dem Wunsch bzw. dem Wohl des Betreuten entspricht.

Die Kontrolle wirkt sich zum einen als Hilfsmaßnahme aus, zum anderen als Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht, im Hinblick auf letzteres, weil dem Willen des Betreuten die Anerkennung versagt werden kann.

Die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts schränkt die Privatautonomie ein und ebenso das darin verbürgte Selbstbestimmungsrecht.⁹⁹ Auch wenn der Betreuer die Selbstbestimmung wiederherstellen kann, so liegt darin lediglich eine nachträgliche Heilung einer vorausgegangenen Verletzung. Die Zustimmung durch den Betreuer reduziert dadurch die Wirkung des Einwilligungsvorbehalts auf das erforderliche Maß. Unter welchen Voraussetzungen muss der Betreuer aber die Zustimmung erteilen und damit die Selbstbestimmung des Betreuten verwirklichen? Die Antwort kann nur lauten, immer dann, wenn kein Schutzbedarf vorliegt.

III. Die materiellen Voraussetzungen der Einwilligung durch den Betreuer

Im Rahmen des Einwilligungsvorbehalts wird der Betreuer tätig, indem er seine Einwilligung zu einer Willenserklärung des Betreuten erteilt oder versagt. Die Angelegenheitenbesorgung zielt daher unter dem Blickwinkel des Einwilligungsvorbehalts allein auf diese Frage ab und gestaltet sich als ein Handeln oder ein Unterlassen. Der Einwilligungsvorbehalt hat die Wirkung, dass der Betreute nicht mehr selbstständig handeln kann, sondern im Rahmen des Wirkbereichs auf die Zustimmung des Betreuers angewiesen ist. Diese Zustimmung führt zur Wirksamkeit der Willenserklärung. Die Wirksamkeit der Erklärung des Betreu-

⁹⁹ v. Sachsen-Gessaphe , S. 439.

ers unterliegt allerdings auch gegebenenfalls der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht. Die Funktion des Einwilligungsvorbehalts ergibt,¹⁰⁰ dass der Betreute durch die Kontrolle des Betreuers vor sich selbst zu schützen ist. Wie diese Kontrolle rechtmäßig ausgeübt wird, wird im Folgenden erörtert.

Nach § 1901 III, 1 BGB hat der Betreuer den Wünschen des Betreuten zu entsprechen, soweit dies dessen Wohl nicht zuwiderläuft und dem Betreuer zuzumuten ist. Vorrangig hat der Betreuer daher zu prüfen, ob die zustimmungsbedürftige Willenserklärung des Betreuten dem Wunsch des Betreuten entspricht. Das Innenverhältnis zwischen Betreuer und Betreutem wird maßgeblich durch die Vorschrift des § 1901 BGB gestaltet. Da der Betreuer dem Wunsch des Betreuten grundsätzlich zu entsprechen hat, bildet der Wunsch zunächst die Grundlage seiner Überlegungen, ob er eine Zustimmung erteilt oder nicht. Die Pflicht, einem Wunsch zu entsprechen, spielt bei der Verwirklichung der Selbstbestimmung des Betroffenen die zentrale Rolle.

1. Der Einfluss des Wunschs des Betreuten

Fraglich erscheint, ob der Wunsch dem Betreuten einen Anspruch gegenüber dem Betreuer auf Erteilung einer Einwilligung gibt. Die Regelung des § 1903 verweist auf das Minderjährigenrecht. Für einen Minderjährigen ergibt sich gegenüber den Sorgeberechtigten kein Anspruch auf Genehmigung eines Vertrages.¹⁰¹ Im Betreuungsrecht dürfte diese generelle Negierung des Anspruchs auf Zustimmungserteilung wegen der Bindung an die Wünsche unzutreffend sein. Es muss sich vielmehr eine Verpflichtung für den Betreuer auf Erteilen der Einwilligung ergeben.¹⁰² Dagegen könnte eingewendet werden, dass es dem Sinn und Zweck des Einwilligungsvorbehalts widerspricht, wenn der Betreute einen

¹⁰⁰ Vgl. oben § 2 II.

¹⁰¹ MünchKomm-Gitter, § 108 Rn. 9; Palandt-Ellenberger, § 107 Rn. 11.

¹⁰² Jürgens-Jürgens, § 108 Rn. 3.

Anspruch auf Erteilung einer Einwilligung gegenüber dem Betreuer hätte,¹⁰³ weil der Wille des Betreuten gerade zurückgedrängt werden soll. Im Übrigen wird davon ausgegangen, dass § 1901 BGB Handlungsanweisung für den Betreuer begründet und keinen einklagbaren und vollstreckbaren Anspruch des Betreuten beinhaltet.¹⁰⁴ § 1901 BGB regelt allein das Innenverhältnis zwischen Betreuer und Betreuten, ohne dass dieser Regelung Außenwirkung zukommt.¹⁰⁵ Dass § 1901 BGB Pflichten des Betreuers begründet, die wiederum keinen einklagbaren Anspruch des Betreuten zu Folge haben, mag paradox sein. Auf der einen Seite würde eine Rechtspflicht für den Betreuer bestehen den Wunsch zu entsprechen, der Betreute hätte aber keinen Anspruch darauf, dass diese Rechtspflicht auf eingehalten wird. Der Betreute könnte auf indirektem Weg aber Hilfe erhalten. Es ist dann letztlich Aufgabe des Vormundschaftsgerichts als Aufsichtsorgan, den Betreuer zur Erfüllung seiner Pflichten gegenüber dem Betreuten anzuhalten, indem es Weisungen erteilt, die wiederum zwangsweise durchgesetzt werden können.¹⁰⁶ Auch wenn der Betreute daher keinen direkten Anspruch gegen den Betreuer hat, dann ist die Frage, wann eine Verpflichtung des Betreuers zur Erteilung einer Zustimmung besteht, doch von rechtlicher Relevanz, denn eine Verletzung der Pflichten gegenüber dem Betreuten kann neben den Mitteln der Aufsicht auch eine persönliche Haftung des Betreuers nach sich ziehen.¹⁰⁷

Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Betreuer die Pflicht hat, die Einwilligung zu seiner Willenserklärung des Betreuten zu erteilen, ist daher erörterungswürdig. Basiert die zustimmungsbedürftige Willenserklärung des

¹⁰³ Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann-*Bienwald*, § 1903 Rn. 73.

¹⁰⁴ Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann-*Bienwald*, § 1901 Rn. 43.

¹⁰⁵ HK-BUR-*Bauer*, § 1901 Rn. 10.

¹⁰⁶ §§ 1908 i, 1837 BGB.

¹⁰⁷ §§ 1908i, 1833 BGB.

Betreuten auf einem Wunsch, so ergibt sich aus § 1901 III, 1 BGB, dass der Betreuer einem Wunsch grundsätzlich zu entsprechen hat.

a. Die Bedeutung des Wunschs

Der Rechtsbegriff des Wunsches ist ein Novum des Betreuungsrechts. Neben der Willenserklärung, der geschäftsähnlichen Handlung, der Einwilligung in eine tatsächliche Handlung und den so genannten Realakten, hat der Gesetzgeber durch den Wunsch eine neue, rechtlich bedeutsame Begrifflichkeit eingeführt.¹⁰⁸

Im Unterschied zu Willenserklärungen sind Wünsche nicht auf eine Rechtsfolge gerichtet, sondern verfolgen ein Ziel.¹⁰⁹ Dieses Ziel gibt aber einen Rahmen vor, der für die Umsetzung des Wunsches von Bedeutung ist. Es reicht aus, dass dem Betreuer bestimmte Neigungen des Betreuten durch dessen Äußerung erkennbar werden.¹¹⁰ Die rechtliche Verbindlichkeit des Wunschs ergibt sich für den Betreuer aus der Formulierung „hat ... zu entsprechen“. Die Verbindung von Wunsch und Entsprechungspflicht verleiht der Norm des § 1901 III, 1 BGB letztlich unzweifelhaft einen eigenständigen Forderungscharakter für die betreute Person, die sich als objektive Pflicht für den Betreuer darstellt.¹¹¹ Die Begründung zum Regierungsentwurf spricht von einem grundsätzlichen Vorrang des natürlichen Willens des Betreuten.¹¹² Wunsch und natürlicher Wille werden damit gleichgesetzt.

Der Wunsch setzt voraus, dass der Betroffene ein Ziel verfolgt, er also eine bestimmte Handlung vornehmen oder unterlassen möchte. Damit muss der Betroffene zur Willensbildung fähig sein. Der Wunsch ist ein Ausdruck individueller Bedürfnisse des Betroffenen ist.¹¹³

¹⁰⁸ Kollmer, S. 129.

¹⁰⁹ Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann-Bienwald, § 1901 Rn. 31.

¹¹⁰ MünchKomm-Schwab, § 1901 Rn 11.

¹¹¹ Kollmer, S. 129; MünchKomm-Schwab, § 1901 Rn. 11.

¹¹² BT-Drs. 11/4528 S. 67, 142.

¹¹³ HK-BUR-Bauer, § 1901 Rn. 31.

Der Wunsch kann auch Ausdruck von einer gewissen Selbststeuerung sein, so dass ein Bewusstsein einer Äußerung bei dem Betreuten vorliegen muss.¹¹⁴ Auf eine freie Willensbildungsfähigkeit kommt es nicht an, so dass auch der auf eine Erkrankung zurückzuführende Wille ein natürlicher in diesem Sinne ist und damit als beachtlicher Wunsch eingeordnet werden kann. Erklärt z.B. ein Betreuer, dass er seinen Mietvertrag kündigen möchte, weil er glaubt, der Vermieter sei vom Teufel besessen, so liegt darin ein Wunsch. Dieser Wunsch beruht zwar auf einer krankheitsbedingten Wahnvorstellung, ist aber als Wunsch zunächst rechtlich beachtlich.

Ein Wunsch muss folglich auf einer Willensäußerung beruhen. Führt eine Erkrankung oder Behinderung dazu, dass der Betreute nur noch reflexartige Handlungen ausführt, die nicht aus einem eigenen geistigen Entschluss herrühren, so liegt kein Wunsch vor. Dabei kommt es nicht darauf an, ob dieser Willensentschluss das Ergebnis eines Abwägungsvorgangs ist. Denn Wünsche stellen eben gerade keine Willenserklärungen im Sinne der §§ 116 ff. BGB dar,¹¹⁵ so dass ein Geschäftsunfähiger Wünsche äußern kann, die beachtlich sind.¹¹⁶

Kann aber ein Geschäftsunfähiger Wünsche äußern, die für den Betreuer beachtlich sind, so sind auch im Rahmen des Einwilligungsvorbehalts die Wünsche des Betreuten nach Maßgabe des § 1901 III, 1 BGB verbindlich.

b. Wunschentsprechung im Rahmen des Einwilligungsvorbehalts

Der Einwilligungsvorbehalt bewirkt zum Schutz des Betroffenen lediglich die Einschränkung der Relevanz des Willens des Betreuten im Rechtsverkehr und nicht im Innenverhältnis zwischen Betreuer und Betreutem. Da selbst ein Geschäftsunfähiger beachtliche Wünsche äußern kann,¹¹⁷ muss auch ein dem Ein-

¹¹⁴ v. Looz, *Betrifft: Betreuung extra*, S. 27.

¹¹⁵ *Knittel*, § 1901 Rn. 7.

¹¹⁶ BT-Drs. 11/4528 S. S. 53, 133.

¹¹⁷ BT-Drs. 11/4528 S. 133.

willigungsvorbehalt unterstehender Betroffener beachtliche Wünsche äußern können. Im Gegensatz zum heutigen Betreuungsrecht spielte die Frage der Geschäftsfähigkeit im früheren Entmündigungs- und Pflegschaftsrecht eine bedeutende Rolle. Nach dem alten Recht waren Wünsche und Anträge des Geschäftsunfähigen nicht beachtlich.¹¹⁸ Dies wurde in der amtlichen Begründung des Betreuungsgesetzes kritisiert:

*„Auch ein Geschäftsunfähiger kann im Einzelfall durchaus vernünftige Wünsche äußern, die Berücksichtigung solcher Wünsche ist rehabilitationsfördernd. Dennoch hat der Wille des Vormunds den Vorrang vor dem Willen des Mündels; entsprechendes gilt für die Pflegschaft über einen geschäftsunfähigen Pflege-
ling.“*¹¹⁹

Jeder Wunsch, sei es, er wurde von einem Geschäftsunfähigen getroffen oder er basiert nicht auf einer rationalen Grundlage, ist von § 1901 III, 1 BGB umfasst.¹²⁰ Die durch den Einwilligungsvorbehalt beschränkte Handlungsfähigkeit spielt für die Beachtlichkeit eines geäußerten Wunsches daher keine Rolle, so dass der Betreuer grundsätzlich dem Wunsch des Betreuten zu entsprechen hat. Eine Versagung des Wunsches kann nicht darauf zurückgeführt werden, dass es sich um einen Wunsch handelt, der sich auf den Bereich des Einwilligungsvorbehalts bezieht. Der Betreuer hat sich vielmehr an der für das Innenverhältnis geltenden Vorschrift des § 1901 III, 1 BGB zu achten. Danach ist aber die Beachtung des Wunsches die Regel. Maßgeblich für die Übergehung des Wunsches ist daher allein, dass der Wunsch dem Wohl des Betreuten zuwiderläuft. Das muss aber das Ergebnis einer eigenständigen Prüfung sein.

¹¹⁸ BGH, NJW 1967, S. 2404, 2406; BGHZ 46, S. 147, 159 f.; 70, S. 252, 258 ff.; ausführlich *Kollmer*, S. 108 ff.

¹¹⁹ BT-Drs. 11/4528, S. 50.

¹²⁰ OLG Schleswig, BtPrax 2001, S. 210, 212.

2. Liegt eine „gewünschte“ Willenserklärung des Betreuten vor?

Die Willenserklärung des Betreuten muss zunächst dem Wunsch des Betreuten entsprechen. Handelt es sich um eine einseitige Willenserklärung, die der Betreute abgeben will, so ist die Einwilligung des Betreuers vorab zu erteilen.¹²¹

Wünscht sich der Betreute z.B., aus seiner Wohnung auszuziehen und das Mietverhältnis zu kündigen, so ist sein Wunsch darauf gerichtet, das Mietverhältnis zu beenden. In die Kündigung muss als einseitige Willenserklärung vorab eingewilligt werden, sowohl durch den Betreuer als auch durch das Vormundschaftsgericht,¹²² da die Genehmigung für die Erklärung des Betreuers erforderlich ist. Der Betreuer kann daher vorab überprüfen, ob der Wunsch des Betreuten und die beabsichtigte Willenserklärung deckungsgleich sind. Ist dies der Fall, hat er dem Wunsch des Betreuten grundsätzlich zu entsprechen und muss die Zustimmung erteilen und gegebenenfalls die erforderliche gerichtliche Genehmigung einholen.

Darüber hinaus kann ein schwebend unwirksamer Vertrag nachträglich durch den Betreuer genehmigt werden.¹²³ Der Betreuer hat dann die Möglichkeit zu überprüfen, ob die Willenserklärung tatsächlich noch dem aktuellen Wunsch des Betreuten entspricht. Wünscht sich der Betreute weiterhin das Festhalten an diesem Vertrag, so ist grundsätzlich die Genehmigung durch den Betreuer zu erteilen.

Möglicherweise hat der Betreute eine Willenserklärung abgegeben, an der er in der Folgezeit nicht mehr festhalten will. Der Wunsch des Betreuten wäre in diesem Fall darauf gerichtet, die Wirksamkeit des Vertrages nicht herzustellen. Eine Genehmigung des Vertrages durch den Betreuer scheidet in diesem Fall aus, es sei denn, dieser Wunsch läuft dem Wohl zuwider. Der Betreute darf grundsätz-

¹²¹ §§ 1903 I, 111 BGB.

¹²² §§ 1907 I; 1908 i, 1831 BGB.

¹²³ §§ 1903 I, 108 I BGB.

lich nicht entgegen seinem späteren Wunsch an der zeitlich vorher abgegebenen Willenerklärung festgehalten werden. Der Betreuer darf dem Betreuten nicht aus erzieherischen Gründen den Vertragschluss aufdrängen.

Beispiel:

Der Betreute hat die Annahme zu einem Handyvertrag erklärt. Dies ist der vierte Handyvertrag innerhalb eines Monats. Der Betreute hat, nachdem er ein kostenloses Handy des Vertragspartners bekommen hat, kein Interesse mehr an dem Vertrag, insbesondere der Zahlung der monatlichen Grundgebühr. Der Betreuer ist aber der Auffassung, der Betreute müsse finanziell spüren, dass so etwas nicht geht. Er will den Vertrag genehmigen und die Grundgebühr monatlich vom Taschengeld des Betreuten abziehen und an den Vertragspartner überweisen. Der Betreute lehnt dies ab.

Will der Betreute hingegen an einem schwebend unwirksamen Vertrag weiterhin festhalten, so liegt ein Wunsch vor, dem der Betreuer zunächst grundsätzlich zu entsprechen hat, es sei denn dieser Wunsch läuft dem Wohl des Betreuten zuwider.

3. Wunsch und Wohl des Betreuten

Ist dem Betreuer ein Wunsch des Betreuten bekannt, so hat er diesem zu entsprechen. Hat er Zweifel daran, ob der Betreute an diesem Wunsch festhalten will, so hat er dies mit dem Betreuten zu erörtern. Will er einen Wunsch versagen, so ist positiv festzustellen, dass der Wunsch dem Wohl des Betreuten zuwiderläuft. Die Wünsche des Betreuten sind daher die erste Richtschnur für das Betreuerhandeln. Das ergibt sich stets aus § 1901 III, 1 BGB. Der Wille des Betreuten soll nur mit Wirkung für den Rechtsverkehr eingeschränkt sein, aber

nicht gegenüber dem Betreuer, denn dieser übt ja die Kontrolle aus und kann feststellen, ob der Betreute des Schutzes des Einwilligungsvorbehalts tatsächlich bedarf.

a. Das Wohl des Betreuten

Wenn der Wunsch des Betreuten dessen Wohl zuwiderläuft, ist der Betreuer nicht verpflichtet, dem Wunsch zu folgen. Er ist vielmehr verpflichtet, diesem Wunsch nicht zu folgen.¹²⁴ Was unter dem Vorrang des Wohls zu verstehen sei, wisse, stellt Pardey zutreffend fest,¹²⁵ eigentlich niemand. Als unbestimmter Rechtsbegriff ausgestaltet ist er sehr allgemein und kaum in fassbare Kriterien zu bringen.¹²⁶ Bei einer solchen Ausgangslage wird die Bestimmung des Wohls und damit die Versagung oder Befolgung der Wünsche in das Belieben des Betreuers gestellt.¹²⁷

Im Hinblick auf die Folge des Einwilligungsvorbehalts für den Betreuten ist eine solche Unbestimmtheit rechtlich nicht tragbar und kann zu unverhältnismäßigen Ergebnissen führen. Diese Unbestimmtheit führt gerade nicht zu einer Verbesserung zur früheren Rechtslage für die Selbstbestimmung des Betroffenen. Der Betreute selbst kann keine rechtlich wirksame Handlung erreichen. Seine rechtliche Selbstbestimmung wird in das Belieben des Betreuers gestellt, wenn das betreuungsrechtliche Wohl rechtlich nicht näher bestimmt wird. § 1901 III, 1 BGB lässt es auf den ersten Blick zu, dass der Wunsch des Betreuten nur eingeschränkt Beachtung findet. Das Wohl, welches dem Wunsch zuwiderläuft, ist daher näher zu definieren. Ohne eine Definition bzw. bestimmte Kriterien wird nicht hinreichend sichergestellt, dass die eigenen Interessen des Betreuten wirk-

¹²⁴ Zur Erinnerung: genau hier liegt für den Betreuer das Haftungsproblem, entweder der Betreuer handelt pflichtgemäß oder pflichtwidrig, nur eine Entscheidung entspricht der betreuungsrechtlichen Pflicht einem Wunsch zu entsprechen oder nicht.

¹²⁵ Pardey, *Betreuungs- und Unterbringungsrecht in der Praxis*, Rn. 141.

¹²⁶ Kollmer, S. 125.

¹²⁷ Lipp, S. 156.

lich gewahrt werden, insbesondere, dass sein Selbstbestimmungsrecht im gebotenen Maß berücksichtigt wird. Die frühere Entmündigung würde so weiter fortgesetzt.

In Rechtsprechung und Literatur sind Versuche unternommen worden, das Wohl des Betreuten zu konkretisieren.

Grundsätzlich besteht im Schrifttum Einigkeit darüber, dass das Wohl nicht allein nach objektiven Kriterien bestimmt werden darf.¹²⁸ Durch die Regelung des § 1901 II, 2 BGB ist eine andere Sichtweise nicht begründbar.¹²⁹ Danach gehört zum Wohl des Betreuten auch die Möglichkeit, im Rahmen seiner Fähigkeiten sein Leben nach eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten. Das Wohl ist nicht objektiv an der sogenannten Normalität oder dem objektiv Vernünftigen zu messen.¹³⁰ Die Formulierung des § 1901 II und III BGB führt dazu, dass die Wünsche des Betreuten regelmäßig mit seinem Wohl übereinstimmen.¹³¹ Gleichzeitig stellt das Wohl des Betreuten auch die Grenze für die Berücksichtigung seiner Wünsche dar.¹³²

Neben dem Interesse an der Bewahrung von Leben, Gesundheit und Vermögen des Betreuten, auch als Bewahrungs- und Integritätsinteresse beschrieben,¹³³ umfasst das Wohl als Rechtsbegriff gleichzeitig auch die Entfaltungsinteressen der Person, also die Entfaltung der Persönlichkeit.¹³⁴ Das Wohl des Betreuten ist daher aus der Sicht des Betroffenen zu bestimmen.

Jeder Mensch bestimmt zunächst selbst, was das eigene Wohl ausmacht, andernfalls würde die verfassungsrechtlich gewährleistete Selbstbestimmung missach-

¹²⁸ MünchKomm-Schwab, § 1901 Rn. 9; Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann-Bienwald § 1901 Rn. 25 ff., HK-BUR-Bauer, § 1901 Rn. 10; Palandt-Diederichsen, § 1901 Rn. 3.

¹²⁹ BT-Drs. 11/4528, S. 67, 133.

¹³⁰ HK-BUR-Bauer, § 1901 Rn. 30.

¹³¹ HK-BUR-Bauer, § 1901 Rn. 31; MünchKomm-Schwab, § 1901 Rn. 5.

¹³² Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann-Bienwald, § 1901 Rn. 18.

¹³³ MünchKomm-Schwab, § 1901 Rn. 4.

¹³⁴ Erman-Holzhauser (11. Auflage), § 1901 Rn. 3 ff; HK-BUR-Bauer, § 1901 Rn. 23.

tet. Die Wünsche und Vorstellungen des Betreuers spielen hingegen keine Rolle.¹³⁵ Der persönliche Lebensentwurf des zu Betreuenden ist der feste Bestandteil seines Wohls.¹³⁶ Seine Vorstellung und seine Lebensweise sind zu respektieren und es ist dem Betreuten zu ermöglichen, diese weiter zu führen. Die eigenen Wünsche des Betreuten sind bestehende Elemente seines Wohls. Wünsche und Wohl des Betreuten stehen daher grundsätzlich im Einklang, weil diese die eigenen Lebensvorstellungen wiedergeben.

In § 1901 III, 1 BGB stellt das Wohl aber die Begrenzung für die Beachtlichkeit der Wünsche dar. Wohl und Wünsche können daher offenbar Gegensätze bilden. Wann ist dies aber der Fall ist, ist fraglich. Nur diese Ausnahmesituation lässt es zu, dass der Betreuer Wünschen des Betreuten nicht entspricht.

¹³⁵ Seitz, BtPrax 2005, S. 170.

¹³⁶ HK-BUR-Bauer, § 1901 Rn. 25, Diercks, S. 62 f.

b. Wünsche, die dem Wohl zuwiderlaufen

Verschiedene Lösungsansätze wurden zu der prinzipiellen Frage entwickelt, wann der Wunsch dem Wohl des Betreuten zuwiderläuft und damit für den Betreuer nicht beachtlich ist, ohne allerdings die Besonderheiten des Einwilligungsvorbehalts mit einzubeziehen. Den Lösungsvorschlägen ist der Gedanke gemein, dass der Betreute zu schützen ist, und zwar vor unvernünftigen oder schädigenden Wünschen bzw. solchen, die ein wichtiges Rechtsgut des Betreuten betreffen. Die darzustellenden Lösungsansätze beschäftigen sich aber mit der grundlegenden Problematik von Wunsch und Wohl und lassen die bestehenden Besonderheiten des Einwilligungsvorbehalts außer Betracht. Die Lösungsansätze werden betreuungsrechtlich und verfassungsrechtlich überprüft, insbesondere im Hinblick darauf, ob das Selbstbestimmungsrecht des Betreuten hinreichend beachtet wird.

aa. Keine Hilfe zur Selbstschädigung

Die Zielsetzung des Betreuungsgesetzes war mit der Stärkung des Selbstbestimmungsrechts der Betroffenen verbunden.¹³⁷ Allerdings sollen bereits nach dem Regierungsentwurf nur Wünsche beachtlich sein soweit dies verantwortet werden könne.¹³⁸ Dem Betreuten soll kein Schaden entstehen und dem Betreuer nicht Unzumutbares abverlangt werden.¹³⁹ Das Betreuungsgesetz hat, nach eigenem Verständnis, einen *Mittelweg* vorgenommen. Einer engeren Lösung nach sollten die Wünsche des Betreuten nur bei wichtigen Angelegenheiten berücksichtigt werden, und nach der weitergehenden Lösung sollten Wünsche des Betreuten lediglich bei der Gefahr einer schweren Selbstschädigung unbeachtlich sein. Zu der letztgenannten führen Diskussionsentwurf und Regierungsentwurf Folgendes an:

¹³⁷ BT-Drs., 11/4528 S. 133 ff.

¹³⁸ BT-Drs., 11/4528 S. 52.

¹³⁹ BT-Drs., 11/4528 S. 53.

„Allerdings erscheint es auch nicht angezeigt, Wünsche des Betroffenen nur dann außer Acht zu lassen, wenn die Gefahr einer schweren Selbstbeschädigung besteht. Der Betreuer wäre dann nämlich nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, dem Betreuten zu einer Selbstschädigung die Hand zu reichen, wenn sich der zu erwartende Schaden in Grenzen hält. Dies kann nicht Sinn der mit der Betreuerbestellung verbundenen staatlichen Hilfe sein.“¹⁴⁰

Der Grund für die weitgehende Zurückdrängung des Willensvorrangs liege auch darin, dass der Betreute keinen Anspruch darauf haben soll, dass ihm der (ggf. aus öffentlichen Mitteln finanzierte) Betreuer bei einer klaren Selbstschädigung hilft.¹⁴¹ Eine Erläuterung des Kriteriums der Selbstschädigung blieb aber aus. Es wurde lediglich darauf verwiesen, dass der Betreuer unter Hinweis auf einen Wunsch die Haftung leicht unterlaufen könne.¹⁴² Der Betreuer, der dem Wohl des Betreuten nachweisbar – möglicherweise sogar vorsätzlich – zuwider handelt, könne einem Schadensersatzanspruch des Betreuten (meist widerlegbar) entgegenhalten, er habe lediglich den Wünschen des Betreuten entsprochen und der eingetretene Schaden sei nicht schwer.¹⁴³

Ein Teil der Literatur stützt sich auf die Formulierungen des Regierungsentwurfs.¹⁴⁴

Der Wunsch läuft nach Diederichsen¹⁴⁵ dem Wohl nicht nur dann entgegen, wenn eine Gefahr einer schweren Selbstschädigung droht, sondern auch, wenn sich der Schaden durch die Berücksichtigung der Wünsche in Grenzen hält. Auch hier erfolgt wiederum der Hinweis darauf, dass der Betreuer die Haftung

¹⁴⁰ BT-Drs., 11/4528 S. 133 f.

¹⁴¹ BT-Drs., 11/4528 S. 137.

¹⁴² BT-Drs., 11/4528 S. 134.

¹⁴³ BT-Drs., 11/4528 S. 134.

¹⁴⁴ Palandt-*Diederichsen*, § 1901 Rn. 6; *Jürgens* in *Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein*, Rn. 161.

¹⁴⁵ Palandt-*Diederichsen*, § 1901 Rn. 6.

nicht unterlaufen soll, indem er sich darauf beruft, der Betreute habe die schädigende Maßnahme gewünscht.¹⁴⁶

Andere verweisen darauf, dass der Betreuer nur solche Wünsche nicht befolgen muss, die eine Selbstschädigung zur Folge haben, der Betreuer sei also nicht verpflichtet, sich an einer Selbstschädigung des Betreuten zu beteiligen.¹⁴⁷ Den Betreuer soll keine Pflicht treffen, ein Verhalten des Betreuten zu unterstützen und zu fördern, mit dem sich dieser selbst gefährdet oder schädigt.¹⁴⁸ Holzhauser geht zwar davon aus, dass das Wohl grundsätzlich der Entfaltung der Persönlichkeit diene und Wünsche daher Berücksichtigung erfahren müssten.¹⁴⁹ Allerdings soll das objektive Wohl die Grenze für die Beachtlichkeit von Wünschen bilden.¹⁵⁰

(1) Folge für die Entscheidung des Betreuers

Zunächst ist die Frage aufzuwerfen, ob die Zustimmung des Betreuers, die die Wirksamkeit der Willenserklärung des Betreuten herbeiführt, eine Hilfe zur Selbstschädigung darstellt. Als Hilfe zur Selbstschädigung kann nur jeder Beitrag des Betreuers zu verstehen sein, der kausal zu der Schädigung führt. Ohne die Zustimmung entfaltet die Willenserklärung des Betreuten keine Rechtswirkung, so dass der Betreuer den ursächlichen Beitrag zu der Schädigung leistet und die Zustimmung im Rahmen des Einwilligungsvorbehalts eine Hilfe zur Selbstschädigung ist.

Für die Entscheidung des Betreuers würde die Anwendung der dargelegten Grundsätze bedeuten, dass der Betreuer einer solchen Willenserklärung des Betreuten immer die Zustimmung versagen müsste, die eine Schädigung des Be-

¹⁴⁶ LG Berlin, NJW FER 2001, 210 = BtPrax 2001, S. 83; KG, ZMR 2002, S. 265, 268.

¹⁴⁷ *Jürgens* in *Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein*, Rn. 167; *Jurgeleit-Deusing*, § 1901 Rn. 49.

¹⁴⁸ *Jurgeleit-Deusing*, § 1901 Rn. 49.

¹⁴⁹ *Erman-Holzhauser* (11. Auflage), § 1901 Rn. 7.

¹⁵⁰ *Erman-Holzhauser* (11. Auflage), § 1901 Rn. 10, ebenso *Erman-Roth* § 1901 Rn. 12.

treuten zur Folge hätte, weil in diesem Fall der Wunsch dem Wohl des Betreuten dann zuwiderläuft. Dabei ist aber unbestimmt, was eine Selbstschädigung überhaupt ist. Es würden auch solche Wünsche außer Acht bleiben, bei denen sich der Schaden in Grenzen hält,¹⁵¹ weil auch solche Wünsche dem Wohl zuwiderlaufen sollen. Eine solche Interpretation des zuwiderlaufenden Wohls führt dazu, dass jedes objektiv nachteilige Geschäft des Betreuten als Schädigung angesehen wird.

Eine Ausnahme wird nur dort erlaubt, wo es sich um vertretbaren Luxus handelt. Der Wunsch nach vertretbarem Luxus wird einem Betreuten zugebilligt.¹⁵² Jede eingegangene Verpflichtung, die nicht für die Versorgung notwendig ist, könnte eine Selbstschädigung begründen, es sei denn, sie würde unter den Begriff des vertretbaren Luxus fallen. Die Vertretbarkeit ist aber ein objektives Kriterium, was die Selbstbestimmung und Individualität des Betreuten nicht hinreichend berücksichtigt, sondern ausschließlich auf die wirtschaftlichen Verhältnisse abstellt. Es besteht die Gefahr, dass ein Betreuer allein aus Angst vor einer möglichen Haftung die Zustimmung verweigern wird, denn die Erteilung der Zustimmung wird immer zu einem Haftungsrisiko, wenn die Willenserklärung des Betreuten objektiv unvernünftig erscheint. In diesem Fall kann der Betreuer sich nicht darauf berufen, er hätte pflichtgemäß einem Wunsch des Betreuten entsprochen, denn nach der dargestellten Auffassung liefe der Wunsch dem Wohl zuwider.

Beispiel:

Ein 80-jähriger, demenzerkrankter Betreuer bestellt aus einem Katalog eine Münzsammlung zu einem Preis von 200,00 €. Diesen Betrag weist

¹⁵¹ BT-Drs. 11/4528 S. 133.

¹⁵² BT-Drs. 11/4528 S. 67.

sein Konto gerade noch auf, für die sonstige Lebenssituation ist gesorgt. Der Wert der Münzsammlung liegt aber deutlich unter dem Kaufpreis. Dennoch will der Betreute diese Münzsammlung unbedingt haben. Letztlich stellt der Kaufvertrag eine Selbstschädigung dar, weil der Betreute keine adäquate Gegenleistung erhält, insofern könnte es als fraglich erachtet werden, ob dies im Rahmen der Möglichkeiten des Betreuten als vertretbarer Luxus anzusehen ist. Da der Betrag aber sein gesamtes Vermögen ausmacht, wird das Vermögen in seiner Substanz vermindert. Dies wäre nicht als vertretbarer Luxus anzusehen. Der Betreuer müsste nach dieser Auffassung die Genehmigung zum Vertragsabschluss versagen.

(2) Kritische Würdigung

Wird der Wunsch versagt, weil er nach der Einschätzung des Betreuers eine Schädigung zur Folge hat, führt dies dazu, dass sich das Wohl des Betreuten an einem objektiven Maßstab orientiert. Das Vorliegen einer Schädigung würde dem zuwiderlaufenden Wohl des Betreuten gleichgesetzt werden und ist in das Belieben des Betreuers gestellt. Die Fähigkeiten des Betroffenen werden bei dieser Sichtweise entgegen der Vorschrift des § 1901 II, 2 BGB nicht berücksichtigt. Nach § 1901 II, 2 BGB gehört zum Wohl des Betreuten auch die Möglichkeit, im Rahmen seiner Fähigkeiten sein Leben nach seinen eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten. Würde aber einem Wunsch allein aufgrund einer befürchteten Schädigung nicht entsprochen werden, so bliebe kein Raum für die Fähigkeiten des Betreuten, sein Leben selbst zu gestalten. Problematisch ist, dass die Selbstschädigung nicht näher definiert wird. Der unbestimmte Rechtsbegriff wohl wird durch einen weiteren unbestimmten Begriff der Selbstschädigung erläutert. Werden aber schon geringe Schädigungen bzw. die Gefahr einer Schädigung zum Anlass genommen, einem Wunsch nicht zu entsprechen, so ist dies eine nicht erforderliche Beschneidung der Handlungs-

möglichkeit des Betreuten, weil er sich selbst nicht schädigen kann. Der Einwilligungsvorbehalt wurde zwar angeordnet, um Gefahren für die Person oder das Vermögen des Betreuten zu verhindern, er kann aber nicht dazu führen, dass jede Gefahr auch dem subjektiven Wohl zuwiderläuft. Positive Auswirkungen auf das seelische Wohlbefinden des Betreuten durch die Verwirklichung seines Wunschs werden ebenso wenig berücksichtigt wie die konkrete Motivation des Betreuten, die seinem Wunsch zugrunde liegt. Die vorhandenen Fähigkeiten des Betreuten müssten in die Entscheidungsfindung des Betreuers nicht miteinbezogen werden. Bei der Feststellung einer Selbstschädigung ist es zwar denkbar, dass die finanziellen Fähigkeiten des Betreuten in den Entscheidungsprozess mit einfließen, wenn vertretbarer Luxus akzeptabel ist und nicht unter eine Selbstschädigung fallen würde. Die Fähigkeit zu einer selbstbestimmten Entscheidung des Betroffenen würde aber von vornherein nicht hinterfragt und spielt offenbar keine Rolle. Wird aber die Fähigkeit des Betreuten, eigenverantwortliche Entscheidungen zu treffen, vollkommen außer Betracht gelassen, so wird dies dem Selbstbestimmungsrecht des Betreuten nicht gerecht. Zudem kann ein Wunsch des Betreuten nachteilhaft und damit schädlich sein, aber trotzdem Ausdruck von dessen Lebensentwurf oder Persönlichkeit.

Eine Bestimmung des dem Wunsch entgegenstehenden Wohls allein mit Hilfe des Merkmals Selbstschädigung, würde, wie auch Bienwald¹⁵³ anmerkt, das gesetzgeberische Anliegen eines Willensvorranges ins Leere laufen lassen.¹⁵⁴

Die Begründung dieser Auffassung, der Betreuer dürfe keine Hilfe zur Selbstschädigung leisten, geht offenbar auf die Annahme zurück, dass im Zweifel die Bewahrungsinteressen über den Entfaltungsinteressen des Betroffenen stehen. Es handelt sich hierbei um ein Vereinfachungskriterium, welches zulasten des Selbstbestimmungsrechts des Betreuten geht, dieses sogar außer Betracht lässt.

¹⁵³ Bienwald, FamRZ 1992, S. 1125, 1128; Staudinger-Bienwald, § 1901 Rn. 25 ff.

¹⁵⁴ Das erkennt auch Soergel-Zimmermann, § 1901 Rn. 10 ohne daraus Konsequenzen zu ziehen.

Die Entfaltungsinteressen stehen aber im Hinblick auf das verfassungsrechtlich geschützte Selbstbestimmungsrecht mit den Bewahrungsinteressen auf einer Ebene. Eine vorweggenommene Höherstellung der Bewahrungsinteressen würde aber die Selbstbestimmungsfähigkeit des Betreuten vollkommen außer Acht lassen.

Dies könnte ebenso einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 I GG sowie das Diskriminierungsverbot aus Art. 3 III GG zur Folge haben. Jeder hat das Recht, sich selbst zu gefährden.¹⁵⁵ Ein Verbot des Betreuers, Hilfe zur Selbstschädigung zu leisten, würde dieses Recht des Betreuten unterlaufen. Im Rahmen des Einwilligungsvorbehalts ist der Betreute auf die Hilfe des Betreuers angewiesen. Ohne die Zustimmung des Betreuers zur Willenserklärung entfaltet diese keine Wirksamkeit. Das Merkmal der Selbstschädigung allein führt zu einer Ungleichbehandlung, denn der Betreute mit Einwilligungsvorbehalt hat aus Rechtsgründen, die auf der Anordnung des Einwilligungsvorbehalts beruhen, keine Möglichkeit sich selbst zu gefährden. Die Selbstschädigung als alleiniges Merkmal stellt keinen hinreichenden sachlichen Grund für diese Ungleichbehandlung dar.

Ein weiteres Argument für die Zurückdrängung des Wunschs, das sich aus dem Regierungsentwurf ergibt, nämlich der Betreute habe keinen Anspruch darauf, dass ihm ein (ggf. aus öffentlichen Mitteln finanzierter) Betreuer bei klarer Selbstschädigung helfe,¹⁵⁶ überzeugt nicht. Gerade bei einem Einwilligungsvorbehalt ist es zwingend, dass der Betreuer durch aktives Handeln - die Zustimmung zu der Willenserklärung des Betreuten - den Wunsch des Betreuten umsetzt. Anders kommt dem Willen des Betreuten im Rechtsverkehr keine Wirkung zu. Würde dem Betreuer ein wunschgemäßes Handeln in allen Fällen der

¹⁵⁵ BVerfGE 90, S. 145, 170; 59, S. 175, 278 f.; 58, S. 20, 189, 219; Jarass/Pieroth-Jarass, Art. 2, Rn. 27.

¹⁵⁶ BT-Drs., 11/4528 S. 137.

Gefahr einer Schädigung des Betreuten versagt, so käme dem Wunsch des Betreuten maximal die Bedeutung eines Abwehrrechts gegen eine Betreuerentscheidung zu. Der Einwilligungsvorbehalt nimmt dem Betreuten aber gerade die Möglichkeit einer Selbstschädigung. Liegen die Voraussetzungen nicht vor, die die Verhinderung einer Selbstschädigung legitimieren, führt eine Beschränkung der Wunschbefolgungspflicht zu einem unverhältnismäßigem Eingriff in die Selbstbestimmung des Betreuten. Der Betreuer hilft dem Betroffenen zwar objektiv bei einer Selbstschädigung, er stellt aber gleichzeitig die Selbstbestimmung des Betroffenen her. Dies erscheint für einen ggf. aus öffentlichen Mitteln bezahlten Betreuer nicht illegitim zu sein.

Führt eine einfache Selbstschädigung dazu, dass der Betreuer dem Wunsch des Betreuten nicht entspricht, so würde zudem der sich aus dem Wortlaut des § 1903 I BGB ergebende Schutzzweck außer Acht gelassen, der eine erhebliche Gefahr für die Person oder das Vermögen voraussetzt.

bb. Wünsche, die erhebliche Schädigungen herbeiführen

Die Gleichsetzung von Gefahr einer Selbstschädigung und dem zuwiderlaufenden Wohl des Betreuten überzeugt nicht und könnte dem Erforderlichkeitsprinzip widersprechen. So wird vertreten, dass im Bereich der Vermögenssorge es nicht ausreicht, dass ein Wunsch sich auf die wirtschaftlichen Verhältnisse nachteilig auswirke.¹⁵⁷ Es sei immer zu berücksichtigen, ob ein Wunsch die Substanz des Vermögens angreift und dadurch die künftige Versorgung und soziale Sicherung des Betreuten gefährdet wird.¹⁵⁸

Diese Auslegung kann im Bereich des Einwilligungsvorbehalts konkretisiert werden, indem die Voraussetzungen des Einwilligungsvorbehalts miteinbezogen werden. Für die Anordnung des Einwilligungsvorbehalts setzt § 1903 I BGB

¹⁵⁷ Jurgeleit-Deusing, § 1901 Rn. 47.

¹⁵⁸ Jurgeleit-Deusing, § 1901 Rn. 47.

eine erhebliche Gefahr für die Person oder das Vermögen des Betreuten voraus. Werden aber erhebliche Gefahren bei der Anordnung vorausgesetzt, so ist zu bedenken, dass der Betreute durch das Zustimmungserfordernis daran gehindert ist, selbstständig nicht erhebliche Gefahren für seine Person oder sein Vermögen herbeizuführen. Dies erscheint mit dem Erforderlichkeitsprinzip unvereinbar zu sein. Mit dem Erforderlichkeitsprinzip wird verbunden, dass nur solche Beschränkungen des Betreuten zuzulassen sind, die betreuungsrechtlich geboten sind, um den Betreuten zu schützen. Wenn aber das Instrument nur erhebliche Gefahren ausschließen soll, so dürfen nicht erhebliche Gefahren im Rahmen der Führung der Betreuung nicht dazu führen, dass der Betreute gehindert wird, rechtsgeschäftlich zu handeln. Der Betreute würde dann über den in dem Einwilligungsvorbehalt liegenden Schutzzweck hinaus durch den Betreuer gehindert. Die Hinderung läge in der Versagung der Zustimmung zu der Willenserklärung. Was ist aber die erhebliche Gefahr für die Person oder das Vermögen des Betreuten, die einen Einwilligungsvorbehalt begründen kann?

(1) Die erhebliche Gefahr für die Person oder das Vermögen

Die Anordnung des Einwilligungsvorbehalts setzt voraus, dass dem Betroffenen durch sein eigenes Handeln eine erhebliche Gefahr für seine Person oder sein Vermögen droht. Der Gefahrtritt muss mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststehen. Die bloße Möglichkeit der Selbstschädigung reicht daher nicht aus.¹⁵⁹

Eine erhebliche Gefahr ist gegeben, wenn eine Selbstschädigung des Betroffenen an personalen oder wirtschaftlichen Gütern droht.¹⁶⁰ Eine Gefahr für die Person liegt vor, wenn durch die vom Betroffenen abgegebenen Willenserklärungen negative Auswirkungen auf wichtige personenbezogene Rechtsgüter wie

¹⁵⁹ BayObLG, FamRZ 1993, S. 851; OLG Zweibrücken, FamRZ 1999, S. 1171; LG Köln, BtPrax 1992, S. 109; Jürgens-Jürgens, § 1903 Rn. 2.

¹⁶⁰ MünchKomm-Schwab, § 1903 Rn. 9; Müller, S. 183.

Leben, Gesundheit oder Freiheit zu befürchten sind,¹⁶¹ beispielsweise durch die Kündigung von Mietverträgen oder psychische Belastungen durch abgeschlossene nachteilige Geschäfte.

Eine Gefahr für das Vermögen liegt vor, wenn wirtschaftlich nachteilige Geschäfte abgeschlossen werden,¹⁶² das Vermögen verschleudert oder für Dinge eingesetzt wird, die nach den Lebensverhältnissen des Betroffenen keine Vorteile bringen.¹⁶³ Eine Gefahr für das Vermögen tritt dann ein, wenn der Vermögensstand entweder durch die Minderung des Aktivbestandes oder durch die Mehrung des Passivbestandes verringert wird.¹⁶⁴ Ferner liegt eine Vermögensgefahr in einer weiteren Verschuldung des Betroffenen.¹⁶⁵

Der Einwilligungsvorbehalt soll hingegen nicht dem Zweck dienen, den Betreuten entgegen seinen Wünschen vom Genuss seiner Einkünfte und seines Vermögens auszuschließen; er soll seinen gewohnten Lebenszuschnitt beibehalten können, soweit dies nach den Vermögensverhältnissen vertretbar ist.¹⁶⁶ Nicht zulässig ist, die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts als Disziplinierungsinstrument bei bloßen Meinungsverschiedenheiten zwischen Betreuer und Betreutem einzusetzen, um die Beachtlichkeit des Willens des Betreuten einzuschränken.¹⁶⁷

Die Erheblichkeit bemisst sich in erster Linie nach den persönlichen und den das Vermögen betreffenden Umständen des konkreten Einzelfalls.¹⁶⁸ Eine Gefährdung geringfügiger Vermögensinteressen reicht nicht aus, um den Einwilli-

¹⁶¹ MünchKomm-Schwab, § 1903 Rn. 4.

¹⁶² BayObLG, FamRZ 2000, S. 1327 = BtPrax 2000, S. 123.

¹⁶³ BayObLGR 1997, S. 60 = BayObLG, FamRZ 1997, S. 902 = BtPrax 1997, S. 160.

¹⁶⁴ Henn-Baier, S. 133.

¹⁶⁵ BayObLGR 1997, S. 60 = BayObLG, FamRZ 1997, S. 902 = BtPrax 1997, S. 160.

¹⁶⁶ BayObLG, FamRZ 1993, S. 851, 852.

¹⁶⁷ v. Sachsen-Gessaphe, S. 461.

¹⁶⁸ Staudinger-Bienwald, § 1903 Rn. 29.

gungsvorbehalt zu rechtfertigen.¹⁶⁹ Die Frage nach der Erheblichkeit der Gefahr betrifft sowohl den Umfang des drohenden Schadens als auch die Wahrscheinlichkeit seines Eintritts.¹⁷⁰

(2) Folge für die Betreuerentscheidung

Die Miteinbeziehung der Tatbestandsmerkmale des § 1903 I BGB führt dazu, dass der Betreuer in eine Willenserklärung des Betreuten einwilligen muss, die dem Wunsch des Betreuten entspricht und die lediglich unerhebliche Gefahren zur Folge hat. Der Betreuer muss sich daher stets fragen, ob die Willenserklärung des Betreuten eine erhebliche Gefahr für die Person oder das Vermögen zur Folge hat, die sich in einer erheblichen Selbstschädigung realisiert. Damit sind dem Betreuten mehr Gestaltungsraum und ein größeres Maß an Selbstbestimmung ermöglicht. Die erhebliche Gefahr, die sich als Anordnungsvoraussetzung für den Einwilligungsvorbehalt ergibt, spiegelt sich im Rahmen der Frage welchen Kriterien die Zustimmungentscheidung durch den Betreuer unterliegt wieder. Nur die Erheblichkeit einer Selbstschädigung darf den Wunsch des Betreuten beschränken. Damit besteht für den Betreuten die Möglichkeit, dass seinen Wünschen bei bloßer Gefährdung geringfügiger Vermögensinteressen entsprochen wird. Die rechtliche Handlungsfähigkeit wird dann durch die Zustimmung hergestellt.

Für die Verwirklichung der Selbstbestimmung genügt dies aber nicht, denn die Fähigkeiten des Betreuten und die Motivation, die diesen Wunsch begründen, blieben auch bei einer erheblichen Selbstschädigung unberücksichtigt.¹⁷¹

¹⁶⁹ BT-Drs. 11/4528 S. 136.

¹⁷⁰ Erman-*Holzhauser* (11. Auflage), § 1903 Rn 9.

¹⁷¹ Vgl oben § 2 III 3.b.aa. (2).

cc. Abwägung zwischen Schädigung und Selbstbestimmung

Einige Stimmen in der Literatur und einige Gerichte gehen davon aus, dass die Frage nach der Beachtlichkeit von Wünschen das Ergebnis eines Abwägungsvorganges ist.¹⁷² Dabei soll der Betreuer durch eine Güterabwägung herausfinden, ob die Wünsche dem Wohl zuwiderlaufen.

Einen Teil der immer vorzunehmenden Abwägung nimmt das Gesetz dem Betreuer ab. Nach § 1901 II, 1 BGB ist der Betreuer dem Wohl des Betroffenen verpflichtet. Seinen Wünschen braucht er nach § 1901 III, 1 BGB jedoch nur zu entsprechen, wenn sie seinem Wohl nicht zuwiderlaufen. Dem Wohl soll damit der Vorrang vor den Wünschen des Betreuten gebühren.

Eine Selbstschädigung drohe dann, wenn aus der Sicht des Betreuers das objektive Interesse des Betroffenen an der Nichterfüllung seines Wunsches dessen subjektives Interesse auf Erfüllung des Wunschs wesentlich überwiegt.¹⁷³

Schwab nimmt ebenfalls eine Güterabwägung vor. Im Gegensatz zu Kollmer nimmt er bereits eine Abwägung vor, indem er der abstrakten Wertigkeit bestimmter „höherrangiger“ Rechtsgüter einen Vorrang gewährt.¹⁷⁴ Der Wunsch soll danach vor allem dann dem Wohl des Betreuten widersprechen, wenn seine Verwirklichung höherrangige Rechtsgüter gefährden würde als die mit dem Wunsch angestrebten.¹⁷⁵ Dies soll vor allem der Fall sein, wenn Rechtsgüter des Betreuten gefährdet werden, die im Rang über den vom Wunsch verfolgten Interessen stehen (Leben, Gesundheit, sonstige fundamentale Persönlichkeitsrechte etwa gegenüber Freizeitwünschen des Betreuten).¹⁷⁶ So soll beispielsweise die

¹⁷² Marschner/Volckart-Marschner, § 1901 Rn. 3; v. Sachsen-Gessaphe, S. 212; MünchKomm-Schwab, § 1901 Rn. 8; Kollmer, S. 142; BayObLG, NJW-RR 1997, S. 71 f = FamRZ 1996, S. 1374 f. zu § 1897 IV 1 BGB; OLG Schleswig, MDR 2001, S. 1299, 1300 = BtPrax 2001, S. 211, 212.

¹⁷³ Kollmer, S. 142.

¹⁷⁴ MünchKomm-Schwab, § 1901 Rn. 14; ähnlich auch Müller in Bamberger/Roth § 1901 Rn. 5.

¹⁷⁵ Schwab, FamRZ 1992, S. 493, 503; MünchKomm-Schwab, § 1901 Rn. 14.

¹⁷⁶ MünchKomm-Schwab, § 1901 Rn. 14; ähnlich Knittel, § 1901 Rn. 9, der eine erhebliche Gefährdung verlangt.

Gefährdung der Gesundheit auch den Wunsch entkräften, in der eigenen, von Vermüllung bedrohten Wohnung „in Ruhe gelassen“ zu werden. In der FamRZ 1992 hatte Schwab noch die Ansicht vertreten, dass der Betreuer schädliche Wünsche des Betreuten ablehnen muss, selbst wenn der Betreute geschäftsfähig¹⁷⁷ und damit selbstbestimmungsfähig sei. Zwischenzeitlich kommt er zu der Erkenntnis, dass die Abwägung zwischen den zu berücksichtigenden Wünschen und den entgegenstehenden objektiven Kriterien des Wohlergehens schwierig sei, weil riskantes Tun keineswegs auf psychisch Kranke beschränkt ist, man denke nur an das Rauchen oder die Ausübung lebensgefährlicher Sportarten („no risk no fun“!).¹⁷⁸ Das Betreuungsrecht habe nicht den Sinn, kranke Menschen in besonderem Maße zu disziplinieren. Bei der Frage, ob der Betreuer die Wünsche des Betreuten erfüllen muss, dürfe er deshalb berücksichtigen, inwieweit eine Gefährdung der eigenen Rechtsgüter des Betroffenen als Ausdruck von dessen Krankheit erscheint.¹⁷⁹ Den Grundsatz, im Zweifel habe der Betreuer davon auszugehen, dass der geäußerte Wille dem Wohl des Betreuten zuwiderlaufe,¹⁸⁰ kenne das Betreuungsrecht nicht.¹⁸¹

Weiter geht Schwab davon aus, dass dem Wohl des Betreuten ebenso solche Wünsche zuwiderlaufen, deren Erfüllung die gesamte Lebens- und Versorgungssituation des Betreuten erheblich verschlechtern würden (z.B. wirtschaftlich unvertretbarer Umgang mit dem Vermögen, wenn daraus die Gefahr erwächst, dass künftig der angemessene Unterhalt nicht mehr bestritten werden kann).¹⁸² Bei Zugriff auf die Vermögenssubstanz sei also konkret zu prüfen, welche Bedeutung das Vermögen nach seiner Größe und nach der Lebenssitua-

¹⁷⁷ Schwab, FamRZ 1992, S. 493, 503 unter Hinweis auf BT-Drs. 11/4528 S. 133.

¹⁷⁸ MünchKomm-Schwab, § 1901 Rn. 14.

¹⁷⁹ Ebenfalls BtKomm/Roth Kap. D. Rn. 5.

¹⁸⁰ so aber Soergel-Zimmermann, § 1910 Rn. 10.

¹⁸¹ MünchKomm-Schwab, § 1901 Rn. 14.

¹⁸² MünchKomm-Schwab, § 1901 Rn. 15; ähnlich auch LG Berlin, NJWE-FER 2001, S. 210 = BtPrax 2001, S. 83; LG Berlin, FamRZ 2000, S. 1527.

tion des Betreuten für die künftige Versorgung und soziale Sicherung des Betreuten haben werde.¹⁸³ Andererseits müssten kleinere Nachteile in Kauf genommen werden, wenn es darum gehe, dem Willen des Betroffenen Geltung zu verschaffen.¹⁸⁴ Die Grenze für die Beachtlichkeit des Wunschs soll aber auch hier bei einer Hilfe zur Selbstschädigung gezogen werden, selbst wenn der Betroffene voll geschäftsfähig ist.¹⁸⁵

Die Vornahme einer Abwägungsentscheidung zwischen Wunsch und Wohl des Betreuten eröffnet die Möglichkeit, die Selbstbestimmung des Betreuten zurückzudrängen. Ergibt die Abwägung, dass der Wunsch zu Nachteilen führt, die nicht hingenommen werden sollen, so ist kein Raum mehr für eine selbstbestimmte Selbstschädigung des Betreuten mit Einwilligungsvorbehalt.

(1) Folge für die Entscheidung des Betreuers

Für den Betreuten im Wirkungskreis des Einwilligungsvorbehalts bedeutet dies auf den ersten Blick eine verbesserte Berücksichtigung des Willens. Nach einer Abwägung aller Gesichtspunkte werden geringfügige Selbstschädigungen als unerheblich eingestuft. Die Folge ist dann, dass der Wunsch zu beachten ist. Dies ist zunächst ein Ergebnis, welches der Funktion des Einwilligungsvorbehalts entspricht, da der Einwilligungsvorbehalt gerade nur vor erheblichen Gefahren schützen soll.¹⁸⁶

Jede Form der erheblichen Selbstschädigung, die hinter den Bewahrungsinteressen zurücktritt, wird aber unabhängig vom gegenwärtigen Geisteszustand des Betroffenen im Zweifel zur Versagung des Wunsches führen. Dies gilt insbe-

¹⁸³ MünchKomm-Schwab, § 1901 Rn. 15.

¹⁸⁴ BayObLG, FamRZ 1994, S. 323, 324; 1995, S. 1232, 1234 zu § 1897 IV S. 1.; BayObLG, BtPrax 2004, S. 69; MünchKomm-Schwab, § 1901 Rn. 15.

¹⁸⁵ MünchKomm-Schwab, § 1901 Rn. 17.

¹⁸⁶ Oben § 2 II und § 2 III.3.b.bb.

sondere dann, wenn ein Zugriff auf die Vermögenssubstanz erfolgt und die Inanspruchnahme sozialstaatlicher Leistungen bevorsteht.

Die Fähigkeiten des Betreuten zum selbstbestimmten Entscheiden und bewussten Eingehen eines Risikos bleiben dahinter zurück. Die Berücksichtigung des Wunsches wird durch die Abwägung in das Ermessen des Betreuers gestellt. Trifft der Betreuer aber eine Ermessensentscheidung, so geht dies nicht mit der Regelung des § 1901 III, 1 BGB überein. Danach ist es grundsätzlich die Pflicht, einem Wunsch des Betreuten zu entsprechen. Der Betreuer erhält vielmehr die Möglichkeit, den Wunsch gegen das objektive Wohl, welches durch den Wunsch beeinflusst, aber nicht bestimmt wird, abzuwägen. Die Abwägung gibt dem Betreuer eine Entscheidungsfreiheit und reduziert den Anspruch des Betreuten auf Zustimmung zu einer Willenserklärung im Rahmen des Einwilligungsvorbehalts.

(2) Kritische Würdigung

Die Abwägung zwischen der Selbstbestimmung und dem Schutz der betroffenen Rechtsgüter des Betreuten führt nicht zu angemessenen Ergebnissen. Im Zweifel wird der Betreuer daher davon ausgehen, dass der Wunsch dem Wohl des Betreuten zuwiderläuft.¹⁸⁷ Der Fähigkeit des Betroffenen zu selbstbestimmtem Handeln wird zwar ein Stellenwert beigemessen, dieser Stellenwert wird aber dem Selbstbestimmungsrecht des Betreuten nicht ausreichend gerecht. Der Betreuer darf berücksichtigen, ob der Wunsch auf der Anlasserkrankung beruht.¹⁸⁸ Er muss es aber nicht. Dadurch wird dem Betreuer hinsichtlich seines Abwägungsvorgangs ein Ermessensspielraum eingeräumt.

Ob eine solche Güterabwägung im Betreuungsrecht stattfinden darf, ist sehr fraglich. § 1901 I, 1 BGB räumt dem Betreuer kein Ermessen ein, Wunsch und

¹⁸⁷ *Damrau/Zimmermann*, § 1901 Rn. 4; *Lipp*, S. 152.

¹⁸⁸ *MünchKomm-Schwab*, § 1901 Rn. 14.

Wohl gegeneinander abzuwägen.¹⁸⁹ Eine Ermessensausübung darf es auch nicht in der Variante bestehen, dass nur höherwertige Rechtsgüter überwiegen. Lipp fragt dabei zu Recht: „Denn wer legt fest, was höherwertig ist? – Derjenige, der abwägt, also der Betreuer und das Gericht bei bestehender Genehmigungspflicht. Nur der Betreute selbst nicht!“¹⁹⁰ Diese Güterabwägung würde zwischen den einander gegenüberstehenden Rechtsgütern des Betreuten vollzogen. Welchem Rechtsgut des Betreuten das größere Gewicht zukommt, entscheidet dann der Betreuer. Dies erscheint unter dem Blickwinkel der Selbstbestimmung des Betreuten problematisch.

Diese Güterabwägung könnte gerade nur zwischen zwei Rechtsgütern des Betreuten stattfinden, das eine Rechtsgut wird dadurch geschützt, indem das andere zurückgedrängt wird. Die Entfaltungsinteressen werden dann gegen die Bewahrungsinteressen abgewogen. Seine Selbstbestimmung würde gegen sein Interesse an seiner Person oder seinem Vermögen abgewogen. Das Selbstbestimmungsrecht wird damit durch Abwägung beengt. Dabei stellt sich die Frage, ob der objektive Wertgehalt eines Grundrechts gegen die subjektive Selbstbestimmung des Grundrechtsträgers ausgespielt werden darf.¹⁹¹ Eine Güterabwägung zweier Rechtsgüter eines Rechtssubjekts kann nur zu unangemessenen Ergebnissen führen, weil eine Abstufung von Rechtsgütern nur von dem entsprechenden Rechtssubjekt selbst vorgenommen werden darf.¹⁹² Ersetzt der Staat jedoch die Entscheidung des Einzelnen gegen seine eigene Entscheidung, erkennt er die

¹⁸⁹ Nach *Lipp*, Betrifft: Betreuung Nr. 5 2003, S. 83, räumt § 1901 I, 1 BGB dem Betreuer kein Ermessen ein, Wunsch und Wohl gegeneinander abzuwägen. Auch nicht in der Variante, dass nur höherwertige Rechtsgüter überwiegen. Denn wer legt fest, was höherwertig ist? – Derjenige, der abwägt, also der Betreuer und das Gericht bei bestehender Genehmigungspflicht. Nur der Betreute selbst nicht! So aber *Schwab*, FamRZ 1992, S. 503; Marschner/Volckart-*Marschner*, § 1901 Rn. 3. Zur Abwägung zwischen Wunsch und Wohl vgl. § 2 III. b. cc.

¹⁹⁰ *Lipp*, Betrifft: Betreuung Nr. 5 2003, S. 83.

¹⁹¹ Dagegen: Sachs-*Murswiek*, Art. 2 GG Rn. 211.

¹⁹² So auch Sachs-*Murswiek*, Art. 2 GG Rn. 211f.; *Lipp*, S. 128.

Selbstbestimmung nicht länger an.¹⁹³ Ebenso verhält es sich, wenn der Betreuer dem selbstbestimmten Wunsch des Betreuten nicht entspricht und diesem damit nicht zur Rechtswirksamkeit verhilft.

Wird die Fähigkeit zur Selbstbestimmung des Betreuten außer Acht gelassen, findet ein Abwägungsvorgang statt, der sich gegen das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen richtet. Dies könnte sowohl betreuungsrechtswidrig als auch grundrechtswidrig sein. Es ist daher zu prüfen, welche Rolle die durch die Selbstbestimmungsfähigkeit zum Ausdruck kommende Willensäußerung des Betreuten auf die Auslegung des Wohls des Betreuten hat.

dd. Berücksichtigung der Eigenverantwortlichkeit des Betreuten

Alle bisher dargelegten Auffassungen stellen bei der Frage, ob einem Wunsch entsprochen werden darf, auf die Folge des Wunschs für den Betreuten ab. Dabei wird nicht berücksichtigt, ob der Wunsch des Betreuten Ausdruck seines individuellen Lebensentwurfs ist und welche Gründe den Betreuten veranlassen. Es sollte handlungsleitend sein, wie der Betreute entscheiden hätte, wenn er zu einer Entscheidung in der Lage wäre.¹⁹⁴ Was aber, wenn der Betreute noch in der Lage ist, selbst eine Entscheidung zu treffen. Es wird nicht hinterfragt, ob dieser Wunsch des Betreuten Ausdruck seiner grundrechtlich geschützten Selbstbestimmung ist oder ob dieser Ausdruck der Erkrankung oder Behinderung des Betreuten ist, die zur Betreuung bzw. zu dem Einwilligungsvorbehalt geführt hat. Gerade auch ein Wunsch, der eine Schädigung zur Folge hat, kann Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts sein („no risk, no fun!“). Versagt der Betreuer die Zustimmung zu der Willenserklärung des Betreuten, so bleibt dem Betreuten die selbstbestimmte rechtliche Handlungsfähigkeit genommen, da seine Erklärung (schwebend) unwirksam ist oder bleibt. Die Fähigkeiten des Betreuten zum selbstbestimmten Entscheiden, die sich in seinem Wunsch ausdrü-

¹⁹³ Lipp, S. 128.

¹⁹⁴ Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann-Bienwald, § 1901 Rn. 22.

cken, würden nicht beachtet. Das Betreuungsrecht erkennt die Selbstbestimmung Betroffener an, allerdings nach dargestellten Auffassungen mit der Einschränkung „nur wenn es nicht schadet“, denn das wäre die Konsequenz der dargestellten Ansätze. Damit wird aber im Wirkungsbereich des Einwilligungsvorbehalts eine Einbruchsstelle für Erziehung, Besserung und Bevormundung betreuer Personen geschaffen. Das Recht auf Selbstbestimmung hört aber nicht mit der Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts auf.¹⁹⁵ Andernfalls wäre das Betreuungsrecht gerade keine Abkehr vom Entmündigungsrecht.

Zum Teil ergeben sich eindeutige Anhaltspunkte dafür, dass die Selbstbestimmungsfähigkeit auch bei der Bestimmung des dem Wunsch entgegenstehenden Wohls berücksichtigt wird. Unter Bezugnahme auf den Regierungsentwurf schließen zahlreiche Stimmen in der Literatur ausdrücklich die Wünsche geschäftsfähiger Betreuer¹⁹⁶ in ihre Überlegungen ein. Der geschäftsfähige Betreute soll weiterhin gegen das eigene (objektive) Wohl handeln können und der Betreuer soll nicht verpflichtet sein, den Betreuten davon abzuhalten.¹⁹⁷ Damit würde dem Wunsch des Betreuten eine Abwehrmöglichkeit gegen aufgedrängten Schutz zukommen. Im Rahmen des Einwilligungsvorbehalts stellt sich die Frage, ob die Eigenverantwortlichkeit des Betreuten einen Anspruch auf Einwilligung zu der eigenen Willenserklärung zu begründen vermag. Diese konkrete Fragestellung wurde bislang nicht erörtert, sondern lediglich allgemein im Rahmen der Auslegung des § 1901 III, 1 BGB erwähnt.

Der Regierungsentwurf trifft die Aussage, dass § 1901 BGB den begrenzten Vorrang des natürlichen Willens des Betreuten regelt.¹⁹⁸ Daraus könnte der Rückschluss gezogen werden, dass der rechtsgeschäftliche Wille gerade nicht

¹⁹⁵ Schmitz, S. 151 f.

¹⁹⁶ BT-Drs. 11/4528 S.133; MünchKomm-Schwab, § 1901 Rn. 17; 1901, Palandt-Diederichsen, § 1901 Rn. 3.

¹⁹⁷ MünchKomm-Schwab, § 1903 Rn. 17.

¹⁹⁸ BT-Drs. 11/4528 S.133.

begrenzt werden soll. Allerdings wird dort ebenfalls davon ausgegangen, dass der Wunsch des geschäftsfähigen Betreuten keinen Anspruch auf Hilfe zur Selbstschädigung begründet.¹⁹⁹ Argumentiert wird damit, dass auch ein nur körperlich behinderter Betreuer keinen Anspruch darauf hat, dass der Betreuer auf seinen Wunsch hin sein Eigentum zerstört.²⁰⁰ Ein Anspruch gegenüber dem Betreuer auf diese Form der Hilfe zur Selbstschädigung besteht zu Recht nicht. Es mangelt bereits daran, dass die Zerstörung von Eigentum nicht in den Aufgabenkreis der rechtlichen Betreuung fällt. Der Betreuer hat solchen Wünschen zu entsprechen, die die Besorgung der Angelegenheiten des Betreuten betreffen. Ist der körperlich behinderte Betreute auf Hilfe eines Dritten angewiesen, damit sein Wunsch umgesetzt wird, so kann er sich der Hilfe jedes beliebigen Dritten bedienen, um diesen Wunsch erfüllen zu lassen.

Der Betreute, der dem Einwilligungsvorbehalt unterliegt, ist aber allein auf die Hilfe des Betreuers angewiesen. Nur der gesetzliche Vertreter kann die rechtliche Handlungsfähigkeit durch die Einwilligung u.U. mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts herstellen. Eine andere Möglichkeit – mit Ausnahme der Aufhebung des Einwilligungsvorbehalts durch das Vormundschaftsgericht – gibt es nicht. Da der Einwilligungsvorbehalt gerade auch bei einem Geschäftsfähigen angeordnet werden darf,²⁰¹ kann der geschäftsfähige Betreute entgegen der Annahme²⁰² nicht gegen sein eigenes Wohl rechtsverbindlich handeln. Die konstitutive Wirkung des Einwilligungsvorbehalts verhindert dies. Ein Umstand, der offenbar nicht bedacht worden bzw. unter der Annahme erfolgt ist, der Betreute sei nach Anordnung des Einwilligungsvorbehalts nicht geschäftsfähig. Es wird deutlich, dass im Rahmen des Einwilligungsvorbehalts die Grenze für die Beachtlichkeit von Wünschen des Betreuten nicht dort gezogen werden darf, wo

¹⁹⁹ BT-Drs. 11/4528 S.133.

²⁰⁰ BT-Drs. 11/4528 S.133.

²⁰¹ *Jurgleit*, Rpfleger 1995, S. 282, 283.

²⁰² So MünchKomm-Schwab, § 1901 Rn. 17.

die Hilfe zur Selbstschädigung beginnt. Der Betreute hätte andernfalls von vornherein keine Möglichkeit sein Selbstbestimmungsrecht auszuüben, wenn er den Betreuer nicht dazu verpflichten kann, ihm zu helfen. Der Betreute wäre dann ohne Notwendigkeit eingeschränkt.

Blicken wir erneut auf § 1901 II, 2 BGB. Dieser sieht vor, dass zum Wohl des Betreuten auch die Möglichkeit gehört, sein Leben im Rahmen seiner Fähigkeiten nach eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten. Welche Fähigkeiten damit gemeint sind, sagt das Gesetz nicht ausdrücklich. Die Bedeutung der Fähigkeit zur Selbstbestimmung in dem Bereich dieser Norm ist zu überprüfen, insbesondere, welche Bedeutung dies für die Auslegung des einem Wunsch entgegenstehenden Wohls hat.

Dazu ist die Frage aufzuwerfen, welche Bedeutung die Fähigkeit zur Selbstbestimmung bereits bei der Anordnung des Einwilligungsvorbehalts hat. Wenn der Betreuer durch die Versagung der Zustimmung die Wirkung des Einwilligungsvorbehalts perpetuiert, dann müssen die Voraussetzungen, die einen Einwilligungsvorbehalt zulassen, auch bei der Versagung dieser Zustimmung berücksichtigt werden. Die Versagung der Zustimmung führt zu einer Verneinung der rechtlichen Anerkennung der Handlung des Betreuten. Dies ist nur dann zulässig, wenn die materiellen Voraussetzungen für den Schutz vorliegen,²⁰³ die die Handlungsfähigkeit zuvor beschränkten. In allen anderen Fällen hat der Betreuer die Zustimmung zu erteilen.²⁰⁴ Dabei ergeben sich bereits aus dem Betreuungsrecht Beschränkungen im Hinblick auf die Verhinderung einer Selbstschädigung durch den Betreuer unter Berufung auf das Wohl des Betreuten. Das Wohl ist zwar das Kriterium, welches die Beschränkung des Wunsches erlaubt und sogar gebietet. Die Auslegung des Rechtsbegriffs des Wohls hat aber unter Berücksichtigung der Maßstäbe zu erfolgen, die das Betreuungsrecht vorgibt. Darüber

²⁰³ Lipp, S. 90.

²⁰⁴ Lipp, S. 90.

hinaus ist zu überprüfen, welche Bedeutung die Grundrechte des Betreuten auf die Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs haben.

Die Anordnung des Einwilligungsvorbehalts setzt nach § 1903 I BGB eine erhebliche Gefahr für Person oder Vermögen des Betreuten voraus. Eine erhebliche Gefahr reicht aber nicht aus, um die Rechte des Betreuten umfassend zu wahren. Seine Fähigkeit zum selbstbestimmten Handeln würde unberücksichtigt gelassen.

(1) Die Bedeutung der freien Willensbildungsfähigkeit bei der Anordnung des Einwilligungsvorbehalts

Noch einmal: Der Einwilligungsvorbehalt beschränkt die rechtliche Handlungsfähigkeit kraft seiner Anordnung und führt somit zu einer Beschneidung der Privatautonomie des Betroffenen. Das Selbstbestimmungsrecht des Betreuten ist damit durch die Anordnung des Einwilligungsvorbehalts betroffen. Der Betreute kann nicht mehr umfassend rechtsgeschäftlich handeln wie er es will. Wird das Selbstbestimmungsrecht beschränkt, so ist die Bedeutung dieses Grundrechts bei der Anordnung des Einwilligungsvorbehalts als staatlichem Eingriff zu berücksichtigen.²⁰⁵

Bei der Festlegung der Eingriffsschwelle darf nicht außer Acht gelassen werden, dass das Rechtssubjekt die Freiheit hat, seine Rechtsgüter und sich selbst zu gefährden.²⁰⁶ Der Einwilligungsvorbehalt dient dem Schutz vor Gefahren der Person oder des Vermögens des Betreuten. Jeder Volljährige darf sich aber auf der Grundlage seines verfassungsrechtlichen Selbstbestimmungsrechts Gefahren aussetzen.²⁰⁷ Das alleinige Vorliegen eines krankheitsbedingten Unvermögens und das Vorliegen einer erheblichen Gefahr berücksichtigt die allgemeine Hand-

²⁰⁵ Das folgt bereits aus Art. 1 III GG.

²⁰⁶ Schwab, FamRZ 1992, S. 497, 505.

²⁰⁷ BT-Drs. 11/4528 S.138.

lungsfreiheit Betroffener nur unzureichend.²⁰⁸ Erkrankungen oder Behinderungen, die ein Unvermögen zur Besorgung eigener Angelegenheiten begründen, müssen sich nicht notwendigerweise auf die Selbstbestimmungsfähigkeit auswirken. Ebenso wenig lassen sich allein aus Selbstschädigungsgefahren Rückschlüsse auf die Auswirkung der Erkrankung ziehen.²⁰⁹

Der Regierungsentwurf zum Betreuungsgesetz legte bereits zugrunde, dass aus dem Erforderlichkeitsgrundsatz folgt, dass der Einwilligungsvorbehalt bei einem „nur“ körperlich Behinderten nicht in Betracht komme.²¹⁰ Der Hintergrund ist, dass körperliche Behinderungen keinen Einfluss auf die selbstbestimmte Willensbildungsfähigkeit haben. Der Regierungsentwurf²¹¹ ging ebenfalls davon aus, dass in Fällen leichter psychischer Erkrankung oder seelischer oder geistiger Behinderungen infolge unvernünftiger Willenserklärungen keine Gefahr gravierender Selbstschädigung vorkomme. Dann sei der Einwilligungsvorbehalt nicht notwendig. Allerdings wird hieraus nicht deutlich, ob letztlich die leichtere Erkrankungsform die Unzulässigkeit des Einwilligungsvorbehalts begründet oder die Schlussfolgerung, dass der Betroffene keine „unvernünftigen“ Willenserklärungen abgibt und sich dadurch Schaden zufügt. Klargestellt wird nicht, ob bei leichteren Fällen der Erkrankungen ein Einwilligungsvorbehalt stets unzulässig ist, vielmehr wird vermutet, dass der Betroffene sich nicht selbst schädigt. Der Zusammenhang zwischen Erkrankung und Schädigung wird aber nur unzureichend klargestellt und die objektive Schädigungsgefahr in den Mittelpunkt gerückt. Eine deutliche Trennung von Schädigungsgefahr und Selbstbestimmungsfähigkeit ist aber im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht geboten.

Damit die Beschränkung des Selbstbestimmungsrechts überhaupt in Betracht kommt, müssen hingegen Defizite bei der Willensbildungsfähigkeit des Betrof-

²⁰⁸ Bürgele, NJW 1988, S. 1881, 1883.

²⁰⁹ MünchKomm-Schwab, § 1901 Rn. 14.

²¹⁰ BT-Drs. 11/4528 S. S. 64.

²¹¹ BT-Drs. 11/4528 S. 137.

fenen vorliegen, die Auswirkungen auf dessen Selbstbestimmungsfähigkeit haben.²¹² Dahinter steht der Gedanke, dass an die Selbstbestimmung im Rechtssinn tatsächliche Voraussetzungen geknüpft werden.²¹³ Selbstbestimmtes Entscheiden setzt voraus, dass der Betroffene die tatsächlichen Fähigkeiten zur Selbstbestimmung besitzt.²¹⁴ Eine unbeschränkbare Freiheit zur Selbstschädigung ist für solche Menschen bedenklich, die zustandsbedingt bzw. krankheits- oder behinderungsbedingt nicht in der Lage sind, die konkrete Gefährlichkeit einer Situation einzuschätzen und Handlungsalternativen zu erkennen, die die Gefahr mindern oder abwenden könnten.

Im Rahmen der Diskussion um die Einführung des Betreuungsrechts hatte sich eine Meinung herausgebildet, die der Geschäftsunfähigkeit des Betroffenen bei der Anordnung des Einwilligungsvorbehalts eine gewisse Relevanz zusprach.²¹⁵

Die Rechtsprechung des BayObLG hat diese Gedanken offenbar aufgegriffen und indessen als Voraussetzung determiniert, „dass der Betroffene aufgrund seiner psychischen Erkrankung seinen Willen nicht frei bestimmen kann“.²¹⁶ Dem ist auch überwiegend die Literatur gefolgt.²¹⁷ Zwar sagt dies das Gesetz in § 1903 BGB nicht ausdrücklich. Der Grundsatz ergibt sich aber aus einer verfassungskonformen Auslegung, denn der Staat habe nicht das Recht, „seine er-

²¹² So bereits BT-Drs. 11/4528 S. 137 und *Schwab*, FamRZ 1992, S. 497, 505.

²¹³ *Lipp*, S. 44 ff.; für die Privatautonomie *Müller*, S. 10.

²¹⁴ BverfG, FamRZ 1999, S. 985, 987, *Lipp*, S. 130, kritisch dazu *Schmitz*, S. 152 ff.

²¹⁵ *Bürge*, NJW 1988, S. 1881, 1884.

²¹⁶ BayObLG, FamRZ 1993, S. 998, 999; BayObLG, FamRZ 1994, S. 320, 321; FamRZ 1994, S. 1551, 1553 = BtPrax 1994, 209-210; BayObLG, FamRZ 1997, S. 902, 903; FamRZ 2001, S. 1558; FamRZ 2001, S. 1244; FamRZ 2004, S. 1814; ebenfalls: OLG Hamm, FamRZ 2000, S. 494, 496; OLG Köln, FamRZ 2000, S. 908; OLG Frankfurt, BtPrax 1997, S. 123.

²¹⁷ MünchKomm-Schwab, § 1903 Rn. 6; *Knittel*, § 1903 Rn. 17; HK-BUR-Bauer, § 1903 Rn. 65; Palandt-Diederichsen, § 1903 Rn. 5; Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann-Bienwald, § 1903 Rn. 38; Jürgens-Jürgen, § 1903 Rn. 2; *Knittel/Seitz*, BtPrax 2007, S. 18, 20.

wachsenen und zur freien Willensbildung fähigen Bürger zu erziehen, zu bessern oder zu hindern, sich selbst zu schädigen“.²¹⁸

Wie sich diese mangelnde Fähigkeit der freien Willensbildung zur Geschäftsunfähigkeit im Sinne von § 104 Nr. 2 BGB verhält, bleibt dabei offen.²¹⁹ Die Entscheidung über die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts ist damit unabhängig von der Frage, ob der Betroffene in dem entsprechenden Bereich geschäftsfähig oder geschäftsunfähig ist.²²⁰ Durch das begriffliche Aufnehmen des Merkmals der Fähigkeit zur freien Willensbestimmung wird die Abgrenzung zur Geschäftsunfähigkeit im Sinne von § 104 Nr. 2 BGB erschwert. Geschäftsunfähig ist, wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist. Die freie Willensbestimmung im Sinne des § 104 Nr. 2 BGB hat systematisch keinen anderen Sinngehalt als eine fehlende freie Willensbestimmung, die zur Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts führt.²²¹ Hintergrund dieser Argumentation ist, dass die Geschäftsfähigkeit für die rechtsgeschäftlich ausgestalteten Aufgabenbereiche der Betreuung einen tauglichen Maßstab liefert, weil dadurch festgelegt wird, wann die Rechtsordnung eine Entscheidung des Betroffenen als vollwirksam akzeptiert und wann nicht.²²² Allerdings bezieht sich die Geschäftsunfähigkeit jeweils nur auf einen Einzelakt, während der Einwilligungsvorbehalt in der Folgezeit für alle ihm unterfallenden Willenerklärungen gilt.²²³

²¹⁸ BayObLG, FamRZ 1993, S. 851; BayObLG, FamRZ 1995, S. 1518; BayObLG, FamRZ 1996, S. 897; 1370, 1371 = BtPrax 1996, S. 106; BayObLG, FamRZ 1997, S. 902, 903; BayObLG, FamRZ 2000, S. 1327 = BtPrax 2000, S. 123.

²¹⁹ BayObLG, FamRZ 1994, 1135; 1996, 1370, 1371; 1997, 902, 903; MünchKomm-Schwab, § 1903 Rn. 6.

²²⁰ BayObLGR 1994, S. 38 = BtPrax 1994, S. 136; BayObLG, FamRZ 1998, S. 454; Jürgens-Jürgens, § 1903 Rn.4; MünchKomm-Schwab, § 1903 Rn. 6.

²²¹ so BtDrs. 15/2594 S. 28 zu § 1896 I a BGB.

²²² so BtDrs. 15/2594 S. 28 zu § 1896 I a BGB

²²³ Lipp, S. 64.

Das BayObLG hat ausdrücklich das Kriterium der fehlenden freien Willensbestimmung als notwendig erachtet und nicht ausdrücklich die Geschäftsunfähigkeit als Anordnungsvoraussetzung festgelegt. Vielmehr hat es in einer Vielzahl von Entscheidungen erkannt, dass die Geschäftsunfähigkeit der Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts nicht entgegensteht.²²⁴ *„Die Frage der Geschäftsfähigkeit oder Geschäftsunfähigkeit ist für die Entscheidung über die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts nicht von unmittelbarer Bedeutung. In der Feststellung der (partiellen) Geschäftsunfähigkeit ist aber die Feststellung enthalten, daß der Betr. (ganz oder partiell) seinen Willen nicht frei bestimmen kann.“*²²⁵

Eine bestehende (partielle) Geschäftsunfähigkeit des Betroffenen schließt lediglich die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts nicht aus. Die Geschäftsunfähigkeit ist hingegen nicht Anordnungsvoraussetzung. Seinem Sinn und Zweck nach ist der Einwilligungsvorbehalt gerade für Geschäftsfähige konzipiert, denn die Willenserklärungen Geschäftsunfähiger sind grundsätzlich nach § 105 I BGB nichtig.²²⁶ Zwar kann bei einem Geschäftsunfähigen auch das Bedürfnis bestehen, diesen mit Hilfe des Einwilligungsvorbehalts zu schützen. Das Berufen auf Nichtigkeit wegen Geschäftsunfähigkeit birgt aber verschiedene Risiken und Nachteile. So muss derjenige, der sich auf die Geschäftsunfähigkeit beruft, beweisen, dass diese bei Abgabe der Erklärung vorlag. Dieser Beweis ist mit der erheblichen Belastung einer Begutachtung durch einen Sachverständigen verbunden.²²⁷ Gerade bei schubförmig auftretenden Krankheiten lässt sich nur schwer feststellen, ob der Betroffene zu dem entsprechenden Zeitpunkt geschäftsunfähig war oder nicht. Der Einwilligungsvorbehalt kann einen Geschäftsunfähigen daher vor diesen tatsächlichen Nachteilen bewahren. Durch

²²⁴ OLG Düsseldorf, FamRZ 1993, S. 1224 = BtPrax 1993, S. 175; BayObLG = 1994, S. 38 = BtPrax 1994, S. 136; BayObLG, FamRZ 1995, S. 1518f.; BayObLG, FamRZ 1998, S. 454; BayObLG, NJWE-FER, S. 152; BayObLG, FamRZ 2000, S. 1327 = BtPrax 2000, S. 123, 124.

²²⁵ BayObLG, FamRZ 1995, S. 1518, 1519.

²²⁶ Palandt-Diederichsen, § 1903 Rn. 5; Jurgleit, Rpfleger 1995, S. 282, 283.

²²⁷ Lipp, FamRZ 2003, 721, 723; Jurgleit-Deusing, § 1903 Rn. 3.

den Einwilligungsvorbehalt kann er damit im Bedarfsfall effektiver geschützt werden als bei der für jeden Einzelfall zu prüfenden Geschäftsunfähigkeit.²²⁸ Insofern hat sich die Auffassung durchgesetzt, dass die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts bei bestehender Geschäftsunfähigkeit des Betreuten zulässig ist.²²⁹

Die Geschäftsfähigkeit spielt damit bei der Anordnung des Einwilligungsvorbehalts keine Rolle.

Somit ist aber noch nicht hinreichend konkretisiert, inwieweit die Willensbildungsfähigkeit des Betroffenen eingeschränkt sein muss, damit ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet werden darf. Aus den Ausführungen wird aber deutlich, dass ein Ausschluss der freien Willensbildungsfähigkeit gerade nicht vorliegen muss, sondern dass eine Beschränkung dieser Fähigkeit ausreichend ist.²³⁰

Das Merkmal des freien Willens findet sich nunmehr auch in § 1896 I a BGB. Danach darf ein Betreuer nicht gegen den freien Willen des Volljährigen bestellt werden. Im Hinblick auf die Betreuerbestellung bedeutet die Fähigkeit zur freien Willensbildung, dass der Betroffene die Einsichtsfähigkeit besitzt, die für und gegen eine Betreuung sprechenden Gesichtspunkte erkennen und gegeneinander abwägen zu können.²³¹ Im Gegensatz zur Geschäftsunfähigkeit i.S.v. § 104 Nr. 2 BGB genügt daher eine Beschränkung der freien Willensbildungsfähigkeit, ein Ausschluss ist nicht notwendig.

Einsichtsfähigkeit, und die Fähigkeit nach dieser Einsicht zu handeln, kann sich aber nicht auf die Notwendigkeit der Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts beziehen. Im Gegensatz zur Betreuung kann der Einwilligungsvorbehalt nur von

²²⁸ Lipp, FamRZ 2003, S. 721, 723.

²²⁹ BT-Drs. 11/4528, S. 137; OLG Düsseldorf, FamRZ 1993, S. 1224 = BtPrax 1993, S. 175; Bay-ObLG, FamRZ 1994 S. 1135 = BtPrax 1994, S. 136; MünchKomm-Schwab, § 1903 Rn. 12; Klüser/Rausch, NJW 1993, S. 617, 619; Knittel, § 1903 Rn. 14; aA Jurgeleit, Rpfleger 1995, S. 282, 283.

²³⁰ So auch Lipp, S. 147.

²³¹ BT-Drs. 15/2494, S. 28.

Amts wegen angeordnet werden.²³² Selbst wenn ein Betroffener grundsätzlich selbst einen Einwilligungsvorbehalt für notwendig erachten würde, gäbe ihm das Gesetz nicht die Möglichkeit, den Einwilligungsvorbehalt selbst zu beantragen. Die Einsicht und die Einsichtsfähigkeit dürfen sich daher nicht auf die Notwendigkeit eines Einwilligungsvorbehalts selbst erstrecken. Die mangelnde Einsichtsfähigkeit muss sich daher darauf beziehen, was der Einwilligungsvorbehalt bezweckt. Dies sind die Gefahren für Person oder Vermögen durch eigenes Handeln, denn vor diesen Gefahren soll der Betreute geschützt werden.²³³ Kann der Betroffene krankheits- oder behinderungsbedingt nicht erkennen, dass er seine Person oder sein Vermögen gefährdet und kann er keine Handlungsalternativen erfassen, so ist die Selbstbestimmungsfähigkeit im Hinblick auf eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung ausgeschlossen.²³⁴ Er besitzt dann keine Einsichtsfähigkeit in die Gefahrenlage. Er kann nicht beurteilen, dass die Folge seiner Handlung auch Nachteile mit sich bringt. Daneben ist keine Fähigkeit vorhanden, nach einer Einsicht in die Gefahrenlage zu handeln, also mögliche Handlungsalternativen erfassen. Der Betroffene kann es auf Grund seiner Erkrankung oder Behinderung nicht begreifen, dass er sich selbst schädigt. Nur ein solcher Ausschluss der Selbstbestimmungsfähigkeit rechtfertigt einen aufgedrängten Schutz, wenn tatsächlich erhebliche Gefahren festgestellt werden. Damit kommen die Voraussetzungen der umstrittenen Rechtsfigur der relativen Geschäftsunfähigkeit²³⁵ nahe.²³⁶ Die relative Beeinträchtigung im Hinblick auf das Erkennen der Gefahrenlage wird damit unabhängig von der Geschäftsfähigkeit zum Schutz des Betreuten bedeutsam.

²³² BT-Drs. 11/4528 S. 137.

²³³ Vgl. oben § 2 II.

²³⁴ Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann-Bienwald, § 1903 Rn. 40.

²³⁵ Dazu Palandt-Heinrichs, § 104 Rn. 6.

²³⁶ Knittel/Seitz, BtPrax 2007, S. 18, 20.

Für die Anordnung des Einwilligungsvorbehalts ist es daher neben einer erheblichen Gefahr für die Person oder das Vermögen des Betreuten erforderlich, dass der Betreute in seiner Fähigkeit zur freien Willensbildung und damit zum selbstbestimmten Handeln eingeschränkt ist. Diese Kombination aus eingeschränkter Eigenverantwortlichkeit und der Gefahr für die Person oder das Vermögen begründen die Schutzbedürftigkeit des Betreuten und rechtfertigen damit die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts.

(2) Die Beachtlichkeit des eigenverantwortlichen Wunschs

Aus den beschriebenen Voraussetzungen wurde dargelegt, dass mit der Anordnung des Einwilligungsvorbehalts keine Entscheidung über die Geschäftsfähigkeit des Betreuten getroffen wurde.²³⁷ Die Geschäftsfähigkeit im Sinne einer dauerhaften, aber einzelfallbezogenen rechtsgeschäftlichen Handlungsunfähigkeit spielt damit keine Rolle. Die Geschäftsfähigkeit liefert einen Maßstab dafür, wann die Rechtsordnung eine rechtsgeschäftliche Entscheidung des Betroffenen als vollwirksam akzeptiert und wann nicht.²³⁸ Der Betroffene wird durch den Einwilligungsvorbehalt aber nicht geschäftsunfähig, er wird lediglich in seiner Geschäftsfähigkeit - und das auch nur teilweise -beschränkt. Die Entscheidung, ob die Rechtsordnung die Erklärung des Betreuten anerkennt oder nicht, ist so auf den Betreuer verlagert. Der Einwilligungsvorbehalt wirkt zwar konstitutiv,²³⁹ die Wirksamkeit der Willenserklärungen, die dem Einwilligungsvorbehalt unterliegen, kann aber durch den Betreuer wieder hergestellt werden.

Die Voraussetzung der mangelnden Fähigkeit zur freien Willensbestimmung könnte zur Folge haben, dass nach der Anordnung des Einwilligungsvorbehalts durch Betreuer und Vormundschaftsgericht angenommen wird, der Betreute sei gar nicht zur Selbstbestimmung fähig und könnte ohnehin keine eigenverantwort-

²³⁷ *Knittel/Seitz*, BtPrax 2007, S. 18, 20.

²³⁸ So BT-Drs. 15/2594 S. 28 zu § 1896 I a BGB.

²³⁹ Vgl. oben § 2 I.

wortliche Entscheidung treffen. Wäre durch die Anordnung des Einwilligungsvorbehalts festgestellt, der Betroffene sei zur freien Willensbestimmung nicht fähig, so hätte dies Auswirkung auf die Auslegung des den Wunsch begrenzenden Wohls des Betreuten.

Zum Wohl des Betreuten gehört nach § 1901 II, 2 BGB die Möglichkeit, im Rahmen seiner Fähigkeiten sein Leben nach eigenen Wünschen zu gestalten. Ist die Fähigkeit zu einem selbstbestimmten Wunsch aber ausgeschlossen, so kann er nicht im Rahmen seiner Fähigkeiten einen rechtlichen Willen äußern, der Ausdruck des Wohls ist.

Würde aus der Anordnung des Einwilligungsvorbehalts generell für die Zukunft geschlossen, der Betreute sei selbstbestimmungsunfähig, so bliebe aber unberücksichtigt, dass der Zustand des Betreuten ständigen Änderungen unterliegen und dass sich die Erkrankung oder Behinderung unterschiedlich auswirken kann. Würden der tatsächliche Zustand des Betreuten und die Auswirkung der Erkrankung oder Behinderung auf den Wunsch außer Betracht gelassen, gäbe es keine Möglichkeit der Überprüfung, ob ein Wunsch tatsächlich krankheitsbedingt, oder ob dieser Ausdruck des Lebensentwurfs und der Lebensgeschichte des Betreuten ist. Es besteht die Möglichkeit, dass ein Betreuer in einer Eigenverantwortlichkeit beschränkt ist, sein Wunsch aber nicht auf dieser krankheitsbedingten Uneinsichtigkeit beruht. Die Erkrankung des Betreuten muss sich nicht zwingend auf alle Wünsche des Betreuten auswirken, so dass eine Überprüfung dieses Zusammenhangs geboten erscheint.²⁴⁰

Bei der Anordnung des Einwilligungsvorbehalts war durch das Gericht festzustellen, dass der Betroffene im Hinblick auf die Gefahren für seine Person oder sein Vermögen²⁴¹ keine Einsichtsfähigkeit und keine Fähigkeit, nach dieser Ein-

²⁴⁰ *Lipp*, S. 157 und *BtPrax* 2008, S. 51, 55, mit Einschränkungen auch *MünchKomm-Schwab*, § 1901 Rn. 14; *BtKomm/Roth*, D Rn. 4.

²⁴¹ § 1903 I BGB.

sicht zu handeln, besitzt. Damit wurde aber nicht festgestellt, ob sich hinsichtlich sämtlicher Gefahren, die aus einem konkreten rechtsgeschäftlichen Handeln des Betreuten folgen, eine krankheitsbedingte Uneinsichtigkeit ergibt. Bei einzelnen Rechtsgeschäften ist es daher möglich, dass die krankheits- oder behinderungsbedingte Uneinsichtigkeit sich nicht auf den Wunsch niederschlägt.

Würde aus dieser Anordnungsvoraussetzung bereits für die Zukunft geschlossen, dass der Betreute zur eigenverantwortlichen Entscheidung generell außerstande ist, so käme der Einwilligungsvorbehalt einer Entmündigung gleich, weil für Selbstschädigungen kraft der Anordnung kein Raum wäre, ohne dass der tatsächliche Zustand berücksichtigt wird. Der Betroffene hätte keinen Anspruch auf Zustimmung zu seiner Willenserklärung und könnte seinen Willen dadurch nicht umsetzen. Da der Staat aber nicht das Recht hat, Menschen, die zur freien Willensbestimmung fähig sind, zu behindern, zu bessern oder zu erziehen,²⁴² indem sie vor sich selbst geschützt werden, gilt dies auch für den Betreuer, der auf einen staatlichen Beschluss hin tätig werden darf. Würde einem Wunsch nicht entsprochen, der nicht auf der krankheitsbedingten Uneinsichtigkeit beruht, so würde der Betreute behindert, ohne dass es diesbezüglich eine Rechtfertigung gäbe. Der Schutz des Einwilligungsvorbehalts wäre in diesem Fall nicht erforderlich. Es gäbe lediglich die Möglichkeit, den Einwilligungsvorbehalt aufzuheben. Dies ist bei einer grundsätzlichen Gefahr uneinsichtiger Schädigungen nicht interessengerecht. Der Betreuer hat gerade die Möglichkeit zu kontrollieren, ob Schutzbedürftigkeit im Einzelfall vorliegt oder nicht. Ferner würde die Aufhebung eines Einwilligungsvorbehalts einige Zeit in Anspruch nehmen, in der der Betreuer weiterhin an der Vornahme der gewünschten Rechtshandlung gehindert wäre.

²⁴² BayObLG, FamRZ 1993, S. 851; BayObLG, FamRZ 1995, S. 1518; BayObLG, FamRZ 1996, S. 897; BayObLG, BtPrax 2000, S. 123.

Eine konstitutive Feststellung der Selbstbestimmungsunfähigkeit hätte den Vorteil, dass für die gesamte Dauer des Einwilligungsvorbehalts Klarheit über die Fähigkeit des Betroffenen bestehen würde. Demgegenüber steht aber der Nachteil für den Betreuten, dass er von einer Teilnahme am Rechtsverkehr ausgeschlossen würde, ohne dass der jeweilige Stand seiner Erkrankung oder Behinderung berücksichtigt würde.²⁴³ Ob eine konstitutive Feststellung der Selbstbestimmungsunfähigkeit mit den Regelungen des Betreuungsrechts bzw. mit den Grundrechten zu rechtfertigen ist, erscheint sowohl betreuungsrechtlich als auch verfassungsrechtlich zweifelhaft.

(a) Berücksichtigung der Fähigkeiten des Betreuten i.S.d. § 1901 II, 2 BGB

Maßgeblich für die Beurteilungen der Fähigkeiten des Betreuten im Rahmen von § 1901 II, 2 BGB ist nicht der Zeitpunkt des Beschlusses über den Einwilligungsvorbehalt oder das Gutachten, welches dem Einwilligungsvorbehalt zugrunde liegt. Maßgeblich muss vielmehr immer der aktuelle Zeitpunkt sein, zu dem der Betreute seinen Wunsch äußert. Ob zu diesem Zeitpunkt die Selbstbestimmungsfähigkeit vorliegt, ist maßgeblich. In § 1901 II, 1 BGB heißt es „...im Rahmen seiner Fähigkeiten...“; die Fähigkeiten des Betreuten können aber nur richtig beurteilt werden, wenn sie zu dem Zeitpunkt, auf den sie sich beziehen, vorliegen. Dies ist der Zeitpunkt der Wunschäußerung. Der Betreuer hat daher zu prüfen, ob die krankheitsbedingte Uneinsichtigkeit zum Zeitpunkt der Wunschäußerung vorliegt. Damit setzt der Betreuer nur das fort, was sich als Anordnungsvoraussetzung für den Einwilligungsvorbehalt ergibt.

Der Einwilligungsvorbehalt hat die Funktion, den Betreuten zu kontrollieren.²⁴⁴ Diese Kontrolle ermöglicht die Feststellung der Schutzbedürftigkeit des Betreuten. Die Schutzbedürftigkeit muss damit immer vorliegen, damit der schützens-

²⁴³ BT-Drs. 11/4528 S. 60 zur Abschaffung der konstitutiven Wirkung der Geschäftsunfähigkeit.

²⁴⁴ Vgl. § 2 II.

werte Zustand aufrechterhalten wird. Der Betreute mit Einwilligungsvorbehalt ist aber im Gegensatz zu Nichtbetreuten, die in ihrer Selbstbestimmungsfähigkeit eingeschränkt sind und sich zu schädigen drohen, nicht ungeschützt. Er hat den Betreuer als ständigen Kontrolleur seiner Schutzbedürftigkeit. Der Betreuer hat damit die Möglichkeit zu überprüfen, ob der Betreute vor der entsprechenden Willenserklärung zu schützen ist.

Schutzbedürftigkeit ist aber immer nur dann gegeben, wenn der Betroffene sich gerade wegen seiner mangelnden Eigenverantwortlichkeit selbst zu schädigen droht.²⁴⁵ Dann hat der Betreute nicht mehr die Fähigkeit, sein Wohl durch seine eigenen Wünsche selbst zu bestimmen. Der selbstbestimmte Wunsch ist hingegen Ausdruck des Betreutenwohls.

Systematisch ergibt sich dies ebenfalls aus § 1896 I a BGB. Danach ist eine Betreuerbestellung gegen den freien Willen des zu Betreuenden unzulässig. Demgemäß kommt zum Ausdruck, dass der freie Wille absoluten Vorrang genießt.²⁴⁶ Die Betreuerbestellung selbst führt dazu, dass der Betreuer durch die Einräumung der Vertretungsmacht nach § 1902 BGB, potentiell die Wünsche des Betreuten übergehen kann. Diese Gefahr wird durch das Ablehnungsrecht des Betreuten nach § 1896 I a BGB ausgeschlossen. Wenn aber gegen den freien Willen des Betreuten kein Betreuer bestellt werden darf, so muss es auch unzulässig sein, wenn der Betreuer gegen den freien Willen des Betreuten Rechtshandlungen vornimmt, die diesen rechtlich treffen. Eine Bestellung gegen den freien Willen des Betroffenen stellt einen Eingriff in die Würde des Betroffenen dar, der zu unterlassen oder zu beseitigen ist.²⁴⁷ Aber auch ein Handeln gegen den freien Willen muss seitens des Betreuers unterlassen oder wieder beseitigt werden. Dies ist ein Grundsatz, der sich aus § 1896 I a BGB ableiten lässt. Dieser

²⁴⁵ *Lipp*, S. 161; *Lipp*, BtPrax 2005 S. 6, 8.

²⁴⁶ BT-Drs. 15/2494 S. 28.

²⁴⁷ BT-Drs. 15/2494 S. 28.

Grundsatz hat aber nicht nur für die Betreuerbestellung, sondern auch für die Auslegung betreuungsrechtlicher Vorschriften Bedeutung.

Hinzu kommt, dass auch der an einem Gebrechen im Sinne des § 1896 I BGB leidende Betroffene in der Lage sein kann, einen freien Willen zu bilden und zu äußern.²⁴⁸ Selbst wenn bei der Anordnung des Einwilligungsvorbehalts festgestellt worden ist, dass der Betroffene nicht mehr zur freien Willensbildung fähig ist, darf daraus nicht der Schluss für die gesamte Dauer des Einwilligungsvorbehalts gezogen werden, er sei uneinsichtig. Aber selbst wenn eine allgemeine Uneinsichtigkeit besteht, so ist nicht festgestellt, wie sich die Uneinsichtigkeit im konkreten Fall auswirkt. Bereits aus den betreuungsrechtlichen Regelungen ergibt sich, dass die Fähigkeit zum eigenverantwortlichen Entscheiden bei der Auslegung des einem Wunsch zuwiderlaufenden Wohls zu berücksichtigen ist. Überdies könnte dies auch verfassungsrechtlich geboten sein.

(b) Die Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts

Die Stärkung der Selbstbestimmung war ein wesentliches Ziel der Reform des Betreuungsrechts.²⁴⁹ Es darf nicht vergessen werden, dass ein Betreuer von Verfassungswegen keinen anderen Begrenzungen und Einschränkungen unterliegt als jeder Nichtbetreute. Der Betreute darf daher im Rahmen der Begrenzungen des Art. 2 I GG - der verfassungsgemäßen Ordnung und des Sittengesetzes - alle Entscheidungen zum Zwecke selbstbestimmter Lebensgestaltung treffen, die nicht unbedingt vernünftig sein müssen. Der Betreute, der einem Einwilligungsvorbehalt unterliegt, ist der Beschränkung des Einwilligungserfordernisses unterstellt. Im Rahmen der Anordnung dieses Einwilligungsvorbehalts war das Selbstbestimmungsrecht bzw. die Fähigkeit des Betreuten zum selbstbestimmten Entscheiden bereits zu berücksichtigen. Für das Innenverhältnis zwi-

²⁴⁸ BT-Drs. 15/2494 S. 28.

²⁴⁹ BT-Drs. 11/4528, S. 40.

schen Betreuer und Betreutem im Rahmen der Auslegung des § 1901 III, 1 BGB ist die Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts ein weiteres Mal zu untersuchen.

Unabhängig von der umstrittenen Frage,²⁵⁰ ob der Betreuer dem Staat zuzuordnen ist oder als Privater handelt, wirken die Grundrechte, und damit auch das Selbstbestimmungsrecht, in das Verhältnis zwischen Betreuer und Betreuten hinein.²⁵¹ Da auch die Auslegung und Anwendung von Privatgesetzen dazu verpflichtet, die Schutzpflichten des Staates und die Ausstrahlung der Grundrechte als objektive Wertordnung zu beachten, sind die Grundrechte im Rahmen von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln in die Gesetzesauslegung und -anwendung mit einzubeziehen.²⁵² Bei dem Wohl des Betreuten handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der einer Auslegung bedarf. Die Bedeutung und die generelle Reichweite des Selbstbestimmungsrechts bilden den verfassungsrechtlich zu beachtenden Rahmen für alle betreuungsrechtlichen Maßnahmen, die sich gegen den Willen richten. Dies gilt auch für alle Formen des aufgedrängten Schutzes, also auch für die Folge des Einwilligungsvorbehalts.

Das Grundgesetz gewährleistet durch Art. 1 I GG die Untastbarkeit der Würde des Menschen. Wesentliches Element der Menschenwürde ist es, das eigene Leben selbstbestimmt gestalten zu können.²⁵³ Die Selbstbestimmung oder Autonomie des Menschen ist das „Herzstück“ der Menschenwürde und erfasst grundsätzlich die gesamte Rechtssphäre des Einzelnen. Dabei ist zunächst ohne Belang, ob der Betroffene konkrete Fähigkeiten besitzt, um die zur Selbstbestim-

²⁵⁰ Zur Rechtsnatur des Betreuerhandelns, *Tietze*, S. 60 ff.

²⁵¹ BVerfGE 90, S. 145, 172; 59, S. 275, 278; 59, S. 208, 225; *Schwabe*, JZ 1998, S. 70ff.; grundlegend zur Unterbringung im Rahmen des Vormundschaftsrecht: BVerfGE 10, S. 302, 327 mit der Begründung, dass das Vormundschaftsrecht einen öffentlich-rechtlichen Einschlag habe.

²⁵² st. Rspr. seit BVerfGE 7, 198 ff.

²⁵³ BGH, NJW 1961, S. 1397, 1398 (Beschwerderecht eines Geschäftsunfähigen gegen die Anordnung einer Gebrechlichkeitspflegschaft); Schmidt-Bleibtreu/*Klein*, Art. 1 GG Rn. 1.

mung erforderlichen Kenntnisse zu gewinnen oder sich entsprechend verhalten zu können, da Menschenwürde jedem Menschen zukommt.²⁵⁴ Art. 3 I und III GG machen darüber hinaus deutlich, dass auch Kranken und Behinderten das Selbstbestimmungsrecht zusteht.²⁵⁵ Geschützt wird ihr natürlicher, und damit der von seinen Motiven und seiner Zielsetzung ausgelöste, klare Wille.²⁵⁶ Hieraus wird bereits deutlich, dass die Norm des § 1901 III, 1 BGB, nach der der Betreuer den Wunsch grundsätzlich beachten muss, bereits verfassungsrechtlich geboten ist. Wann steht es aber mit dem Selbstbestimmungsrecht im Einklang, dass der Wunsch des Betreuten nicht beachtet wird?

Jedermann hat grundsätzlich die Freiheit, sich zu gefährden, so dass es auch jedem freisteht, Hilfe zurückzuweisen.²⁵⁷ Sobald ein Einwilligungsvorbehalt besteht, geht es nun nicht um Zurückweisung von Hilfe, sondern um einen Anspruch auf Hilfe zur Gefährdung. Es geht dabei um etwas anderes als ein Abwehrrecht gegen aufgedrängte Handlungen zum Schutz des Betroffenen, wie es z.B. bei der Ablehnung einer Heilbehandlung der Fall wäre. Vielmehr geht es um die Frage, ob das Selbstbestimmungsrecht einen Anspruch auf eine Hilfe begründen kann. Neben der Schutzfunktion ist es aber auch die Aufgabe der Betreuung, die rechtliche Handlungsfähigkeit herzustellen.²⁵⁸ Die rechtliche Handlungsfähigkeit ist dem Betreuten durch die Anordnung des Einwilligungsvorbehalts jedoch genommen. Würde ihm ein Anspruch auf die Zustimmung zu seiner Willenserklärung versagt, würde dies einen Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht fortsetzen, obwohl die Möglichkeit besteht, diesen Eingriff zu hei-

²⁵⁴ Jarras/Pieroth-Jarras Art. 1 Rn. 5; Mangoldt/Klein/Starck-Starck Art. 1 Rn. 17; Schmidt-Bleibtreu/Klein Art. 1 GG Rn. 2. Insofern ist es abzulehnen, wenn vertreten wurde, dass die Menschenwürde nur denjenigen zukommen könne, die sie selbst herstellen können, so z. B. *Luhmann*, Grundrechte S. 68ff.

²⁵⁵ *Lipp*, S. 156 unter Verweis auf *Voigt*, S. 79 f.; *Diercks*, S. 63 ff.

²⁵⁶ BVerfGE 10, S. 302, 309f.; 59, S. 160, 382; *Buschmann*, NJW 1970, S. 2081, 2083; *Lipp*, S. 138.

²⁵⁷ BVerfGE 10, 302, 327 f.; BVerfGE 22, 180, 218 f.; BVerfGE 30, 47, 53; BVerfGE 58, 208, 225 f.; BVerwGE 20, 188; BVerwGE 26, 182, 183; BayObLG, FamRZ 1994, S. 998, 999; LG Frankfurt, NJW 1977, 1924, 1925; weitere Nachweise bei *Littwin*, S. 10 ff.

²⁵⁸ *Lipp*, BtPrax 2005, S. 6, 7.

len. Die rechtliche Handlungsfähigkeit des Betreuten würde nicht hergestellt. Wird die Selbstbestimmung durch einen hoheitlichen Akt beschränkt, muss der Staat Vorsorge dafür treffen, dass dieser Eingriff sich im Rahmen des Erforderlichen hält. Das bedeutet aber für die Fälle, in denen eine Beschränkung der Selbstbestimmung nicht erforderlich ist, ist die Selbstbestimmung wieder herzustellen. Kann dies nur mittels einer Handlung erfolgen, so hat der Betroffene Anspruch auf diese Handlung.

Das Selbstbestimmungsrecht und die Freiheitsrechte insgesamt schützen die Autonomie des Einzelnen, so dass eine staatliche Schutzpflicht sich nicht gegen den Grundrechtsträger richten darf.²⁵⁹ Ein Eingriff in die Freiheitsrechte liegt vor dann vor, wenn die eigenverantwortliche Entscheidung des Grundrechtsträgers ignoriert wird.²⁶⁰ Würde aber der durch den Einwilligungsvorbehalt geschaffene Zustand aufrechterhalten, ohne dass die Fähigkeit zur selbstbestimmten Entscheidung Berücksichtigung findet, würde sich die staatliche Schutzpflicht ohne Notwendigkeit gegen den Betreuten richten. Rechtlich ist die Mithilfe des Betreuers bei vorliegendem Einwilligungsvorbehalt stets erforderlich, da das Rechtsgeschäft von seiner aktiven Handlung, nämlich der Zustimmung zu dem Rechtsgeschäft, abhängt. Dies ist geboten, wenn der Betreute eine eigenverantwortliche Entscheidung getroffen hat. Die fehlende Umsetzung des Wunsches führt damit faktisch dazu, dass der Betreuer die Entscheidung des Betreuten durch seine eigene ersetzt.²⁶¹ Damit bleibt der Zustand der Handlungsunfähigkeit bestehen, obwohl keine Schutzbedürftigkeit des Betreuten existiert. Das Selbstbestimmungsrecht des Betreuten bestimmt daher die Auslegung des Wohls des Betreuten.

²⁵⁹ Sachs-*Murswiek*, Art 2 GG Rn. 209.

²⁶⁰ *Dietlein*, S. 220, *Lipp*, S. 131.

²⁶¹ Praktisch könnte der Betreuer den Wunsch im Rechtsverkehr verwirklichen, indem er zwar die Zustimmung unterlässt, ebenso aber auf die Rückabwicklung des Vertrages gegenüber dem Vertragspartner verzichtet und sich diesem gegenüber nicht auf die Nichtigkeit des Vertrages beruft.

(c) Bedeutung des Gleichheitssatzes

Aus Art. 3 I GG könnte ebenfalls folgen, dass der eigenverantwortliche Wunsch des Betreuten mit dessen Wohl übereinstimmt. Würde dem Betreuten der Anspruch auf die Zustimmung durch den Betreuer verweigert, stellt dies eine Ungleichbehandlung im Vergleich zu solchen Menschen dar, deren Handlungsfähigkeit nicht durch die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts beschränkt ist. Aus Art. 3 I GG folgt der allgemeine Gleichheitsgrundsatz, der es gebietet, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln.²⁶² Nach der neuen Formel des Bundesverfassungsgerichts²⁶³ bedarf es für die Ungleichbehandlung vergleichbarer Gruppen einen sachlichen Grund.²⁶⁴ Die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts mit der Voraussetzung der fehlenden Eigenverantwortlichkeit könnte einen hinreichenden sachlichen Grund darstellen. Solange aber der Wunsch eines Betreuten mit Einwilligungsvorbehalt zustandsbedingt eigenverantwortlich ist, ist kein sachlicher Grund erkennbar, der eine Ungleichbehandlung mit einem Betreuten ohne Einwilligungsvorbehalt oder einem Nichtbetreuten rechtfertigt. Würde die rechtliche Handlungsfähigkeit des Betreuten durch die Zustimmung zu der einwilligungsbedürftigen Willenserklärung nicht hergestellt, läge eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung vor. Die Rechtfertigung des Schutzes vor uneinsichtiger Selbstschädigung, die den Einwilligungsvorbehalt zulässt, wäre weggefallen. Der Betreuer muss damit den Zustand herstellen, der ohne den Einwilligungsvorbehalt bestünde. Dies ist durch die Erteilung der Zustimmung herbeizuführen.

²⁶² BVerfGE 4, S. 144, 155.

²⁶³ BVerfGE 55, S. 72, 88.

²⁶⁴ Jarass/Piero, Art. 3 Rn. 5; Mangoldt/Klein/Starck-Starck, Art. 3 Rn. 10; v. Münch/Kunig-Gubelt Art. 3 Rn. 11.

(3) Zwischenergebnis

Sowohl aus der Gesamtschau betreuungsrechtlicher Normen §§ 1896 I a, 1901 III, 1 und II, 2 BGB als auch aus dem grundrechtlich geschützten Selbstbestimmungsrecht und dem Gleichheitsgrundsatz ergibt sich, dass der Betreuer die Zustimmung zu erteilen hat, wenn die zustimmungsbedürftige Willenserklärung Ausdruck eines selbstbestimmten und damit eigenverantwortlichen Wunsches ist.

Die Aufgabe im Rahmen der Entscheidung über die Zustimmung zu einer Willenserklärung des Betreuten ist es daher, zunächst festzustellen, ob der Wunsch Ausdruck eines freien, selbstbestimmten Willens ist. Liegt ein solcher eigenverantwortlicher Wunsch vor, so hat der Betreuer diesem zu entsprechen, weil Wunsch und Wohl deckungsgleich sind. Ein eigenverantwortlicher Wunsch läuft dem Wohl des Betreuten nicht im Sinne des § 1901 III, 1 BGB entgegen. Das Vorliegen einer erheblichen Gefahr für die Person oder das Vermögen des Betreuten wäre in diesem Fall unerheblich. Die Bindung an Wille und Wunsch des Betreuten ist in der Weise zu verstehen, dass das Wohl des Betreuten dem entspricht, was er selber im Rahmen der durch das Grundgesetz geprägten und geschützten Rechtslage entscheidet, solange er zu einer Entscheidung imstande ist.²⁶⁵

ee. Berücksichtigung der uneinsichtigen erheblichen Selbstschädigung

Wirkt sich die Erkrankung oder Behinderung auf die Selbstbestimmungsfähigkeit des Betreuten aus, so bedeutet dies aber noch nicht, dass der Wunsch dem Wohl zuwiderläuft.

Kommt der Betreuer zu dem Ergebnis, dass der Wille nicht frei und unbeeinflusst von der Krankheit gebildet worden ist und der Betreute nicht nach zutreffend gewonnenen Einsichten handeln wird, so liegt „nur“ ein natürlicher Wille

²⁶⁵ Hoffmann, BtPrax 2001, S. 60, 63.

vor. Grundsätzlich ist auch ein natürlicher, und damit von seinen Motiven und seiner Zielsetzung ausgelöster, klarer Wille vom Selbstbestimmungsrecht umfasst.²⁶⁶ Art. 2 I GG schützt insbesondere auch die Freiheit der nicht-angepassten Kranken und Behinderten in ihrer spezifischen Lebensform,²⁶⁷ insofern kann ihnen bei einem solchen Ausdruck der Persönlichkeit nicht ihr eigenes Wohl entgegengehalten werden. Die Einschränkungsmöglichkeit des natürlichen Willens bringt das Gesetz durch § 1901 III, 1 BGB zum Ausdruck. Eine unbeschränkbare Freiheit zur Selbstschädigung durch Willenserklärungen im Hinblick auf die Person oder das Vermögen erscheint für solche Menschen bedenklich, die zustandsbedingt - also krankheits- oder behinderungsbedingt - nicht in der Lage sind, die konkrete Gefährlichkeit einer Situation einzuschätzen und Handlungsalternativen zu erkennen, die die Gefahr mindern oder abwenden könnten. Eine Differenzierung zwischen dem Selbstbestimmungsrecht und dem Recht auf Ausübung der Selbstbestimmung kann daher unter Umständen geboten sein. Selbstbestimmtes Entscheiden setzt auch voraus, dass der Betroffene die tatsächlichen Fähigkeiten zur Selbstbestimmung besitzt.²⁶⁸ Unter diesem Aspekt können Maßnahmen geboten sein, die ausschließlich den Zweck verfolgen, einen Erkrankten vor sich selbst in Schutz zu nehmen und Entscheidungen zu treffen, die dessen eigenem Wohl dienen.²⁶⁹ Nur der natürliche Wille darf aber bei Vorliegen gewichtiger sachlicher Erwägungen unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eingeschränkt werden.²⁷⁰

²⁶⁶ BVerfGE 10, S. 302, 309 f.; 59, S. 160, 382; *Buschmann*, NJW 1970, S. 2081, 2083; *Lipp*, S. 138.

²⁶⁷ BVerfGE 10, S. 302, 309; OLG Frankfurt, NJW 1998, S. 1527, die kommt auch durch die Anerkennung des Rechts auf Freiheit zur Krankheit zum Ausdruck, BVerfGE 58, 208, S. 224 ff., BVerfG, NJW 1998, S. 1774.

²⁶⁸ BVerfG, FamRZ 1999, S. 985, 987; *Lipp*, S. 130.

²⁶⁹ So BVerfG, NJW 1998, S. 1774 f. zur Unterbringung eines psychisch Kranken.

²⁷⁰ Für die Anordnung der Betreuung BT-Drs. 15/2494 S. 28, *Schmitz*, S. 189 ff.

Wie bereits festgestellt, ist jeder Wunsch, unabhängig von der Geschäftsfähigkeit des Betreuten oder der Rationalität des Wunsches, zu beachten.²⁷¹

Der Wunsch muss dem Wohl des Betreuten zuwiderlaufen. Zuwiderlaufendes Wohl liegt dann vor, wenn der Wunsch eine Selbstschädigung hervorruft und damit „eine erhebliche Gefahr für das Vermögen oder die Person des Betreuten“ besteht und der Betreute dies gerade wegen seiner eingeschränkten Eigenverantwortlichkeit nicht erkennen kann²⁷² und sich daraus ein Schutzbedürfnis für den Betreuten ergibt.

(1) Bevorstehende erhebliche Selbstschädigung

Die erheblichen Gefahren für die Person oder das Vermögen, die eine Anordnung des Einwilligungsvorbehaltes zulassen, müssen sich in der konkreten Willenserklärung des Betreuten realisieren. Die Wirksamkeit der Willenserklärung muss eine erhebliche Selbstschädigung herbeiführen. Solange die Entsprechung des Wunschs nicht mit einer erhebliche Selbstschädigung an der Person oder dem Vermögen des Betreuten einhergeht, läuft der Wunsch dem Wohl nicht zuwider. Ob aus der Willenserklärung eine erhebliche Selbstschädigung für den Betreuten folgt, ist vom Einzelfall abhängig. Dabei sind wiederum die Fähigkeiten und Möglichkeiten des Betreuten zu berücksichtigen. Wünsche eines vermögenden Betreuten nach einem gewissen Luxus sind zu erfüllen und die Beibehaltung seines bisherigen Lebensstils ist zu gewährleisten, selbst wenn es dadurch zu einer Verringerung seines Vermögens kommt.²⁷³

Eine besondere Abwägung unter Beachtung des Erforderlichkeitsprinzips ist immer geboten, wenn eine Gefahr für das Vermögen deshalb angenommen wird, weil vom Betreuten wirtschaftlich nachteilige Geschäfte abgeschlossen wer-

²⁷¹ Vgl. oben § 2 III. 1.a.

²⁷² Lipp, BtPrax 2005, S. 6, 7.

²⁷³ Jürgens-Jürgens, § 1901 Rn. 7.

den,²⁷⁴ das Vermögen verschleudert²⁷⁵ oder für Dinge eingesetzt wird, die nach den Lebensverhältnissen des Betroffenen keine Vorteile bringen.²⁷⁶ Eine Gefahr für das Vermögen ist im Rahmen der Anordnung des Einwilligungsvorbehaltes dann gegeben, wenn der Vermögensstand entweder durch die Minderung des Aktivbestandes oder durch die Mehrung des Passivbestandes verringert wird.²⁷⁷ Ob dann immer eine erhebliche Schädigung vorliegt, erscheint zweifelhaft. Folgendes Beispiel soll die Problematik verdeutlichen:

Beispiel.²⁷⁸

Bei der Betreuten besteht hinsichtlich des Aufgabenkreises Vermögenssorge ein Einwilligungsvorbehalt. Diese hat infolge einer Operation einen Hirnschaden erlitten, der möglicherweise auf einen Behandlungsfehler der Ärzte zurückzuführen ist.

Sie verklagt, vertreten durch die Betreuerin, das Krankenhaus und den behandelnden Arzt auf eine hohe Summe an Schadensersatz. Im erstinstanzlichen Urteil wird festgestellt, dass ein Behandlungsfehler vorliegt. Die Kausalität von Behandlungsfehler für den Schaden der Betreuten wird aufgrund des Sachverständigengutachtens verneint und die Klage abgewiesen. Die Betreute verfügt noch über ein Vermögen, um die Kosten der Berufung tragen zu können. Die beauftragte Rechtsanwältin sieht die Berufungsaussichten als gut an. Würde die Berufung abgewiesen, so wäre die Betreute infolge der Kosten vermögenslos. Dies hat das Vormundschaftsgericht veranlasst, der Betreuerin deutlich zu machen, dass dem

²⁷⁴ BayObLG, BtPrax 2000, S. 123.

²⁷⁵ BayObLG FamRZ 1994, S. 1061, 1062 = BtPrax 1994, S. 135, 136.

²⁷⁶ BayObLG FamRZ 1997, S. 902 = BtPrax 1997, S. 160.

²⁷⁷ Henn-Baier, S. 133.

²⁷⁸ Der Beispielfall war Gegenstand eines Beratungsgesprächs, welches ich im Rahmen meiner Tätigkeit beim BdB e.V. führte.

Wunsch der Betreuten nicht gefolgt werden dürfe, weil er eine Selbstschädigung darstelle, die gerade der Einwilligungsvorbehalt verhindern wolle.

Ob in solchen Fällen eine erhebliche Selbstschädigung vorliegt, ist bereits fraglich. Für den Fall, dass die Berufung zurückgewiesen wird, ist eine Minderung des Vermögens die Folge. Im Falle der Begründetheit der Berufung wäre durch die Nichteinlegung der Berufung ein Vermögensschaden eingetreten. Im Rahmen der Frage, ob der Wunsch dem Wohl zuwiderläuft, ist das Vorliegen einer erheblichen Selbstschädigung nur ein Teilaspekt, denn die Fähigkeiten und Möglichkeiten des Betreuten sind bei der rechtlichen Bewertung zu berücksichtigen. Zunächst ist der Kausalzusammenhang zwischen dem Wunsch, z.B. ein unvorteilhaftes Geschäft abzuschließen, und der Erkrankung oder Behinderung des Betreuten zu erörtern.

(2) Kausalität zwischen Wunsch und Erkrankung

Beispiel:

Die Betreute leidet an Demenz. Es besteht ein Einwilligungsvorbehalt in der Vermögenssorge. Die Betreute nimmt seit vielen Jahren an kostenpflichtigen Gewinnspielen teil. Seit der Demenzerkrankung haben sich die Spielteilnahmen anzahlmäßig erhöht, da sie vergisst, dass sie bereits an einem Gewinnspiel teilgenommen hat. Das kostenpflichtige Gewinnspiel selbst könnte eine Schädigung beinhalten und damit dem Wohl der Betreuten zuwiderlaufen. Da sie aber auch schon vor der Erkrankung an solchen Gewinnspielen teilgenommen hat, beruht die Teilnahme als solche nicht auf der Erkrankung. Lediglich die zusätzliche Teilnahme stellt sich gegebenenfalls als krankheitsbedingt dar, da die Betreute aufgrund ihrer Erkrankung nicht erkennen kann, dass sie ihren Wunsch bereits er-

füllt hat. Der Wunsch selbst an einen Gewinnspiel teilzunehmen ist daher nicht krankheitsbedingt, sondern Ausdruck ihres Lebensentwurfs. Aber die zusätzliche auf Vergesslichkeit beruhende Teilnahme, beruht kausal auf der Demenzerkrankung und ist so nicht vom Lebensentwurf erfasst.

Der Wunsch des Betreuten, der eine Selbstschädigung herbeiführt, muss gerade Ausdruck der Erkrankung des Betreuten sein.²⁷⁹ Grundsätzlich ist einem von den Motiven losgelösten Wunsch des Betreuten zu entsprechen, es sei denn, der Wunsch läuft dem Wohl zuwider. Würde der Betreuer es unterlassen, nach der Grundlage des Wunsches zu suchen, so käme die Betreuung mit Einwilligungsvorbehalt einer Entmündigung gleich und würde den Betreuten außerhalb des Erforderlichen beschränken. Die Motive des Betreuten für einen Wunsch sind im Rahmen der Feststellung des Wohls mit einzubeziehen. Äußert der Betreute Gründe für seinen Wunsch, die ebenso von einem Mündigen erwogen werden könnten bzw. dem spezifischen Lebensentwurf des Betreuten entsprechen, so ist die Frage einer uneinsichtigen Selbstschädigung immer gesondert zu prüfen.²⁸⁰

Soziale Auffälligkeiten, die nicht mit den Lebensvorstellungen des Betreuers oder der Allgemeinheit übereinstimmen, den Betreuten aber charakterlich prägen und die Form seiner Lebensgestaltung ausmachen, sind hinzunehmen und berechtigen nicht zu einer Beschränkung.²⁸¹ Daher ist z.B. auch der Wunsch beachtlich, der darauf abzielt, das dem Betreuten gehörende Einfamilienhaus nicht zu vermieten, auch wenn dies mit Einbußen in vermögensrechtlicher Hinsicht verbunden ist.²⁸² Erhebliche Selbstschädigung, die aber Teil des Lebensentwurfs des Betreuten ist oder Ausdruck seiner Fähigkeiten, darf nicht dazu führen, dass

²⁷⁹ OLGR Schleswig 2003, S. 391, 392 = OLG Schleswig, BtPrax 2003, S. 223, 224 zur Unterbringung; Lipp, BtPrax 2002, S. 47, 49 zur Zwangsbehandlung.

²⁸⁰ So für die Verweigerung einer ärztlichen Heilbehandlung Tietze, S. 124.

²⁸¹ Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann-Bienwald, § 1901 Rn. 18; HK-BUR-Bauer § 1901 Rn. 27.

²⁸² OLG Schleswig, MDR 2001, S. 1299 = BtPrax 2001, S. 211.

der Wunsch des Betreuten nicht verwirklicht wird und der Betreuer die rechtliche Handlungsfähigkeit des Betreuten nicht herstellt.

Die mangelnde Eigenverantwortlichkeit drückt sich aber nicht in jedem Wunsch aus, der Nachteile bedeuten kann. Ein weiteres Beispiel soll dies verdeutlichen:

Beispiel:

Der Betreute ist geistig behindert und leicht beeinflussbar. Für ihn besteht ein Einwilligungsvorbehalt in der Vermögenssorge, weil er viele Verpflichtungen eingeht, ohne dies überblicken zu können und sich so eine Gefahr für sein Vermögen ergibt. Er benötigt eine neue Waschmaschine. Mit der Betreuerin hat er besprochen, dass er eine Neuware kaufen wird. Zu diesem Zweck händigt ihm die Betreuerin 400 € aus. Der Betreute geht daraufhin in einen Gebrauchtwarenladen und kauft eine Waschmaschine für 150 € und für die restlichen 250 € erwirbt er Computerspiele, weil er gerne spielt und mangels Geld sich diese nicht leisten kann.

Unabhängig von der Frage, ob in diesem Beispielfall eine Selbstschädigung vorliegt, bestehen an der Kausalität zwischen der geistigen Behinderung und dem Wunsch des Betreuten, eine gebrauchte Waschmaschine und Computerspiele zu erwerben, erhebliche Zweifel.

Anders wäre der Fall zu beurteilen, wenn der Betreute unter dem vorherrschenden Einfluss eines Freundes stünde, der ihn überredet, Computerspiele zu kaufen, obwohl der Betreute gar kein Interesse an solchen Spielen hat, der Betreute sich aber wegen seiner Willensschwäche darauf einlässt, die Spiele zu kaufen.

ff. Erforderlichkeitsprüfung

Im Rahmen einer Erforderlichkeitsprüfung können die gegensätzlichen Interessen, die sich aus der Wunschtsprechung ergeben, noch einmal gegeneinander abgewogen werden. Die Erforderlichkeitsprüfung ist das letzte Korrektiv vor unangemessenen Eingriffen in die Selbstbestimmung und Selbstverwirklichung des Betreuten.²⁸³ Das Erforderlichkeitsprinzip ist als grundlegendes Prinzip stets zu beachten.²⁸⁴ Das Erforderlichkeitsprinzip gewährleistet, die Eigenständigkeit und Eigenverantwortlichkeit des Betreuten zu erhalten.²⁸⁵ Grundsätzlich begrenzt das Erforderlichkeitsprinzip als Mittel-Zweck-Relation Eingriffe. Im Rahmen dieser Erörterung stellt sich die Frage, inwieweit es aus Gründen der Erforderlichkeit geboten ist, dass die durch den Einwilligungsvorbehalt vorgenommene Einschränkung aufrechterhalten werden muss, oder ob diese Beschränkung durch wunschgemäße Zustimmung zu der Willenserklärung des Betreuten zu beseitigen ist. Der Grundsatz der Erforderlichkeit erstreckt sich damit nicht nur darauf, ob eine konkrete Maßnahme des Betreuers erforderlich ist, sondern unter dem Blickwinkel des Herstellens rechtlicher Handlungsfähigkeit eben gerade auch darauf, ob die Aufrechterhaltung der Handlungsunfähigkeit weiterhin erforderlich ist. Hier ist also zu fragen: Ist die Ablehnung der Zustimmung geeignet, erforderlich und angemessen, um die Selbstbestimmung zum Schutz der Person oder des Vermögens des Betreuten zu beschränken? Die zu überprüfende Maßnahme ist somit nicht eine Handlung des Betreuers, sondern eine Unterlassung.

Die Versagung der Zustimmung muss geeignet sein, die Gefahr für die Person oder das Vermögen des Betreuten zu verhindern. Die Willenserklärung bleibt unwirksam und dem Betreuten erwachsen keine Rechtspflichten. Für den Fall,

²⁸³ Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein- *Jürgens*, Rn. 241.

²⁸⁴ BT-Drs. 11/4528, S. 58; MünchKomm-*Schwab*, § 1896 Rn. 39ff. Jürgens-*Jürgens*, § 1896 Rn. 15.

²⁸⁵ *Damrau/Zimmermann*, § 1896 Rn. 11.

dass er schon Leistungen erbracht hat, bleibt dem Betreuten dann ein Rückabwicklungsanspruch nach §§ 812 ff. BGB. Im Hinblick auf die Eignung bestehen keine Zweifel.

Ebenso verhält es sich bei der Erforderlichkeit im engeren Sinne als der Wahl des mildesten Mittels. Der Betreuer hat zwar zunächst zu versuchen, den Betreuten davon zu überzeugen, dass die Willenserklärung schädlich ist. In diesem Gespräch könnte sich ergeben, dass der Betreute seinen Wunsch nicht mehr darauf richtet, an der Willenserklärung festzuhalten. Es bleibt dann zwar bei einer Versagung der Zustimmung, diese Versagung entspricht jedoch in diesem Fall dem Wunsch des Betreuten und stellt ein milderes Mittel dar. Ein solches Vorgehen ist auch unter Rehabilitationsgesichtspunkten (§ 1901 IV BGB) erforderlich. Ein weiteres milderes Mittel, welches die Selbstschädigung des Betreuten verhindert, ist nicht ersichtlich, außer der Ablehnung der Zustimmung zu der Willenserklärung. Die drohende konkrete Selbstschädigung muss zudem zu der Beschränkung der Handlungsfähigkeit in einem angemessenen Verhältnis stehen.

Erst an dieser Stelle kommt es daher zu der oben erörterten Güterabwägung²⁸⁶ zwischen den gegenüberstehenden Interessen des Betreuten. Der Wunsch soll danach vor allem dann dem Wohl des Betreuten widersprechen, wenn seine Verwirklichung höherrangige Rechtsgüter gefährden würde als die mit dem Wunsch angestrebten.²⁸⁷ Erst wenn der Betreute krankheits- oder behinderungsbedingt nicht mehr einsichtig im Hinblick auf die Gefährdung bzw. die Gewichtung seiner Rechtsgüter ist, darf ein fürsorglicher Dritter - in Person des Betreuers - eine Güterabwägung vornehmen. Der Wunsch darf daher zurücktreten, wenn Rechtsgüter des Betreuten gefährdet werden, die im Rang über den vom Wunsch verfolgten Interessen stehen (Leben, Gesundheit, sonstige fundamentale

²⁸⁶ Vgl. oben § 2 III. 3.b.cc.

²⁸⁷ Schwab, FamRZ 1992, S. 493, 503; MünchKomm-Schwab, § 1901 Rn. 14.

Persönlichkeitsrechte etwa gegenüber Freizeitwünschen des Betreuten).²⁸⁸ Im Rahmen des Einwilligungsvorbehalts ist dies konkret die Person des Betreuten mit seinen personalen Rechtsgütern, aber auch das Vermögen des Betreuten ist schützenswert und kann bei entsprechender Gefährdung über den mit dem Wunsch verfolgten Interessen stehen.

gg. Zwischenergebnis

Der Betreuer hat, gerade auch im Rahmen des Einwilligungsvorbehaltes, grundsätzlich den Wünschen des Betreuten zu entsprechen. Bei der Frage, ob der Wunsch dem Wohl des Betreuten zuwiderläuft, hat er nicht nur darauf abzustellen, ob der Wunsch eine erhebliche Selbstschädigung verursachen wird, sondern er hat zunächst zu überprüfen, ob der Wunsch auf krankheits- oder behinderungsbedingter Uneinsichtigkeit beruht. Ist dies nicht der Fall, hat er dem Wunsch zu entsprechen. Erst wenn feststeht, dass der Wunsch auf mangelnder Eigenverantwortlichkeit beruht, ist zu überprüfen, ob im Hinblick auf die erhebliche Selbstschädigung eine Versagung des Wunsches erforderlich ist. Erst darin liegt das zuwiderlaufende Wohl begründet, welches die Bindung an die Wünsche des Betreuten einschränkt.

(1) Bedeutung für den Betreuten

Für die Entscheidung des Betreuers, ob er einer Willenserklärung des Betreuten zustimmt oder nicht, hat die beschriebene Vorgehensweise für die Verwirklichung der Selbstbestimmung große Bedeutung. Der Betreuer hat dem Wunsch des Betreuten zu entsprechen, der darauf gerichtet ist, seiner Willenserklärung die Zustimmung zu erteilen. Daraus ergibt sich ein Anspruch des Betreuten auf die Erteilung der Einwilligung, sofern dies nicht seinem Wohl zuwiderläuft. Der Betreuer darf zunächst nicht nach eigenem Ermessen feststellen, ob eine Schädigung vorliegt und dieses mit dem zuwiderlaufenden Wohl gleichsetzen. Damit

²⁸⁸ MünchKomm-Schwab, § 1901 Rn. 14; ähnlich *Knittel*, § 1901 Rn. 9.

verbleibt dem Betreuten ein Recht auf eigenverantwortliche Selbstschädigung, wenn der Betreuer den Schwebezustand beendet und der Willenserklärung des Betreuten zur Wirksamkeit verhelfen muss. Nur bei der beschriebenen Prüfungsfolge kann sichergestellt werden, dass der Betreuer seine Aufgabe darauf konkretisiert, den Betreuten vor uneinsichtigen Selbstschädigungen zu schützen und den Einwilligungsvorbehalt nicht für erzieherische Maßregeln gebraucht. Für den Betreuten wird gewährleistet, dass seine Handlungsfreiheit im rechtsgeschäftlichen Bereich tatsächlich auf das erforderliche Maß beschränkt wird. Damit hat auch der Betreute, für den ein Einwilligungsvorbehalt besteht, die Möglichkeit Risiken einzugehen, soweit er diese einsehen kann. Ist er diesbezüglich uneinsichtig, so schützt ihn der Betreuer, indem er für den Fall erheblicher Schädigungen die Zustimmung versagt. Er wird dadurch gegenüber Nichtbetreuten gleichgestellt.²⁸⁹

(2) Bedeutung für den Betreuer

Für den Betreuer bedeutet eine solche Vorgehensweise auf den ersten Blick eine komplexe Entscheidungsfindung. Für den Betreuer ist es einfacher, bei Zweifeln so zu entscheiden, dass das objektiv verstandene Interesse dem Wunsch vorgeht. Auch ist eine Abwägung, bei der „höherrangige“ Interessen dem Wunsch vorgehen, auf den ersten Blick unproblematischer. Im Rahmen der Betreuung müssen aber die Person des Betreuten und dessen Selbstbestimmungsrecht im Mittelpunkt der Überlegungen stehen. Zu Recht weist Hoffman darauf hin, dass auch andere Entscheidungsträger Schwierigkeiten bei der Prognose wesentlicher Fragen über andere Personen haben.²⁹⁰ Zur Fachlichkeit beim Führen einer Betreuung könne auch das bewusste Eingehen eines Risikos für die Rechtsgüter des Betreuten gehören.²⁹¹

²⁸⁹ Auf diese Problematik der Ungleichbehandlung weist auch *Hoffmann*, BtPrax 2001, S. 60, 63 hin.

²⁹⁰ *Hoffmann*, BtPrax 2001, S. 60, 63.

²⁹¹ *Hoffmann*, BtPrax 2001, S. 60, 63.

c. Früher geäußerte Wünsche des Betreuten

Das Betreuungsrecht hebt nicht nur Wünsche hervor, die während der Zeit der Betreuung von dem Betreuten geäußert werden, sondern bezieht auch vor der Betreuerbestellung geäußerte Wünsche nach § 1901 III, 2 BGB in die Pflicht, einem Wunsch zu entsprechen, mit ein. Die früheren Wünsche müssen dabei nicht schriftlich in einer Betreuungsverfügung niedergelegt worden sein, sondern können auch anderweitig geäußert worden sein.²⁹² Sinn und Zweck dieser Regelung ist es, Gesunden und Nichtbehinderten die Möglichkeit zu eröffnen, für den Fall der Betreuungsbedürftigkeit Vorsorge in Ausübung freier Selbstbestimmung zu treffen.²⁹³ Gerade bei schubförmig verlaufenden Krankheitsbildern oder auch bei Altersdemenz können frühere Wünsche vorliegen, die auf freier Willenbestimmung basieren. Ist ein Wunsch daher im Zustand der Selbstbestimmungsfähigkeit geäußert worden, stellt sich die Frage, inwieweit der Betreuer daran gebunden ist. Will der Betreute an dem früheren Wunsch erkennbar nicht mehr festhalten, so entfällt seine Beachtlichkeit durch die Entscheidung des Betreuten nach § 1901 III, 2 BGB.

Beispiel:

Frau M. hat vor ihrer dementiellen Erkrankung festgehalten, dass sie für ihren Enkel einen PKW für max. 25 000 € kaufen und ihm diesen zur Verfügung stellen wird, wenn der Enkel 18 Jahre alt wird. Zu diesem Zeitpunkt war der Enkel 15 Jahre alt. Zwischenzeitlich wurde für Frau M. ein Betreuer bestellt und ein Einwilligungsvorbehalt in der Vermögenssorge angeordnet. Frau M. lebt im Pflegeheim und verfügt über ein Vermögen von 200.000 €. Der Enkel gibt Frau M. den Kaufvertrag über einen PKW in Höhe von 25.000 €, den Frau M. unterschreibt. Sie äußert auch, dass sie dem Enkel den PKW kaufen will, ohne aber die Bedeutung des Kauf-

²⁹² BT-Drs. 11/4528 S. 128, die Schriftform ist aus Beweisgründen aber zweckmäßig.

²⁹³ BT-Drs. 11/4528 S. 134.

vertrages erkennen zu können. Der Betreuer hat dem Vertrag zuzustimmen. Es liegt ein früherer, selbstbestimmter Wunsch vor, an dem die Betreute weiterhin festhalten will, so dass diesem zu entsprechen ist.

Gerade für den Bereich des Einwilligungsvorbehalts hat § 1901 III, 2 BGB eine besondere Bedeutung. Durch die Anordnungsvoraussetzungen des Einwilligungsvorbehalts wird es häufig der Fall sein, dass aktuell geäußerte Wünsche des Betreuten nicht auf einem freien Willen beruhen. Hat der Betreute jedoch, bevor die Erkrankung oder Behinderung ihn dergestalt beeinträchtigt, dass seine Willensfreiheit davon ergriffen wurde, Wünsche geäußert, an denen er festhalten will, so ist diesen Wünschen zu entsprechen.

Für den Betreuer besteht die Schwierigkeit in der Prüfung der Selbstbestimmungsfähigkeit zum Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung bzw. des Wunsches. Letztlich muss der Betreuer regelmäßig davon ausgehen, dass es sich um einen selbstbestimmten Wunsch gehandelt hat, es sei denn, es liegen Gründe vor, die gegen eine solche Annahme sprechen.

4. Entgegenstehende Zumutbarkeit für den Betreuer

Die Beachtlichkeit von Wünschen des Betreuten ist nach § 1901 III, 1 BGB nicht allein durch das zuwiderlaufende Wohl des Betreuten beschränkt, sondern ebenfalls durch die Zumutbarkeit für den Betreuer. Der Betreuer kann daher auch Wünsche des Betreuten unbeachtet lassen - und damit die Zustimmung zu der Willenserklärung versagen -, wenn ihre Umsetzung ihm selbst nicht zuzumuten ist. Die Zumutbarkeit als Begrenzung für die Beachtlichkeit von Wünschen bezweckt die Abgrenzung der Interessensphäre des Betreuers von der des Betreuten.²⁹⁴ Hierdurch soll der Betreuer vor überzogener Inanspruchnahme seitens des Betreuten und vor dadurch bedingtem übermäßigem Betreuungsauf-

²⁹⁴ Kollmer, S. 144.

wand geschützt werden.²⁹⁵ Der Schutz des Betreuers vor einer überzogenen Inanspruchnahme bezieht sich zunächst auf einen Zeitfaktor.²⁹⁶ Dies darf aber nicht dazu führen, dass der Betreuer der Erfüllung seiner Pflichten generell dadurch entgegenreten kann, indem er behauptet, es koste Zeit.²⁹⁷

Der Begriff der Zumutbarkeit ist ebenso wie das Wohl des Betreuten ein unbestimmter Rechtsbegriff, der einer Auslegung bedarf. Der Unterschied zu dem zuwiderlaufenden Wohl besteht aber darin, dass es sich hier um die Recht zweier Personen handelt, die einander gegenüber gestellt werden. Wird den Wünschen des Betreuten nicht entsprochen, wird die Selbstbestimmung des Betreuten eingeschränkt. An die Zumutbarkeit des Betreuers sind daher Maßstäbe zu stellen, die der Interessensphäre des Betreuten gerecht werden. Die Interessen des Betreuten müssen daher gerechtfertigt hinter den Interessen des Betreuers zurücktreten. Die Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs hat sich an den betreuungsrechtlichen Vorschriften und dem Sinn und Zweck der Betreuung und des Einwilligungsvorbehaltes²⁹⁸ zu orientieren.

Im Rahmen des Einwilligungsvorbehalts ist die Aufgabe des Betreuers die Überprüfung der Willenserklärung des Betreuten und ggf. die Erteilung der Zustimmung. Die Bestimmung der entgegenstehenden Zumutbarkeit unter dem Gesichtspunkt der überzogenen Inanspruchnahme durch den Betreuten dürfte im Rahmen des Einwilligungsvorbehalts keine gewichtige Rolle spielen. Die Kontrolle der Willenserklärungen und eine diesbezügliche Zustimmung ist unabhängig von der aufzuwendenden Zeit durch den Betreuer zu erfüllen.

²⁹⁵ BT-Drs. 11/4528 S. 67, 134; Palandt-*Diederichsen*, § 1901 Rn. 7.

²⁹⁶ Näher dazu *Kollmer*, S. 145 ff., der darin einen Eingriff in die selbstständige Position des Betreuers als Privatperson erläutert.

²⁹⁷ Dies gilt auch für einen Berufsbetreuer, dessen Vergütung durch ein gesetzlich vorgesehene Stundenkontingent abgegolten ist, wenn diese Stundenanzahl überschritten ist.

²⁹⁸ Vgl. oben § 2 II.

Die Unzumutbarkeit für den Betreuer muss sich daher aus anderen Gründen ergeben. Wie dargelegt,²⁹⁹ darf auch eine Selbstschädigung nicht allein dazu führen, dass der Betreuer den Wunsch unbeachtet lässt. Dieser Wunsch muss vielmehr zusätzlich auf Uneinsichtigkeit beruhen. Das bewusste Eingehen von Schädigungen des Betreuten beinhaltet für den Betreuer ein Haftungsrisiko. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass der Betreuer sich nach Auffassung von Damrau/Zimmermann eben gerade nicht darauf berufen könne, er sei einem Wunsch des Betreuten gefolgt, weil er so das Haftungsrisiko unterlaufen würde. Fraglich ist, ob das Berufen auf eine eigene Haftungsungewissheit dazu führen darf, dass dem Betreuer die Wunschentsprechung unzumutbar ist. Die Entsprechung eines Wunschs ist aber Rechtspflicht für den Betreuer.³⁰⁰ Die Ungewissheit, ob durch eigenes Handeln eine Rechtspflicht erfüllt wird oder nicht, kann nicht zu einer Unzumutbarkeit zur Erfüllung dieser Rechtspflicht werden. Die Problematik für den Betreuer liegt darin, dass er eine Prognose zu treffen hat, bei der sich erst im Nachhinein herausstellt, ob diese zutreffend war oder nicht. Zu Recht weist Hoffmann darauf hin, dass auch andere Entscheidungsträger Schwierigkeiten bei der Prognose wesentlicher Fragen über andere Personen haben.³⁰¹ Im Rahmen der Entscheidung des Betreuers geht es außerdem gerade darum, ob die Selbstbestimmung des Betreuten verwirklicht oder eingeschränkt wird. Eine Unzumutbarkeit kann die Schwierigkeit einer Prognose mit einem einhergehenden Haftungsrisiko daher nicht begründen, wenn es darum geht, Entscheidungen über die Verwirklichung der Selbstbestimmung zu treffen, die der Funktion der Betreuung³⁰² entsprechen.

Die Rechtssphäre des Betreuers kann aber bei der Frage der Beachtlichkeit des Wunschs des Betreuten betroffen sein. Dies kommt dann in Betracht, wenn die

²⁹⁹ Vgl. oben § 2 III.3.b.dd.

³⁰⁰ Staudinger-Bienwald, § 1901 Rn. 12.

³⁰¹ Hoffmann, BtPrax 2001, S. 60, 63.

³⁰² Lipp, BtPrax 2005, S. 6, 8.

Handlung des Betreuers – hier die Zustimmung zu der Willenserklärung des Betreuten – eine strafrechtliche Relevanz hat. Macht die Erfüllung der Wünsche ein strafbares Verhalten des Betreuers erforderlich, so ist der Wunsch für den Betreuer unbeachtlich.³⁰³ Will der Betreute z.B. einen Vertrag abschließen und will oder kann er seine daraus bestehende Leistungspflicht nicht erfüllen, so stellt dies einen Betrug nach § 263 StGB dar.³⁰⁴ Der Betreuer beteiligt sich unter Umständen an einem Betrug. Ist die Mitwirkung des Betreuers als Beihilfe im Sinne von § 27 StGB zu beurteilen,³⁰⁵ so wird die Erfüllung des Wunsches des Betreuten dem Betreuer unzumutbar.

5. Zwischenergebnis

Auch im Rahmen der Entscheidung des Betreuers über die Zustimmung zu einer Willenserklärung des Betreuten ist dem Wunsch des Betreuten grundsätzlich zu entsprechen. Das zuwiderlaufende Wohl des Betreuten lässt sich nicht durch eine Vernünftigkeit- oder Verwertbarkeitskontrolle des Wunsches ermitteln, ebenso ist es nicht zulässig, den Wunsch bei einer drohenden erheblichen Selbstschädigung zu versagen.³⁰⁶ Der Betreuer hat immer zu berücksichtigen, ob der Wunsch auf der mangelnden Eigenverantwortlichkeit des Betreuten beruht. Erst dann darf der Wunsch im Falle einer erheblichen Selbstschädigung an Person oder Vermögen versagt werden und, es damit bei der Unwirksamkeit der Willenserklärung des Betreuten bleiben. Ist dies nicht der Fall, so verleiht § 1901 III, 1 BGB dem Betreuten einen Anspruch auf Zustimmung im Hinblick auf die dem Einwilligungsvorbehalt unterliegenden Willenserklärungen. Verletzt der Betreuer diese Pflicht, so kann dies sowohl haftungsrechtliche Folgen haben als auch Aufsichtsmaßnahmen nach sich ziehen. Gleiches gilt aber eben auch, wenn

³⁰³ Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann-Bienwald, § 1901 Rn. 28; Ermann-Roth, § 1901 Rn. 19; Hoffmann, BtPrax 2001, S. 60, 63; During, BtPrax 1993, S. 58, 59.

³⁰⁴ Zum Eingehungsbetrag Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn. 16 ff.

³⁰⁵ Zur strafrechtlichen Bewertung der Zustimmung zu einer Willenserklärung vgl. unten § 3 III.2.

³⁰⁶ So auch Lipp, S. 161.

der Wunsch des Betreuten dessen Wohl zuwiderläuft. Wie sich diese Problematik im Einzelnen darstellt, wird im Folgenden erörtert.

§ 3 Überwachung und Haftung des Betreuers im Rahmen des Einwilligungsvorbehalts

Der Überwachung des Betreuers durch das Vormundschaftsgericht bei der Beachtung der Wünsche des Betreuten eine besondere Bedeutung zuteil, weil der Betreute selbst keinen einklagbaren Anspruch auf Erteilung seiner Einwilligung hat.³⁰⁷ Sowohl im Rahmen der Aufsicht durch das Vormundschaftsgericht als auch im Rahmen der Prüfung einer Haftung des Betreuers wird aber überprüft, ob der Betreuer entsprechend seiner betreuungsrechtlichen Pflichten gehandelt hat. Das Vormundschaftsgericht kann den Betreuer im Rahmen der präventiven Kontrolle zur Einhaltung betreuungsrechtlicher Pflichten anhalten.

I. Kontrolle durch das Vormundschaftsgericht

Dem Betreuer obliegt im Rahmen des Einwilligungsvorbehalts eine besondere Verantwortung im Hinblick auf die Herstellung der Selbstbestimmung des Betreuten und den Schutz vor uneinsichtigen Selbstschädigungen. Wie weit die vormundschaftsgerichtliche Aufsicht reicht, wird im Folgenden erörtert.

Der Betreute ist wegen der eingeschränkten Eigenverantwortlichkeit und seines Unvermögens, die eigenen Angelegenheiten zu besorgen, besonders schutzbedürftig. Diese Schutzbedürftigkeit besteht nicht nur gegenüber dem Rechtsverkehr, sondern auch gegenüber seinem gesetzlichen Vertreter, der gerade die Aufgabe hat, ihn zu schützen. Dem Betreuer kommt eine Rechtsmacht zu, mit der er im Fall pflichtwidrigen Handelns das Selbstbestimmungsrecht des Betreuten übergehen kann. Er kann dadurch ebenso Schäden für die Person oder das Vermögen herbeiführen, wenn er Wünschen entspricht, die dem Wohl des Betreuten zuwiderlaufen. Bei angeordnetem Einwilligungsvorbehalt liegt es in der Handlungshoheit des Betreuers, ob er die Wirksamkeit der Willenserklärung herstellt. Der Betreuer kann diese Rechtsmacht missbrauchen, indem er die

³⁰⁷ So allgemein Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann-Bienwald, § 1901 Rn. 43, vgl. oben § 2 III. 1.

mangelnde Eigenverantwortlichkeit des Betreuten ausnutzt. Der Betreute ist daher vorsorglich vor dem Betreuer zu schützen, weil der Betreuer in einer überlegenen Rechtsposition ist und der Betreute krankheits- oder behinderungsbedingt ohnehin zur Besorgung seiner Angelegenheiten nicht vermögend ist.

1. Aufsichtsmittel des Vormundschaftsgerichts

Das Vormundschaftsgericht hat bereits bei der Bestellung des Betreuers dessen Eignung im Hinblick auf die Amtsführung zu prüfen,³⁰⁸ mithin auch darauf, ob er geeignet ist, die Kontrollfunktion des Einwilligungsvorbehalts wahrzunehmen. Um den Betreuten aber vor Verstößen im Rahmen der Betreuung wirksam zu bewahren, bedarf es einer vormundschaftsgerichtlichen Aufsicht. Aufsichtsmittel hält das Betreuungsrecht in den § 1908 i. V. m. §§ 1837 ff. BGB vor.

Das Vormundschaftsgericht übt seine Aufsicht in verschiedenen Formen aus. Zum einen dadurch, dass der Betreuer zur jährlichen Rechnungslegung und Berichterstattung verpflichtet ist.³⁰⁹ Daneben kann das Gericht von dem Betreuer jederzeit Auskunft über die Führung der Betreuung und die persönlichen Verhältnisse des Betreuten verlangen.³¹⁰ Zum anderen besteht hinsichtlich bestimmter Tätigkeiten des Betreuers ein gerichtliches Genehmigungserfordernis. Dadurch wird gewährleistet, dass das Gericht über die wichtigsten Vorgänge automatisch informiert wird.

Die Aufsichtsmittel kommen in Betracht, um den Betreuten vor Pflichtwidrigkeiten des Betreuers zu schützen.³¹¹ Bemerkte das Vormundschaftsgericht eine Pflichtwidrigkeit des Betreuers, so kann es dem Betreuer nach §§ 1908 i, 1837 BGB Ge- und Verbote erteilen. Die Zulässigkeit dieser Weisungen ergibt sich

³⁰⁸ § 1897 I BGB.

³⁰⁹ §§ 1908 i, 1840 BGB.

³¹⁰ §§ 1908 i, 1839 BGB.

³¹¹ Jurgelcit-*Meier*, § 1837 Rn. 8.

aus der Pflichtwidrigkeit der Handlung des Betreuers.³¹² Als ultima ratio³¹³ ergibt sich die Entlassung des Betreuers nach § 1908 b I, 1 1. Alt. BGB wegen fehlender Eignung. Diese Aufsichtsmittel werden für die Zukunft pflichtwidriges Handeln zulasten des Betreuten verhindern. Pflichtwidrigkeiten liegen darin, dass der Betreuer gegen betreuungsrechtliche Bestimmungen verstößt und das Gebot treuer und gewissenhafter Amtsführung nicht beachtet.³¹⁴ Im Rahmen dieser Erörterung interessieren vorwiegend die Pflichten, die sich aus § 1901 III und II BGB ergeben. Um den Betreuten effektiv zu schützen, ist es notwendig, dass die Wirksamkeit der Willenserklärung des Betreuten unter besonderen Umständen nicht ausschließlich von dem Betreuer abhängt bzw. bei missbräuchlichem Verhalten nicht zur Wirksamkeit gelangt. Denn grundsätzlich verhält es sich so, dass die Willenserklärung des Betreuten durch die Zustimmung wirksam wird.³¹⁵

a. Genehmigungsbefürftige Einwilligungen des Betreuers

Gerade der hier entwickelten Auffassung, dass der Betreuer im Rahmen des Einwilligungsvorbehalts im Einzelfall Hilfe zur Selbstschädigung zu leisten hat, wird man entgegenhalten, dass die Gefahr für den Betreuten zu groß ist, wenn sich der Betreuer damit entlasten kann, er sei einem Wunsch des Betreuten gefolgt.³¹⁶ Dabei würde aber übersehen, dass das Betreuungsrecht für Handlungen des Betreuers, die für den Betreuten erhebliche Schädigungen herbeiführen können, Genehmigungspflichten vorhält, um den Betreuten vor dem Betreuer zu schützen.

³¹² OLG Karlsruhe, FBPrax 2005, S. 155.

³¹³ BayObLG, FamRZ 2003, S. 403, 404; BayObLG, FamRZ 2003, S. 405, 406.

³¹⁴ Palandt-*Diederichsen*, § 1837 Rn. 9.

³¹⁵ §§ 182, 184 BGB.

³¹⁶ *Damrau/Zimmermann*, § 1901 Rn. 4.

Beispiele:

Der Betreute besitzt ein Sparbuch über 50.000 EUR. Verfügungen von Betreuer und Betreutem mit Zustimmung des Betreuers unterliegen der Genehmigungspflicht nach §§ 1908 i, 1812 BGB.

Der Betreute kündigt mit Einwilligung des Betreuers das Mietverhältnis über seine Wohnung. Auch hier unterliegt die Zustimmung des Betreuers der Genehmigung nach § 1907 I BGB.

Die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts, welches der Betreute mit Einwilligung seines Betreuers vornimmt, hängt dann von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ab.³¹⁷ Die Genehmigungspflichten haben den Zweck, die Entscheidung des Betreuers präventiv durch das Vormundschaftsgericht auf Pflichtwidrigkeit zu prüfen.³¹⁸ Die Genehmigung ist - mit Ausnahme der allgemeinen Ermächtigung nach §§ 1908 i, 1825 BGB - auf einzelne Rechtshandlungen bezogen, so dass für das Gericht eine konkrete Kontrollmöglichkeit besteht. Von ihrer Rechtsnatur her ist die gerichtliche Genehmigung ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, durch den die Vertretungsmacht des Betreuers ergänzt wird.³¹⁹ Diese präventive Kontrolle bewirkt, dass die Entscheidung nach Maßgabe der Wünsche des Betreuten zu treffen ist.³²⁰

Diese Kontrollmöglichkeit kommt aber immer nur in Betracht, wenn der Betreuer die Zustimmung zu einer Willenserklärung erteilen will. Denn nur in diesem Fall wird der Betreuer einen Genehmigungsantrag stellen. Versagt der Betreuer die Zustimmung, so kommt ein Genehmigungsverfahren nicht in Be-

³¹⁷ Vgl. oben § 2 I.1.c.

³¹⁸ Vgl. oben § 2 I.1.c.

³¹⁹ Staudinger-Engler, § 1828 Rn. 9; MünchKomm-Wagenitz, § 1828 Rn. 5. Zu den Einzelheiten der Genehmigung Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann-Bienwald, Anhang zu § 1908 i Rn. 49 ff.

³²⁰ Lipp, S. 160.

tracht, weil diese Unterlassung nicht der Genehmigungspflicht unterliegt. Dem Betreuer kommt insofern die Verfahrenshoheit zu.

Kommt es zu dem Genehmigungsverfahren, so kann ein weiteres Mal überprüft werden, ob der Betreuer dem Wunsch des Betreuten zu entsprechen hat oder ob der Betreute vor einer erheblichen uneinsichtigen Selbstschädigung zu bewahren ist. Das Vormundschaftsgericht überprüft daher in den Fällen, in denen eine erhebliche Selbstschädigung droht, ob sich die Entscheidung des Betreuers als pflichtgemäß darstellt. Dies entspricht der Schutzfunktion des Einwilligungsvorbehalts. Der Betreute wird durch den Betreuer beaufsichtigt. In für den Betreuten gefährlichen Bereichen wird der Betreuer zusätzlich durch das Vormundschaftsgericht beaufsichtigt, so dass ein präventives Instrument vorhanden ist, um den Betreuten vor pflichtwidrigem Handeln des Betreuers zu bewahren.

b. Besonderheiten bei der Rechnungslegung im Rahmen des Einwilligungsvorbehalts

Ist dem Betreuer der Aufgabenkreis der Vermögenssorge übertragen worden, so ist er grundsätzlich verpflichtet, dem Vormundschaftsgericht gegenüber Rechnung über die Einnahmen und Ausgaben zu legen.³²¹ Die Rechnungslegung soll eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben über den Ab- und Zugang des Vermögens enthalten. Soweit Belege erteilt werden und nach der Verkehrssitte üblich sind, sind diese von dem Betreuer beizufügen.³²² Unter Belegen sind dabei vor allem Konto- und Depotauszüge zu verstehen.³²³ Letztlich ergibt sich bei angeordnetem Einwilligungsvorbehalt im Hinblick auf die

³²¹ §§ 1908 i, 1840, 1841 BGB. Nach §§ 1908 i, 1 i.V.m. §§ 1857a, 1854 sind Betreuungsvereine und die Betreuungsbehörde als Betreuer von der Rechnungslegung befreit. Ebenso sind grundsätzlich der Vereinbetreuer, der Behördenbetreuer, der Ehegatte, der Lebenspartner(in), die Abkömmlinge und die Eltern als Betreuer von der Rechnungslegung befreit. Sie sind aber trotz dieser Befreiung verpflichtet, eine Schlussrechnung nach §§ 1908 i, 1890 BGB zu legen.

³²² Palandt-*Diederichsen*, § 1841 Rn. 1.

³²³ Jürgens-*Klüsener*, § 1841 Rn. 3.

Rechnungslegung zunächst keine Besonderheit gegenüber den betreuungsrechtlichen Pflichten einer Betreuung ohne Einwilligungsvorbehalt.

Die Rechnung des Betreuers wird lediglich rechnungsmäßig und sachlich geprüft. Die rechnungsmäßige Überprüfung betrifft die Richtigkeit der Rechnungsvorgänge und die äußere Deckung mit den Rechnungsposten und Belegen; die sachliche Prüfung bezieht sich auf die Wirtschaftsführung, also die Prüfung, ob Art und Umfang der Ausgaben den Grundsätzen einer ordentlichen und sachgerechten Wirtschaftsführung entsprechen.³²⁴ Damit ist gemeint, ob die zu erzielenden Einnahmen erreicht wurden und die geleisteten Ausgaben begründet sind.

Ein Problem könnte im Hinblick auf die Auszahlung von Geld an den Betreuten entstehen. Der Betreuer hat die Möglichkeit, für den Betreuten ein Konto anzulegen, wenn der Betreute dies wünscht. Der Betreuer kann dem Betreuten darauf nach dessen Wunsch, und unter Berücksichtigung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse und der Bedarfslage, regelmäßig Geldbeträge überweisen. Über dieses Konto kann der Betreute mit Einwilligung des Betreuers verfügen, so dass ihm dadurch ermöglicht wird, frei und im Rahmen von § 110 BGB rechtsgeschäftlich tätig zu werden. Der Betreuer hat daher nur im Hinblick auf die Überweisung von dem von ihm verwalteten Konto auf das Guthabenkonto das von dem Betreuten allein genutzt wird, Rechnung zu legen. Das Geld, über welches der Betreute dann frei verfügt, unterliegt nicht mehr dem Verantwortungsbereich des Betreuers. Der Betreuer hat die Ausgaben des Betreuten nicht zu belegen. Verwendet und verwaltet der Betreute Mittel ausschließlich selbst, so muss der Betreuer darüber keine Rechnung legen.³²⁵

³²⁴ Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann-*Bienwald*, Anhang zu § 1908 i Rn. 168.

³²⁵ Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann-*Bienwald*, Anhang zu § 1908 i, Rn. 9; Jürgens-*Klüsener*, § 1841 Rn. 7.

Zahlt der Betreuer an den Betreuten Bargeld aus, ergibt sich nichts Abweichendes. Der Beleg ist nicht der Kontoauszug, aus dem sich die Überweisung ergibt. Als Beleg kann eine Quittung durch den Betreuten dienen. Der Betreute könnte den Empfang des erhaltenen Betrags quittieren. Diese Quittung des Betreuten wäre dann ein Beleg, der im Rahmen der Rechnungslegung eingereicht wird. Eine solche Quittung im Sinne des § 368 BGB ist eine reine Wissenserklärung und kein Rechtsgeschäft,³²⁶ insofern kann sie unabhängig der Beschränkung in der Geschäftsfähigkeit abgegeben werden. Eine Quittung stellt ein schriftliches Empfangsbekanntnis dar.³²⁷ Sie dient lediglich als Beweis dafür, dass der Betreute die Leistung auch tatsächlich empfangen hat. Fraglich ist hierbei, ob der bestehende Einwilligungsvorbehalt der Beweiskraft des Empfangs durch den Betreuten grundsätzlich entgegensteht. Die ordnungsgemäße Quittung hat die formelle Beweiskraft des § 416 ZPO.³²⁸ Für das Rechnungslegungsverfahren hat eine Quittung die erforderliche Belegwirkung, wenn sie ordnungsgemäß ist. Ist das Gericht aber der Überzeugung, dass die quittierte Leistung nicht empfangen wurde, dann kann die Beweiskraft erschüttert sein. Dies soll bereits deshalb angenommen werden, wenn die Quittung von einem Geschäftsunfähigen ausgestellt wurde.³²⁹ Der Betreute mit Einwilligungsvorbehalt ist in der Geschäftsunfähigkeit beschränkt. Allein diese Tatsache kann aber nicht dazu führen, dass die von ihm ausgestellte Quittung keine Belegwirkung im Sinne der §§ 1908 I, 1841 BGB besitzt. Im Rechnungslegungsverfahren ist es nicht erforderlich, strenge Anforderungen zu stellen. Durch die Quittung werden zwar Ausgaben und Einnahme belegt, aber lediglich mit dem Zweck, dass die ordnungsgemäße Verwendung von Mitteln des Betreuten im Rahmen einer Kontrolle dargelegt wird. Beweiskraft, wie es § 416 ZPO für Urkunden ergibt, ist hier nicht notwendig. Es

³²⁶ Palandt-Grüneberg, § 368 Rn. 2.

³²⁷ § 368 BGB.

³²⁸ Palandt-Grüneberg, § 368 Rn. 2.

³²⁹ OLG Karlsruhe, MDR 1978, S. 667.

müssen daher weitere Umstände hinzukommen, die Anhaltspunkte dafür liefern, dass die quittierte Leistung nicht von dem Betreuten empfangen wurde. Ohne diese Möglichkeit der Geldauszahlung gegen einfachen Beleg könnte, der Betreuer dem Betreuten kein Bargeld überlassen, wenn dieser wegen des Einwilligungsvorbehalts keine rechtswirksame Quittung ausstellen kann. Dies widerspricht aber nicht nur dem Grundsatz der Rehabilitation,³³⁰ sondern auch dem Erforderlichkeitsprinzip. Dem Betreuten würde ohne besonderen Grund verwehrt Bargeld von dem Betreuer zu erhalten. Dies widerspricht wiederum der Bedeutung von Bargeld für den Geschäftsverkehr. Der Betreute kann damit Belege ausstellen, die im Rahmen der Rechnungslegung Berücksichtigung finden, es sei denn es ergeben sich besondere Anhaltspunkte dafür, dass der Beleg nicht ordnungsgemäß ausgestellt worden ist.

2. Überprüfbarkeit des Betreuers

Jede Form der vormundschaftsgerichtlichen Kontrolle hat die Aufgabe, die grundsätzliche Bindung an die Wünsche des Betreuten zu sichern.³³¹ Fraglich ist, inwieweit sich das Vormundschaftsgericht in die Entscheidung über den Konflikt zwischen Wunsch und Wohl bei der konkreten Betreuerentscheidung einschalten darf. Damit verbunden ist die darin anschließende Frage inwiefern das Vormundschaftsgericht den Betreuer Weisungen im Hinblick die Erteilung einer Einwilligung erteilen darf.

In Zweckmäßigkeitfragen soll sich das Vormundschaftsgericht nicht an die Stelle des Betreuers setzen dürfen.³³² Es darf ihm auch keine bindenden Anordnungen erteilen,³³³ dementsprechend auch nicht eine beantragte Genehmigung

³³⁰ § 1901 IV BGB.

³³¹ Staudinger-Bienwald, § 1901 Rn. 12; Lipp, S. 160; Müller, S. 208.

³³² BayObLG, FamRZ 1992, S. 108 f.; LG Köln, NJW 1993, S. 206, 207 = FamRZ 1993, S. 110, 111; Damrau/Zimmermann, § 1837 Rn. 8.

³³³ BGH, NJW 1968, S. 353; OLG Karlsruhe, NJW-RR 2000, S. 1313; Staudinger-Engler, § 1837 Rn. 22.

verweigern. Findet eine Prüfung der Zweckmäßigkeit nicht statt, so bedeutet dies die Eigenständigkeit des Betreuers, die allein durch pflichtwidriges Handeln begrenzt wird.³³⁴ Zweifelhaft ist, ob es sich bei der Frage nach der gewünschten Einwilligung um eine Zweckmäßigkeitsfrage handelt, die nur auf Ermessensfehler hin überprüft werden darf.

a. Ermessensspielraum bei der Berücksichtigung des Wunschs

Dem Betreuer wird bei der Frage, ob die Erfüllung eines Wunsches dem Wohl des Betreuten zuwiderläuft, ein Ermessensspielraum beigemessen.³³⁵ Der Betreuer soll diese Frage selbstständig und eigenverantwortlich nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden können.³³⁶

Eine solche Sichtweise ist die Folge des beschriebenen Abwägungsvorgang³³⁷ zwischen Wunsch und Wohl. Das BayObLG geht dabei allerdings davon aus, dass die Ablehnung der Erfüllung des Wunsches nicht die Gefahr einer drohenden schweren Selbstschädigung voraussetzt.³³⁸

Der Begriff der Ermessensentscheidung scheint aus dem Verwaltungsrecht entliehen zu sein. Dort beschreibt Ermessen (§ 40 VwVfG) einen Entscheidungsspielraum der Verwaltung, der seitens der Gerichte nur eingeschränkt auf Ermessensfehler hin zu überprüfen ist.³³⁹ Ermessen bedeutet, dass der Behörde auf der Grundlage der maßgeblichen Rechtsvorschrift ein gewisser Spielraum bei der Setzung einer bestimmten Rechtsfolge belassen wird, wenn die Tatbestands-

³³⁴ Jürgens-Klüsener, § 1837 Rn. 11.

³³⁵ BayObLG, FamRZ 2000, S. 565; Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann-Bienwald, § 1901 Rn. 46.

³³⁶ LG Chemnitz, FamRZ 2000, S. 1312, 1313; OLG Schleswig, FamRZ 1996, S. 1368, 1369; zum früheren Recht: OLG Stuttgart, FamRZ 1981, S. 90; LG Bielefeld, FamRZ 1990, S. 664.

³³⁷ Vgl. oben § 2 III. 3. b.cc.

³³⁸ BayObLG, FamRZ 2000, S. 565. Das Gericht sah keinen Pflichtverstoß in der Weigerung des Betreuers, dem Betreuten aus dessen Mitteln einen geringfügigen Kostenvorschuss für die anwaltliche Prüfung eines vom Betreuer als aussichtslos eingeschätzten Klageerzwingungsverfahrens auszuführen.

³³⁹ BVerwGE 44, S. 159.

voraussetzungen der Norm vorliegen.³⁴⁰ Bei genauer Betrachtung eröffnet die Vorschrift des § 1901 III, 1 BGB hinsichtlich der Rechtsfolge keine Handlungsalternative. Liegen die Voraussetzungen vor, so **ist** dem Wunsch des Betreuten zu entsprechen. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass es sich bei dem Tatbestandsmerkmal Wohl um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt. Insofern stellt sich die Frage, ob es zulässig ist, dem Betreuer bei der Auslegung und Ausfüllung des Begriffs des Wohls einen Beurteilungsspielraum einzuräumen. Es würde sich damit um eine Vertretbarkeitskontrolle handeln.³⁴¹

Die Eigenständigkeit des Betreuers zu akzeptieren, ist grundsätzlich im Rahmen der Führung der Betreuung unerlässlich. Es ist auch akzeptabel, dem Betreuer einen Entscheidungsspielraum einzuräumen, wenn in einer Angelegenheit verschiedene Maßnahmen mit dem Wohl des Betreuten zu vereinbaren sind und aus der Sicht des Gerichts eine Maßnahme als zweckmäßiger oder nützlicher erscheint. Eine zu vereinfachte Form der Abgrenzung, dass sich das Vormundschaftsgericht in Zweckmäßigkeitsfragen nicht einmischen dürfe, erscheint aber zweifelhaft.³⁴²

Die Eigenständigkeit des Betreuers darf nur bis dahin reichen, wo die Grenze der Pflichtwidrigkeit beginnt. Dem gesetzlich vorgesehenen Willensvorrang des Betreuten als Ausdruck seines Selbstbestimmungsrechts wird eine andere Vorgehensweise nicht gerecht.³⁴³

Die Frage, ob ein Wunsch zu beachten ist, ist keine Frage der Zweckmäßigkeit. Hierbei handelt es sich um eine Rechtsfrage. Die Berücksichtigung des Wunsches ist gesetzlich als Pflicht des Betreuers normiert. Bei Pflichtwidrigkeit

³⁴⁰ *Kopp/Ramsauer*, § 44 VwVfG Rn. 11.

³⁴¹ Nachweise zur Vertretbarkeitslehre im Verwaltungsrecht *Maurer*, § 7 Rn. 31.

³⁴² *Jürgens-Klüsener*, § 1837 Rn. 11; *Damrau/Zimmermann*, § 1837 Rn.8.

³⁴³ So auch *Jürgens-Klüsener*, § 1837 Rn. 11.

muss aber im Interesse des Betreuten eine gerichtliche Überprüfbarkeit möglich sein.

b. Überprüfung der Betreuerentscheidung

Die Betreuerentscheidung muss durch das Vormundschaftsgericht auf eine Pflichtwidrigkeit hin überprüft werden. Hinsichtlich der Frage, wann der Betreuer dem Wunsch des Betreuten folgen muss und wann nicht, kommt es allein auf den Schutz vor einer uneinsichtigen Selbstschädigung an.³⁴⁴ Der Betreuer muss grundsätzlich einem Wunsch des Betreuten entsprechen. Diese Pflicht ist im Rahmen der präventiven Aufsicht vollständig überprüfbar, um der Selbstbestimmung des Betreuten maximale Geltung zu verschaffen. Bei der Frage, ob der Wunsch dem Wohl zuwiderläuft, handelt es sich nicht um eine Zweckmäßigsfrage, sondern um eine Pflichtenkollision, die nur unter den oben dargelegten Kriterien³⁴⁵ zu einer pflichtgemäßen Entscheidung führt.

aa. Plausibilitätsprüfung

Sowohl die Frage, ob Uneinsichtigkeit vorliegt als auch die Frage, ob die Gefahr einer erheblichen Schädigung für die Person oder das Vermögen besteht, ist regelmäßig prognostisch zu treffen. Insofern ist zu diskutieren, ob dem Betreuer im Hinblick auf die Prognose bei einer nachträglichen Überprüfung ein Beurteilungsspielraum³⁴⁶ einzuräumen ist.

Das Gericht hätte dann zu prüfen, ob die Entscheidung des Betreuers, einem Wunsch zu entsprechen oder nicht, auf sachlich nachvollziehbaren Erwägungen beruht. Die Gründe müssen nachvollziehbar sein, die zu der Annahme geführt

³⁴⁴ Vgl. oben § 2 III. 3.b.dd.

³⁴⁵ Vgl. oben § 2 III. 3.b.dd.

³⁴⁶ OLG Koblenz, FamRZ 2002, S. 1359, 1360 hinsichtlich der Pflichten eines Pflegeheims; *Kollmer*, S. 123 billigt dem Betreuer einen nur beschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum hinsichtlich der bestehenden unbestimmten Rechtsbegriffe „Wohl, Wünsche, Zumutbarkeit“ zu, und begründet dies mit der selbstständigen Stellung des Betreuers. Ein so weitgehender Beurteilungsspielraum wird von der Verfasserin abgelehnt.

haben, dass der Wunsch Ausdruck einer eigenverantwortlichen Entscheidung ist und keine erhebliche Schädigung droht. Will der Betreuer dem Wunsch nicht nachkommen, so muss er festgestellt haben, dass der Wunsch auf Erkrankung oder Behinderung des Betreuten beruht. Das Gericht hat an dieser Stelle eine Plausibilitätsprüfung vorzunehmen.

Die Plausibilitätsprüfung findet nur statt, wenn die pflichtwidrige Handlung des Betreuers in der Vergangenheit liegt und die Willenserklärung des Betreuten dadurch Wirksamkeit erlangt hat. Aufsichtsrechtliche Mittel wie die Genehmigungserfordernisse oder auch Beratung und Weisungen nach §§ 1908 i, 1837 BGB sind aber präventiv. Im Verfahren über die Erteilung einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung kann die Überprüfung nicht auf die Plausibilität beschränkt, weil es sich hierbei um eine präventive Kontrolle durch das Gericht handelt und das Gericht gegen pflichtwidriges Verhalten des Betreuers im Interesse des Betroffenen einschreiten kann. Der Genehmigungsvorbehalt dient dem Schutz des Betreuten vor pflichtwidrigen Entscheidungen des Betreuers. Kann das Gericht im Interesse des Betreuten noch Einfluss auf das pflichtgemäße Verhalten des Betreuers nehmen, so ergibt sich keine Begrenzung der Überprüfbarkeit.

bb. Verhältnismäßigkeitsprüfung

Kommt der Betreuer zu dem Schluss, dass der Wunsch auf der Uneinsichtigkeit des Betreuten beruht, so hat er zu prüfen, ob der Wunsch das Wohl bei seiner Verwirklichung gefährdet und dies zu einer Selbstschädigung führt. Denn nicht die Selbstschädigung, sondern erst die fehlende Eigenverantwortlichkeit rechtfertigt die Entscheidung des Betreuers, einem Wunsch nicht nachzukommen.³⁴⁷

Auch hierbei handelt es sich nicht um eine Zweckmäßigsfrage. Nach der Zweckmäßigkeit darf der Betreuer nur fragen, wenn mehrere Maßnahmen in

³⁴⁷ Lipp, S. 157.

Betracht kommen, die das Wohl des Betreuten verwirklichen bzw. nicht gefährden. Sobald ein Wunsch des Betreuten vorhanden ist, ist die Auswahlkompetenz an Maßnahmen für den Betreuer beschränkt. Er ist an den Wunsch gebunden, es sei denn, diese Verwirklichung des Wunschs läuft dem Betreutenwohl zuwider.

Beispiel:

Lehnt der Betreuer mit Aufgabenbereich Vermögenssorge, für den ein Einwilligungsvorbehalt besteht, den Wunsch des Betreuten auf Zustimmung zu einem Kaufvertrag für einen neuen Wintermantel ab, weil der Betreute bereits über einen Wintermantel verfügt und stehen gleichzeitig aber ausreichende finanzielle Mittel des Betreuten bereit, so mag das Ergebnis eine Zweckmäßigkeitentscheidung sein, sie verstößt aber gegen die Betreuerpflicht aus § 1901 III, 1 BGB.³⁴⁸

Das Vormundschaftsgericht darf die Entscheidung des Betreuers nicht dahingehend überprüfen, was für den Betreuten besser oder schlechter ist. Es muss die Entscheidung auf ihre rechtliche Zulässigkeit prüfen.³⁴⁹

Ist der Betreuer einem Wunsch gefolgt und ist infolgedessen eine Schädigung bei dem Betreuten eingetreten, liegt damit nicht automatisch eine Pflichtwidrigkeit des Betreuers vor. Vielmehr hat das Vormundschaftsgericht die Entscheidung unter Berücksichtigung der Gesamtsituation des Betreuten auf deren Verhältnismäßigkeit zu überprüfen. Denn auch das Vormundschaftsgericht ist bei seiner Wahrnehmung der Aufsichtspflicht an die Vorgaben des Betreuungs-

³⁴⁸ Bsp. nach Jürgens-Klüsener, § 1837 Rn. 13.

³⁴⁹ Lipp, S. 159 m.w.N.

rechts, insbesondere an § 1901 BGB gebunden. Das Wohl des Betreuten legitimiert wiederum die Intervention durch das Vormundschaftsgericht.³⁵⁰

3. Praktische Mängel der Aufsicht durch das Vormundschaftsgericht

Die Aufsicht durch das Vormundschaftsgericht greift regelmäßig dann ein, wenn der Betreuer eine Handlung vornehmen will oder bereits vorgenommen hat, und diese im Rahmen des Jahresberichts oder der Rechnungslegung für das Vormundschaftsgericht offenkundig wird. Dabei wird es sich um Einwilligungen handeln, die der Betreuer abgegeben hat und so eine Verpflichtung für den Betreuten eingegangen ist. Unterlassene Einwilligungen werden für das Vormundschaftsgericht kaum erkennbar werden, da der Betreuer eine unterlassene Einwilligung zu einer Willenserklärung des Betreuten gerade nicht genehmigen lassen muss.³⁵¹ Die unterlassene Einwilligung wird auch nicht im Jahresbericht und nicht in der Rechnungslegung sichtbar, da auf die unwirksame Erklärung des Betreuten keine Zahlung vorgenommen wurde, die dann in der Rechnungslegung als Rechnungsposten auftaucht. Die Aufsicht durch das Vormundschaftsgericht schützt den Betreuten daher in erster Linie vor einer unzulässigen Hilfe zur Selbstschädigung durch den Betreuer. Ein effektiver Schutz vor einer Missachtung der entsprechungspflichtigen Wünsche ist nicht gegeben. Dieser Schutz kann nur dann geleistet werden, wenn das Vormundschaftsgericht durch den Betreuten oder Dritte auf die Verletzung der Wunschbeachtungspflicht aufmerksam gemacht wird. Nur so erlangt das Gericht Kenntnis und kann dem Betreuer eine entsprechende Weisung nach §§ 1908 i, 1837 II, 1 BGB erteilen, wenn sich die Nichtbeachtung eines Wunschs als pflichtwidrig darstellt.³⁵²

³⁵⁰ Lipp, S. 160.

³⁵¹ Die ist nach BGH nur ausnahmsweise erforderlich, wenn es um die Nichtvornahme lebensverlängernder Maßnahmen geht.

³⁵² Zu den Kriterien vgl. oben § 2 III. 3.b.dd.

II. Kontrolle mit Hilfe des Prozessgerichts

Die Aufsicht durch das Vormundschaftsgericht schützt den Betroffenen nur lückenhaft – gerade im Hinblick auf die Berücksichtigung der Selbstbestimmung. Greifen präventive Schutzmaßnahmen nicht und kommt es für den Betreuten zu einem Nachteil, so ist der Nachteil auszugleichen. Neben den aufsichtsrechtlichen Mitteln ergeben sich zum Schutz des Betreuten vor missbräuchlichem oder schädlichem Verhalten durch den Betreuer weitere Möglichkeiten. Diese muss der Betreute aber selbst vor dem Prozessgericht geltend machen.

1. Missbrauch der Rechtsstellung durch den Betreuer

Der Betreuer hat als gesetzlicher Vertreter durch die Vertretungsbefugnis die Möglichkeit, seine Rechtsstellung zu missbrauchen. Gleiches gilt für die Einwilligungsbefugnis durch den Einwilligungsvorbehalt. Der Betreuer könnte der Erklärung des Betreuten zustimmen und den Betreuten dadurch kraft überlegenem Wissen schädigen.

Ist keine Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht notwendig, so wird die Willenserklärung des Betreuten allein durch die Einwilligung oder Genehmigung durch den Betreuer wirksam.³⁵³ Der Betreute ist damit an seine Willenserklärung gebunden, auch wenn der Betreuer Pflichten verletzt, die sich aus dem Betreuungsverhältnis ergeben.³⁵⁴ Handelt der Betreuer pflichtwidrig, ist der Betreute ggf. auf einen Haftungsanspruch angewiesen. Hat der Betreuer seine Rechtsstellung hingegen missbraucht und war dies für den Vertragspartner erkennbar, könnten sich an der Wirksamkeit der Erklärung zum Schutz des Be-

³⁵³ §§ 182, 185 BGB.

³⁵⁴ So zur Vertretungsbefugnis § 1902 BGB.

treuten aber Zweifel ergeben.³⁵⁵ Allein aus der Nichtbeachtung des Wunschs des Betreuten folgt noch kein Missbrauch der Rechtsstellung.³⁵⁶

a. Gesetzlich vermutete Interessenkollision

Der Betreute ist zunächst dadurch geschützt, dass die Vertretungsmacht des Betreuers bei einer gesetzlich vermuteten Interessenkollision ausgeschlossen ist. Sowohl bei Insichgeschäften nach § 181 BGB als auch bei Geschäften zwischen Betreutem und Angehörigen des Betreuers im Sinne von §§ 1908 i, 1795 I BGB, an denen der Betreuer beteiligt ist, besteht ein Ausschluss der Vertretungsmacht. Der Ausschluss der Vertretungsmacht wirkt hier absolut und kann auch nicht durch eine Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht geheilt werden.³⁵⁷ Auch eine scheidet eine Genehmigung durch den Betreuten, der nicht geschäftsfähig ist³⁵⁸ oder für den ein Einwilligungsvorbehalt besteht aus. Eine entsprechende Anwendung auf die Einwilligung des Betreuers ist notwendig. Es liegt eine vergleichbare Interessenlage vor. Der Betreuer handelt zwar nicht alleine, denn ohne die Willenserklärung des Betreuten ergibt sich kein Einwilligungsbefürfnis, so dass der Betreute mitwirkt. Ebenso wie bei der Ausübung der Vertretungsbefugnis hat es aber der Betreuer in der Hand, ob der Betreute verpflichtet wird oder nicht. Der Betreuer übt im Rahmen des Einwilligungsvorbehalts als gesetzlicher Vertreter die Kontrolle des Betreuten aus. Liegt ein Interessenkonflikt vor, so ist es zum Schutz des Betreuten geboten, dass eine andere Person, die diesem Interessenkonflikt nicht unterliegt, die beschützende Funktion wahrnimmt. Durch die Anwendung der Regelung über die Interessenkollision wird dem Betreuten nicht die Handlungsmöglichkeit genommen, mit den Angehörigen des Betreuers Rechtsgeschäfte einzugehen. Es ist dann ein Ergänzungsbe-

³⁵⁵ Ebenso MünchKomm-Schwab, § 1901 Rn. 13; Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann-Bienwald, § 1901 Rn. 51.

³⁵⁶ Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann-Bienwald, § 1901 49.

³⁵⁷ Jurgeleit-Deusing, § 1795 Rn. 25.

³⁵⁸ Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann-Bienwald § 1902 Rn. 42.

treuer³⁵⁹ zu bestellen, der das rechtliche Hindernis des Ausschlusses der Vertretungsmacht beseitigt und anstelle des Betreuers die Kontrollfunktion des Einwilligungsvorbehalts wahrnimmt.

b. Tatsächlicher Missbrauch durch den Betreuer

Darüber hinaus trägt im Rahmen eines Vertretungsverhältnisses grundsätzlich der Vertretene das Risiko eines Missbrauchs der Vertretungsmacht.³⁶⁰ Wirken aber der Vertragspartner und der Vertreter bewusst zum Nachteil des Vertretenen zusammen, wird der Vertretene nicht verpflichtet.³⁶¹ Der Vertrag ist dann nach § 138 BGB sittenwidrig und damit nichtig.³⁶² Diese Grundsätze gelten auch im Rahmen der gesetzlichen Vertretungsmacht nach § 1902 BGB.³⁶³

Im Rahmen des Einwilligungsvorbehalts handelt der Betreute selbst und wird nicht von dem Betreuer vertreten, insofern erscheint es fraglich, ob ein kollusives Handeln zum Nachteil des Betreuten möglich ist.

Der Betreute könnte aber wegen seiner eingeschränkten Eigenverantwortlichkeit auf ein nachteilhaftes Vertragsangebot eingehen. Weiß der Betreuer, dass dies zum Nachteil des Betreuten ist, und will er gleichzeitig dem Vertragspartner diesen Vorteil verschaffen, können die Grundsätze der Kollusion mit einhergehender Sittenwidrigkeit des Vertrages angewendet werden, wenn einwilligender Betreuer und Vertragspartner bewusst zusammenwirken. Der Betreuer nimmt durch seine Einwilligungsbefugnis eine dem Vertreter entsprechende Position wahr. Zudem erfordert es das Schutzbedürfnis des Betreuten, dass er vor uneinsichtiger erheblicher Selbstschädigung zu schützen ist. Wenn der Betreuer diese Schutzfunktion bewusst nicht ausübt und der Vertragspartner dies nicht nur bil-

³⁵⁹ § 1899 IV BGB.

³⁶⁰ Palandt-Heinrichs, § 164 Rn. 13.

³⁶¹ BGH, NJW 1998, S. 26; BGH, WM 2003, S. 2456.

³⁶² Nach anderer Auffassung ist der hier genannte Kollusion ein Fall des Missbrauchs der Vertretungsmacht mit der Folge, dass die §§ 177 ff BGB zur Anwendung kommen.

³⁶³ Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann-Bienwald, § 1901 Rn. 51; Jurgleit-Deusing, § 1902 Rn. 49.

ligt, sondern bewusst Vorteile daraus zieht, ist eine Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts anzunehmen. Dies ist in allen Fällen erforderlich, in denen der Betreute durch den Betreuer vor uneinsichtigen Selbstschädigungen zu schützen ist. In diesen Fällen ist es pflichtwidrig, wenn der Betreuer dem Wunsch des Betreuten entspricht, denn dieser läuft dem Wohl des Betreuten zuwider. Grundsätzlich wäre der Betreute dennoch an seine Willenserklärung gebunden, denn diese ist durch die Zustimmung des Betreuers wirksam geworden. Diese Wirksamkeit wäre für den Betreuten unbillig und muss daher bei dieser Interessenlage einen Verstoß gegen die guten Sitten im Sinne des § 138 BGB zur Folge haben. Dann bliebe die Willenserklärung des Betreuten trotz der Zustimmung des Betreuers unwirksam, da die Einwilligung des Betreuers nach § 138 BGB nichtig wäre.

Liegen die Voraussetzungen kollusiven Zusammenwirkens nicht vor, kann der Betreute aber wegen rechtsmissbräuchlichem Verhalten des Betreuers nicht in Anspruch genommen werden, wenn dem Vertragspartner die Missbräuchlichkeit der Einwilligung bekannt war.³⁶⁴ Allerdings rechtfertigt nur ein offensichtlicher Missbrauch der Vertretungsmacht, dass der Betreute von dem Vertrag entbunden wird.³⁶⁵ Insofern rechtfertigt auch nur ein offensichtlicher Missbrauch der Kontrollfunktion durch den Betreuer die Entbindung des Betreuten von den Pflichten. Der Vertragspartner des Betreuten muss daher wissen, dass ein Einwilligungsvorbehalt besteht und dass der Betreute sich durch die Willenserklärung, die von der Zustimmung des Betreuers abhängt, uneinsichtig selbst schädigt. Die Zustimmung durch den Betreuer muss einem Missbrauch der Vertretungsmacht entsprechen. Andernfalls ist eine Anwendung von § 242 BGB im Interesse des Vertragspartners nicht in Betracht zu ziehen.

³⁶⁴ Zum offensichtlichen Missbrauch der Vertretungsmacht BGHZ 94, 132; 138; 113, 315, 320; NJW 1990, S. 384.

³⁶⁵ Palandt-*Heinrichs*, § 164 Rn. 14.

2. Die Haftung des Betreuers³⁶⁶

Die Haftungsfrage für den Betreuer hat im Rahmen des Einwilligungsvorbehalts eine besondere Bedeutung, die sich aus der Einschränkung der Selbstbestimmungsfähigkeit sowie der festgestellten erheblichen Gefahren für den Betreuten ergibt, die sich als Anordnungsvoraussetzungen darstellen.³⁶⁷

Für den Betreuten ergeben sich vor allem zwei Anspruchsgrundlagen, die einen Schadensersatzanspruch gegenüber dem Betreuer begründen: § 823 BGB und über die Verweisungsnorm des § 1908 i kommt § 1833 BGB zur Anwendung. Die zentrale Haftungsnorm ist hierbei § 1833 BGB. Die Entscheidung über die Haftung des Betreuers ist keine Frage der Aufsicht des Vormundschaftsgerichts. Der Schadensersatzanspruch ist vor den ordentlichen Zivilgerichten geltend zu machen;³⁶⁸ dies kann auch schon bei bestehender Betreuung geschehen.³⁶⁹ Ist der Betreute selbst nicht in der Lage, den Schadensersatzanspruch geltend zu machen, so ist ein Ergänzungsbetreuer zu bestellen.³⁷⁰

a. Die Haftung nach §§ 1908 i, 1833 I BGB

Nach § 1833 I BGB ist der Betreuer dem Betreuten für den aus einer Pflichtverletzung entstehenden Schaden verantwortlich, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt. Die Haftung des Betreuers für zugefügte Schäden resultiert aus dem durch den Bestellungsakt begründeten gesetzlichen Schuldverhältnis familienrechtlicher Art.³⁷¹

³⁶⁶ Die Frage der Haftung wird hier aus der Perspektive des Einzelbetreuers erörtert, ohne dass auf die Besonderheiten der Betreuung durch einen Betreuungsverein oder der Betreuung durch einen Behördenbetreuer bzw. die Betreuungsbehörde als Betreuer eingegangen wird.

³⁶⁷ Vgl. oben § 2 III. 3.b.dd.

³⁶⁸ HK-BUR-*Deinert*, § 1833 Rn. 1.

³⁶⁹ §§ 1908 i, 1843 II BGB.

³⁷⁰ § 1899 IV BGB.

³⁷¹ BGHZ 17, 108, 116 = NJW 1955, 867, Palandt-*Diederichsen*, § 1833 Rn. 1; HK-BUR-*Deinert*, § 1833 Rn. 3.

aa. Pflichtverletzung

Eine Pflichtverletzung liegt in der Nichtbeachtung gesetzlicher Bestimmungen und dem Gebot treuer und gewissenhafter Amtsführung.³⁷² Als Pflichtverletzung wird hier die Pflicht nach § 1901 III, 1 BGB, einem Wunsch des Betreuten entsprechen zu müssen, untersucht. Im Rahmen des Einwilligungsvorbehalts kann eine Pflichtverletzung sowohl in einer Handlung - *Erteilen der Zustimmung* – als auch in einem Unterlassen – *Verweigerung der Zustimmung* - liegen. Der Betreuer hat nach § 1901 III, 1 BGB grundsätzlich die Pflicht, den Wünschen des Betreuten zu entsprechen. Insofern ergibt sich zunächst die Verpflichtung, festzustellen, ob die zustimmungsbedürftige Willenserklärung des Betreuten auch dessen aktuellen Wunsch entspricht.

Der Betreuer hat aber auch die Pflicht, einem Wunsch nicht zu entsprechen, der dem Wohl des Betreuten zuwiderläuft. Nach den hier entwickelten Grundsätzen bedeutet dies, dass der Betreuer im Rahmen des Einwilligungsvorbehalts die Zustimmung zu Willenserklärungen des Betreuten nicht erteilen darf, wenn diese auf dessen krankheitsbedingter Uneinsichtigkeit beruhen und eine erhebliche Selbstschädigung zur Folge haben³⁷³ oder für den Betreuer unzumutbar sind. Umgekehrt ist der Betreuer aber verpflichtet, die Zustimmung zu erteilen, wenn keine krankheitsbedingte Uneinsichtigkeit vorliegt oder eine erhebliche Selbstschädigung des Betreuten nicht zu erwarten ist, denn dann hat der Betreuer dem Wunsch des Betreuten zu entsprechen. Liegen die Voraussetzungen für die Erteilung einer Zustimmung vor, so handelt der Betreuer nicht pflichtwidrig.

Verletzt der Betreuer diese Grundsätze, so begeht er eine Pflichtverletzung. Dem Betreuer steht nach der hier vertretenen Auffassung kein Ermessensspielraum zu.³⁷⁴ Er darf Wunsch und Wohl nicht grundsätzlich gegeneinander abwägen. Er

³⁷² HK-BUR-*Deinert*, § 1833 Rn. 20.

³⁷³ Vgl. oben § 2 III. 3.b.ee.

³⁷⁴ Vgl. oben § 3 I.2.a.

hat aber im Hinblick auf die Frage, ob der Wunsch dem Wohl des Betreuten zuwiderläuft, einen Beurteilungsspielraum.³⁷⁵ Die Beurteilung des Betreuers muss aus der ex ante Betrachtung nachvollziehbar sein. Plausibel muss es daher sein, wie der Betreuer zu der Auffassung gelangt ist, dass der Wunsch eigenverantwortlich bzw. nicht eigenverantwortlich war, sondern Ausdruck der Erkrankung oder Behinderung, die die Betreuung veranlasst hat, und dass eine erhebliche Schädigung drohte. Nur bei der Überschreitung des Beurteilungsspielraums liegt eine haftungsrelevante Pflichtverletzung vor.

Das Nichteinholen einer notwendigen gerichtlichen Genehmigung stellt ebenso grundsätzlich eine Pflichtverletzung dar, die im Rahmen der Haftung des Betreuers im Rahmen des Einwilligungsvorbehaltes relevant werden könnte.

bb. Verschulden

Der Betreuer haftet nur für schuldhaftes Handeln oder Unterlassen. Maßgeblich sind diesbezüglich Vorsatz und Fahrlässigkeit nach § 276 BGB. Die Haftungsbeschränkung des § 1664 BGB auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit ist in Ermangelung eines gesetzlichen Verweises für den Betreuer nicht entsprechend heranzuziehen.³⁷⁶ Die Haftungserleichterung ergibt sich auch nicht für die Fälle, in denen der Betroffene von nahen Angehörigen betreut wird.³⁷⁷

Vorsatz bedeutet, die Pflichtverletzung mit Wissen und Wollen herbeizuführen.³⁷⁸ Davon umfasst ist ebenfalls der bedingte Vorsatz, bei dem der Betreuer die Pflichtverletzung billigend in Kauf nimmt.³⁷⁹

Fahrlässigkeit ist nach der Legaldefinition des § 276 I, 2 BGB das Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Der Betreuer haftet daher für jede

³⁷⁵ Vgl. oben § 3 I.2.b.aa.

³⁷⁶ HK-BUR-*Deinert*, § 1833 Rn. 37; Palandt-*Diederichsen*, § 1833 Rn. 8.

³⁷⁷ Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann-*Bienwald*, Anhang zu § 1908 i Rn. 125.

³⁷⁸ Palandt-*Heinrichs*, § 276 Rn. 10.

³⁷⁹ Palandt-*Heinrichs*, § 276 Rn. 10.

Fahrlässigkeit. Dabei gilt der objektivierte Fahrlässigkeitsbegriff: Fahrlässigkeit liegt danach vor, wenn diejenige Sorgfalt außer Acht gelassen wird, die von einem Angehörigen dieser Gruppe (Alters- oder Berufsgruppe) in der jeweiligen Situation erwartet wird.³⁸⁰ Abweichend von dem objektiven Sorgfaltsmaßstab des § 276 I, 2 BGB können sich für den Betreuer Erleichterungen aus den Verhältnissen seines Lebenskreises ergeben.³⁸¹ Der Maßstab der von einem Betreuer zu verlangenden Sorgfalt bestimmt sich nach dem Lebenskreis sowie nach der Rechts- und Geschäftserfahrung des Betreuers.³⁸² Es gehört aber auch zu den Aufgaben des Betreuers, sich über die betreuungsrechtlichen Pflichten Kenntnis zu verschaffen,³⁸³ so dass mangelnde Kenntnis einer Pflicht den Betreuer nicht exkulpiert.

Einen Rechtsirrtum schließt die Fahrlässigkeit nur dann aus, wenn die eigene Auffassung sorgfältig gebildet wurde und sich das gefundene Ergebnis aus der Sicht des Betreuers als zweifelsfrei darstellt.³⁸⁴ Der Betreuer hat sich bei Zweifelsfällen Rat durch das Vormundschaftsgericht oder durch einen fachlich Kundigen einzuholen.³⁸⁵ Das sollte im Hinblick auf die Frage der Eigenverantwortlichkeit des Betreuten ein Arzt sein, denn die Frage, ob der Betreute infolge seiner krankheitsbedingten Uneinsichtigkeit eine Selbstschädigung eingeht, ist in Zweifelsfällen aus medizinischer Sicht zu beurteilen. Handelt der Betreuer diesem Rat entsprechend, so entbindet ihn dies in der Regel von dem Schuldvorwurf,³⁸⁶ wenn das Gericht oder der Rat gebende Experte über alle relevanten Tatsachen informiert wurde. Dennoch darf – wie bei der erteilten vormund-

³⁸⁰ Palandt-Heinrichs, § 276 Rn. 10.

³⁸¹ OLG Schleswig, FamRZ 1997, S. 1427.

³⁸² BGH, NJW 1964, S. 199; BGH, NJW 2004, S. 220 = FamRZ 2003, S. 1924 = BtPrax 2004, S. 30, 31, 1925; OLG Hamm, FamRZ 2001, S. 861; MünchKomm-Wagenitz, § 1833 Rn. 4; Jurgelitt-Meier, § 1833 Rn. 8.

³⁸³ NJW 2004, S. 220 = BGH FamRZ 2003, S. 1924 = BtPrax 2004, S. 30, 31.

³⁸⁴ OLG Hamm, FamRZ 2001, S. 861; Palandt-Heinrichs, § 276 Rn. 22.

³⁸⁵ Palandt-Diederichsen, § 1833 Rn. 8; OLG Hamm, FamRZ 1995, S. 696 für den Nachlasspfleger.

³⁸⁶ Soergel-Damrau, § 1833 Rn. 4; Jürgens-Klüsener, § 1833 Rn. 7; LG Berlin, FamRZ 2000, S. 1528, 1529.

schaftlichen Genehmigung auch – nicht außer Betracht bleiben, dass der Betreuer eine selbstständige Pflicht für eine ordnungsgemäße Führung seiner Tätigkeiten trägt.³⁸⁷ Hier darf die Richtigkeit der Aussagen des Vormundschaftsgerichts nicht unreflektiert unterstellt werden.³⁸⁸ Einen Rechtsirrtum schließt die Fahrlässigkeit nur aus, wenn die eigene Auffassung sorgfältig gebildet wurde und sich das Ergebnis aus der Sicht des Handelnden als zweifelsfrei darstellt.³⁸⁹ Dabei ist aber wiederum auf den Lebenskreis des Betreuers abzustellen.³⁹⁰ Gibt es keine Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit des fachkundigen Rates, so kann der Betreuer auf diesen vertrauen und sich somit vom Schuldvorwurf entbinden. In diesem Fall liegt kein Außerachtlassen der erforderlichen Sorgfalt vor.

Im Rahmen der Zustimmungserteilung handelt der Betreuer fahrlässig, wenn er ohne nähere Prüfung den Wunsch eines Betreuten ablehnt, obwohl dieser beachtlich war und er infolgedessen die Zustimmung zu der Willenserklärung verweigert. Er handelt aber auch fahrlässig, wenn er einem Wunsch ohne Feststellung weiterer Überlegungen im Hinblick auf das zuwiderlaufende Wohl nachkommt, obwohl der Wunsch dem Wohl des Betreuten zuwiderläuft. Eine Pflichtverletzung liegt darüber hinaus auch darin, wenn der Betreuer entgegen dem Wunsch des Betreuten die nachträgliche Genehmigung zu dessen Willenserklärung erteilt. In anderen Fällen kommt es darauf an, ob der Betreuer bei der Beurteilung der Frage, ob er dem Wunsch zu entsprechen hat oder nicht, die erforderliche Sorgfalt walten lässt oder sich von zweckfremden Erwägungen leiten lässt, wie z.B. dem Interesse des Dritten an der Wirksamkeit des Vertragsabschlusses.

³⁸⁷ BGH, NJW 2004, S. 220 = FamRZ 2003, S. 1924 = BtPrax 2004, S. 30, 31; vgl. *Lipp/Tietze*, LMK, Kommentierte BGH-Rechtsprechung 2004, S. 86 f.; BGH JZ 1964, S. 324 = FamRZ 1964, S. 199.

³⁸⁸ OLG Hamm, FamRZ 2001, S. 861, 862.

³⁸⁹ Palandt-*Heinrichs*, § 276 Rn. 20, § 285 Rn. 4.

³⁹⁰ Zum anwaltlichen Betreuer BGH, NJW 2004, S. 220 = FamRZ 2003, S. 1924 = BtPrax 2004, S. 30, 31; OLG Hamm, FamRZ 2001, S. 861, 862.

cc. Schaden

Dem Betreuten muss darüber hinaus ein Schaden entstanden sein. Der Umfang des Schadensersatzes richtet sich nach den Vorschriften der §§ 249 ff. BGB.³⁹¹

Als Schaden wird jede unfreiwillige Einbuße an rechtlich geschützten Positionen und Lebensgütern, wie Vermögen und Eigentum, infolge eines bestimmten Ereignisses verstanden.³⁹² Dem Schadensersatzrecht liegt der Ausgleichsgedanke zugrunde.³⁹³ Die Schadensersatzleistung soll die entstandenen Nachteile ausgleichen.

Ein Vermögensschaden liegt immer dann vor, wenn der Wert des Vermögens des Betroffenen geringer ist als der Wert, den das Vermögen ohne die pflichtwidrige Handlung haben würde.³⁹⁴ Maßgeblich ist die tatsächlich eingetretene Vermögensminderung und die ausbleibende Vermögenmehrung.³⁹⁵ Dabei sind jeweils die konkreten Auswirkungen zu prüfen, die die Abgabe oder Unterlassung der Zustimmung hatte. Es ist eine Gesamtbetrachtung aller beeinflussenden Faktoren vorzunehmen.

Der Betreuer hat die Zustimmung zu einer Willenserklärung erteilt. Daraus ergibt sich i.d.R. eine Verpflichtung des Betreuten. Erst die Erfüllung dieser Pflicht wird das Vermögen mindern. Allerdings stellt die Belastung mit einer Verbindlichkeit bereits einen Schaden dar, und zwar auch dann, wenn der Betroffene nicht in der Lage ist, die Verbindlichkeit zu erfüllen,³⁹⁶ so dass jede Willenserklärung, die durch die Zustimmung des Betreuers zu einer Verbindlichkeit für den Betreuten führt, einen Schaden darstellen kann. Aber auch eine

³⁹¹ *Knittel*, § 1833 Rn. 26; *Palandt-Diederichsen*, § 1833 Rn. 9.

³⁹² *MünchKomm-Oetker*, § 249 Rn. 16.

³⁹³ *MünchKomm-Oetker*, § 249 Rn. 8.

³⁹⁴ BGH, NJW 1958, S. 1085; 80, S. 775; 87, S. 831; 94, S. 2357. Differenzhypothese von *Mommsen*, Lehre vom Interesse, 1855.

³⁹⁵ *Palandt-Heinrichs*, Vor § 249 Rn. 50.

³⁹⁶ BGHZ 59, S. 148; 149 f.; BGHZ 66, S. 1, 4; BGH, NJW 1986, S. 581, 582f.; *Palandt-Heinrichs*, § 249 Rn. 46; *Erman-Kuckuck*, § 249 Rn. 61.

Willenserklärung, die keine Verbindlichkeit begründet, kann einen Schaden zur Folge haben, z.B. eine Kündigung des Betreuten. Ein denkbarer Vermögensschaden könnte darin liegen, dass der Betreuer einer Kündigung des Mietverhältnisses (vorab) zustimmt. Ein damit in Zusammenhang stehender Vermögensnachteil könnten die Umzugskosten bzw. Wohnungsbeschaffungskosten einer neuen Wohnung sein sowie gegebenenfalls Mehrkosten eines neuen Mietzinses. Ein Vermögensschaden liegt dann vor. Wurde ein Vertrag geschlossen, wird der Betreute aber ebenfalls einen Anspruch erwerben, der ihm wirtschaftliche Vorteile bringt. Unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung könnte sodann der Schaden wieder entfallen.

Durch den Schadensersatzanspruch soll der Geschädigte grundsätzlich so gestellt werden, wie er ohne das schädigende Ereignis gestanden hätte, das bedeutet, er soll keinen Nachteil haben, aber auch keinen Gewinn erzielen.³⁹⁷ Die Anrechnung des Vorteils muss daher dem Zweck des Schadensersatzes entsprechen und darf weder den Schädiger unzumutbar belasten noch den Geschädigten unbillig begünstigen.³⁹⁸ Hierbei spielen nun Wertungsgesichtspunkte eine Rolle.³⁹⁹

An dieser Stelle ist der Sinn und Zweck des Einwilligungsvorbehalts, den Betreuten vor uneinsichtigen Selbstschädigungen zu schützen, mit einzubeziehen. Der Einwilligungsvorbehalt dient dem Zweck, den Betreuten vor uneinsichtigen Selbstschädigungen durch die Abgabe von Willenserklärungen zu schützen.⁴⁰⁰ Der Betreute wird durch die Kontrolle des Betreuers vor Gefahren für sein Vermögen bewahrt. Ist der Betreute durch die Zustimmung des Betreuers eine Verpflichtung eingegangen, und stellt dies eine Pflichtverletzung des Betreuers dar, würde eine Vorteilsanrechnung den Sinn und Zweck des Einwilligungsvorbehalts unterlaufen.

³⁹⁷ MünchKomm-Grunsky, Vor § 249 Rn. 96.

³⁹⁸ BGH, NJW 1953, S. 618; 1984, S. 2457; 1997, S. 2378.

³⁹⁹ Palandt-Heinrichs, Vor § 249 Rn. 122.

⁴⁰⁰ Vgl. § 2 III.3.b.ee.

Beispiel:

Der Betreute schließt einen Vertrag über einen Tisch in Höhe von 500 € ab, der Betreuer stimmt diesem Vertrag zu. Der Betreute war bei Vertragsabschluss uneinsichtig. Er hat für den Tisch keine Verwendung. Dem Betreuten steht nur ein Barbetrag in Höhe von 95 € monatlich zu.

Würde dem Betreuten der Vorteil angerechnet, den er durch den Erwerb des Eigentums an dem Tisch erlangt, würde die Schutzfunktion des Einwilligungsvorbehalts als Wertungsgesichtspunkt im Rahmen der Schadensausgleichung außer Acht gelassen.

Stimmt der Betreuer einer Willenserklärung des Betreuten pflichtwidrig zu und entsteht dem Betreuten dadurch ein Schaden, so ist dieser auszugleichen. Eine Vorteilsausgleichung findet nicht statt. Würde im Rahmen der Prüfung des Schadens eine Vorteilsanrechnung vorgenommen, so würde dies den Betreuten unzumutbar belasten. Die Wertung gebietet es insofern, einen Vorteil nicht zu berücksichtigen, der sich aus der Gegenleistung des Vertrages ergibt.

Unterlässt der Betreuer pflichtwidrig die Erteilung einer Zustimmung, ist der Betreute so zu stellen, wie er stünde, wenn die Pflichtverletzung nicht begangen worden wäre. Das bedeutet daher auch, dass sich der Betreute das anrechnen lassen kann, was er selbst aufwenden hätte müssen.

Art und Umfang des Schadensersatzanspruchs richten sich nach §§ 249 ff. BGB. In der Regel wird eine Naturalrestitution gemäß § 249 I BGB nicht in Betracht kommen. Es wird sich regelmäßig um eine Geldentschädigung handeln.

Hat der Betreuer pflichtwidrig einem gewünschten Vertrag des Betreuten nicht zugestimmt, so kommt ein Schadensersatz insbesondere unter dem Gesichtspunkt des entgangenen Gewinns nach § 252 BGB in Betracht.

dd. Kausalität

Zwischen der Pflichtverletzung und dem eingetretenen Schaden muss ein kausaler Zusammenhang bestehen. Die Vermögensminderung muss sich daraus ergeben, dass der Betreuer der Willenserklärung des Betreuten die Zustimmung erteilt hat oder die Zustimmung pflichtwidrig nicht erteilt hat. Durch die pflichtwidrige Zustimmung wird die Willenserklärung des Betreuten wirksam. Insofern besteht der notwendige Kausalzusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Schaden, der gerade im Rahmen des Schutzzwecks des Einwilligungsvorbehalts liegt.

Auch die Verweigerung der Zustimmung zu einer Willenserklärung des Betreuten muss kausal für den eingetretenen Schaden sein. Hätte der Betreuer der Willenserklärung zugestimmt, so wäre die Erklärung des Betreuten wirksam und er hätte daraus Vorteile ziehen können.

ee. Mitverschulden des Betreuten

Da im Fall der Erteilung der Einwilligung Betreuer und Betreuter gemeinsam handeln, stellt sich die Frage des Mitverschuldens des Betreuten. Ein Mitverschulden des Betreuten nach § 254 BGB⁴⁰¹ kommt gerade nicht in Betracht, weil der Einwilligungsvorbehalt den Betroffenen vor uneinsichtigen Selbstschädigungen schützen soll. Der Betreute handelt gerade in krankheitsbedingter Uneinsichtigkeit, so dass der Betreuer den Betreuten vor Gefahren für seine Person oder sein Vermögen zu bewahren hat.⁴⁰² Ferner ergibt sich aus § 827 BGB ein Ausschluss der Verantwortlichkeit. § 827 BGB findet auch im Rahmen der Anrechnung von Mitverschulden nach § 254 BGB Anwendung⁴⁰³. Besteht somit ein

⁴⁰¹ Im Rahmen des § 1833 generell denkbar so *Soergel-Damrau*, § 1833 Rn. 6; *HK-BUR-Deinert*, § 1833 Rn. 39.

⁴⁰² Vgl. oben § 3 III.3.b.ee.(2).

⁴⁰³ *Palandt-Sprau* § 827 Rn. 1.

Ausschluss der Verantwortlichkeit nach § 827 BGB, so hindert dies die Anrechnung eines Mitverschuldens.

Die Schadensverursachung liegt insofern ganz allein bei dem Betreuer. Dieser hat im Falle der Zustimmung zu der Willenserklärung den Schaden des Betreuten kausal und allein verursacht, auch wenn die Mitwirkung des Betreuten durch die Abgabe einer Willenserklärung zweifellos vorliegt. Diese Handlung kann dem Betreuten aber nicht vorgehalten werden, da der Betreuer ihn vor den Folgen seiner Handlung gerade zu schützen hat.⁴⁰⁴

ff. Beweislast

Die Beweislast für Pflichtverletzung, Schaden, Kausalität und Verschulden trägt der Betreute.⁴⁰⁵ Liegt die Pflichtwidrigkeit im Unterlassen einer gesetzlichen Pflicht, so wird der Betreute in der Regel durch den Beweis des ersten Anscheins begünstigt.⁴⁰⁶ Der Betreuer ist verpflichtet grundsätzlich einem Wunsch des Betreuten zu entsprechen, aber nur soweit dieser dem Wohl nicht zu widerläuft. Beruft sich der Betreute darauf, dass der Betreuer einem Wunsch pflichtwidrig nicht entsprochen hat, so würde er durch den Beweis des ersten Anscheins begünstigt und der Betreuer müsste darlegen und beweisen, dass sein Unterlassen – den Wunsch nicht zu beachten – pflichtgemäß war. beachte.

Für den Fall, dass der Betreuer den Wunsch umgesetzt hat, müsste nun der Betreute das Vorliegen einer Pflichtwidrigkeit beweisen.

Dem widerspricht aber bereits die amtliche Begründung. In der dort dargestellten Auffassung⁴⁰⁷ soll sich der Betreuer (im Schadensfall) nicht einfach damit entlasten können, dass er sich darauf beruft, einem Wunsch des Betreuten ent-

⁴⁰⁴ LG Berlin, FamRZ 2000. S. 1526, 1529 zum Mitverschulden, weil der Betreute das schädigende Verhalten ausdrücklich gewünscht hatte.

⁴⁰⁵ MünchKomm-Wagenitz, § 1833 Rn. 14.

⁴⁰⁶ MünchKomm-Wagenitz, § 1833 Rn. 14.

⁴⁰⁷ BT-Drs. 11/4528 S. 134; dem folgend *Damrau/Zimmermann*, § 1901 Rn. 4; *Soergel-Zimmermann*, § 1901 Rn. 10.

sprochen zu haben. Diese Auffassung, dass der Betreuer sich gerade nicht damit entlastet kann, den grundsätzlich vorrangigen Wunsch entsprochen zu haben und legt dem Betreuer damit die Beweislast dafür auf, seine Pflichtmäßigkeit bei der Beachtung eines Wunsches nachzuweisen.

Dabei wird aber übersehen, dass die Pflichtwidrigkeit im Rahmen einer Entscheidung nach § 1901 III, 1 und 2 BGB nicht allein darin liegt, dass der Betreuer einem Wunsch entsprochen hat oder nicht. Die Pflichtwidrigkeit liegt vielmehr darin, dass er einem Wunsch entsprochen hat, der dem Wohl zuwiderläuft bzw. einem Wunsch nicht entsprochen, obwohl dieser dem Wohl nicht zuwiderläuft. Nach der gesetzlichen Formulierung liegt die grundsätzliche Pflicht in der Entsprechung eines Wunsches. Bei durch den Betreuer nachzuweisendem Vorliegen eines Wunsches, muss der Betreute dann aber beweisen, dass diese Beachtung pflichtwidrig war. Dafür spricht, dass die gesetzliche Pflicht des § 1901 III, 1 und 2 BGB so ausgelegt ist, dass die Regel darin besteht, dass der Betreuer den Wünschen des Betreuten zu entsprechen hat. Würde man dem Betreuer aber den Beweis dafür auferlegen, dass die Erfüllung seiner gesetzlichen Wunschbeachtungspflicht auf rechtlich zulässig war, würde dies dem Regelungscharakter des § 1901 III, 1 BGB widersprechen. Diese Norm ist so ausgestaltet, dass die Beachtung des Wunsches die Regel ist und dies muss sich im Rahmen der Beweislastverteilung niederschlagen.

Gegen eine diese Beweislastverteilung zu Gunsten des Betreuers bei der Wunschbeachtung könnte aber sprechen, dass der Einwilligungsvorbehalt als Schutzinstrument gerade darauf angelegt ist, den Willen des Betreuten im Rechtsverkehr zurückzudrängen. Würde die Regel darin bestehen, dass dem Wunsch des Betreuten daher durch den Betreuer doch zu Wirksamkeit verholfen werden soll, würde dies dem Wesen des Einwilligungsvorbehalts nicht gerecht werden und würde für den Betreuer ein weiteres Risiko darstellen. Insofern darf es im Zusammenhang mit den Pflichten des Betreuers aus § 1901 III, 1 und 2

BGB im Rahmen des Einwilligungsvorbehalts keine Änderung der Beweislast geben, die eine Pflichtmäßigkeit des Handelns des Betreuers begründen. Es bleibt mithin dabei, dass der Betreute die Pflichtverletzung des Betreuers nachzuweisen hat.

Der Betreuer hat die Möglichkeit, das Zustandekommen seiner Entscheidung im Rahmen eines Aktenvermerks niederzulegen. Dabei hat dieser den Wunsch des Betreuten und die Tatsachen darzustellen, die ihn zu der Entscheidung veranlassen haben, dass der Wunsch nicht dem Wohl zuwiderläuft. Der Vermerk ist mit Datum und Uhrzeit der Besprechung dieser Umstände mit dem Betreuten zu versehen. Die Dokumentation dient der vorbeugenden Absicherung. Die Dokumentation wird als Beweis mit den Eigenschaften der Richtigkeit und Vollständigkeit anerkannt.⁴⁰⁸ Der Aktenvermerk kann hilfreich sein im Hinblick auf die Frage der Pflichtwidrigkeit und des Verschuldens. Er wirkt sich auf die Beweislast allerdings nicht aus.

b. Die Haftung nach § 823 I BGB

Eine weitergehende Haftung des Betreuers wird durch §§ 1908 i, 1833 BGB nicht ausgeschlossen, so dass auch eine Haftung aus § 823 BGB in Frage kommt.⁴⁰⁹

§ 823 I BGB setzt zunächst die Verletzung der genannten Rechtsgüter Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum und sonstiger Rechte voraus. Durch eine Handlung oder Unterlassung im Rahmen des Einwilligungsvorbehalts kommt eine Verletzung des Eigentums in Betracht. Erteilt der Betreuer z.B. der Eini-gung nach § 929 BGB seine Zustimmung, so wird dadurch die Grundlage für einen Eigentumsverlust bei dem Betreuten gesetzt. Ohne die Zustimmung des Betreuers kann eine wirksame Übereignung nicht erfolgen. Der Betreuer wird

⁴⁰⁸ Deinert/Lütgens/Meier, Rn. 228.

⁴⁰⁹ MünchKomm-Wagenitz, § 1833 Rn. 12.

durch seine Zustimmung zu dem Grundgeschäft gleichfalls die Zustimmung zu dem dinglichen Geschäft erteilen. Dies hat zur Folge, dass der Eigentumsübergang rechtswirksam erfolgt und damit zu einem Eigentumsverlust bei dem Betreuten führt. Gleiches ist denkbar für sonstige dingliche Rechte.⁴¹⁰ Als verletztes Rechtsgut kommt aber nur ein bereits vorhandenes und nicht ein entgangenes Rechtsgut in Betracht. Das Vermögen als solches ist hingegen kein geschütztes Rechtsgut des § 823 I BGB.⁴¹¹

Das Rechtsgut des Betreuten müsste durch eine Handlung oder Unterlassung⁴¹² des Betreuers verletzt worden sein. Diese Handlung muss die Rechtsgutverletzung kausal herbeigeführt haben. Als haftungsbegründende Handlung des Betreuers kommt im Rahmen des § 823 I BGB nur die Erteilung der Zustimmung zu der Willenserklärung des Betreuten in Betracht. Diese kann dazu beitragen, dass der Betreute wirksam über sein Rechtsgut verfügt. In dieser Verfügung liegt dann die Rechtsgutsverletzung.

Möglicherweise kann der Wunsch des Betreuten, dem der Betreuer entspricht, die Rechtswidrigkeit der Handlung ausschließen. Der Ausschluss könnte unter dem Gesichtspunkt einer rechtfertigenden Einwilligung in die Rechtsgutverletzung vorliegen. Die Einwilligung würde aber nur dann die Rechtswidrigkeit ausschließen, wenn der Betreute im Hinblick auf das verletzte Rechtsgut einwilligungsfähig wäre.⁴¹³ Im Hinblick auf das Rechtsgut Eigentum müsste der Betreute geschäftsfähig sein, um wirksam in die Beeinträchtigung seiner Eigentümerposition einwilligen zu können. Der Betreute ist aber gerade durch den Einwilligungsvorbehalt in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt. Würde die Einwilligung rechtlich auch ohne die Zustimmung des Betreuers zugelassen bzw. könnte er dieser zur Wirksamkeit verhelfen, wäre für eine Haftung kein Raum

⁴¹⁰ z.B. Erbbaurecht, Dienstbarkeiten, dingliches Wohnungsrecht.

⁴¹¹ BGHZ 41, S. 127; Palandt-*Sprau*, § 823 Rn 11.

⁴¹² Fälle, in denen auch eine Unterlassung in Betracht kommen könnte, sind nicht ersichtlich.

⁴¹³ *Pawlowski*, JZ 2003, S. 63, 71.

mehr. Dies würde aber dem Sinn und Zweck des Einwilligungsvorbehaltes widersprechen, so dass eine rechtfertigende Einwilligung die Rechtswidrigkeit nicht ausschließen kann.

Die Rechtswidrigkeit könne aber dadurch ausgeschlossen sein, dass die Handlung des Betreuers, die zu der Rechtsgutsverletzung führt, berechtigt ist. Dies ist dann der Fall, wenn der Betreuer pflichtgemäß im Sinne des Betreuungsrechts handelte. Auch sonstige Berechtigung können die Rechtswidrigkeit im Rahmen von § 823 BGB ausschließen.⁴¹⁴ Eine Handlung, die auf dem Wunsch des Betreuten basiert und nach § 1901 III, 1 BGB pflichtgemäß ist, stellt eine Berechtigung dar, die die Rechtswidrigkeit ausschließt.

War die Handlung aber rechtswidrig, müsste der Betreuer schuldhaft gehandelt haben. Verschulden treffen. Hierbei ergeben sich keine Abweichungen zu dem zu § 1833 BGB Gesagtem.⁴¹⁵ Gleiches gilt für den Schaden. Eine Haftung des Betreuers nach § 823 I BGB ist insofern grundsätzlich möglich.

III. Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Betreuers

Es stellt sich weiterhin die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Betreuers, wenn er der Willenserklärung des Betreuten die Zustimmung erteilt. Als Straftatbestände kommen diesbezüglich § 263 StGB und § 266 StGB in Betracht. Eine Strafbarkeit des Betreuers wegen unterlassener Abgabe der Zustimmung ist nicht ersichtlich.

1. Betrug nach § 263 StGB

Der Betreuer könnte zulasten eines Dritten einen strafrechtlich relevanten Betrug begehen, indem er der Willenserklärung des Betreuten die Zustimmung er-

⁴¹⁴ Palandt-Sprau § 823 Rn. 32.

⁴¹⁵ Vgl. § 3 II. 2.a..

teilt, wenn der Dritte dadurch einen Vermögensnachteil erleidet, der sich als Vermögensvorteil des Betreuten darstellt.

Beispiel:

Der Betreute schließt einen Vertrag über einen Plasmafernseher, den er mangels finanzieller Möglichkeiten nicht bezahlen kann. Der Vertragspartner weiß von dem Einwilligungsvorbehalt und macht die Lieferung des Fernsehers von der Zustimmung des Betreuers abhängig. Der Betreuer stimmt gegenüber dem Vertragspartner zu, er weiß, dass der Betreute nicht zahlen kann, möchte ihm aber mal was Gutes tun.

Damit ein Betrug vorliegt, müsste ein Betreuer einen Dritten zunächst über Tatsachen täuschen und bei diesem einen Irrtum erregen oder aufrechterhalten.

Stimmt der Betreuer gegenüber dem Vertragspartner dem Vertrag mit dem Betreuten zu, so stellt sich die Frage, ob darin eine Täuschung über Tatsachen liegt. Der Betreuer könnte durch seine Zustimmung zu der Willenserklärung des Betreuten schlüssig miterklären, dass der Betreute die eingegangene Verpflichtung auch erfüllen kann. Die Erklärung des Betreuers könnte z.B. eine Täuschung über die Zahlungsfähigkeit des Betreuten darstellen. Mit Vertragsabschluss erklärt der Vertragspartner schlüssig mit, dass er den Vertrag erfüllen kann.⁴¹⁶ Fraglich ist aber, ob allein die Genehmigung des Vertrages durch den Betreuer ebenfalls eine Täuschung über die Zahlungsfähigkeit des Betreuten beinhaltet, wenn dieser tatsächlich nicht zahlungsfähig ist.

Von ihrer Rechtsnatur her ist die Erklärung des Betreuers entweder eine Zustimmung oder eine Genehmigung im Sinne der §§ 182 bzw. 184 BGB. Es han-

⁴¹⁶ BGHSt 15, S24 ff.; 27, S. 293, 294 ff; BGH, NJW 1990, S. 2476 f; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn. 16 a; SK-Hoyer, § 263 Rn. 33.

delt sich dabei um eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die Wirksamkeitsvoraussetzung⁴¹⁷ für das Rechtsgeschäft des Betreuten ist. Fraglich ist, welcher Erklärungsinhalt dieser Zustimmung zu dem Rechtsgeschäft des Betreuten beizumessen ist. Es wäre denkbar anzunehmen, dass die Erklärung des Betreuers neben dem Herstellen der Wirksamkeit ebenso beinhaltet, dass der Betreute seine Verpflichtung auch erfüllen kann. Der Betreuer würde damit schlüssig die Zahlungsfähigkeit des Betreuten erklären. Fraglich ist aber, ob der Erklärung des Betreuers dieser Inhalt zugesprochen werden kann. Durch die Zustimmung oder Genehmigung erklärt der Betreuer gegenüber dem Vertragspartner sein Einverständnis zu dem Rechtsgeschäft des Betreuten. Der Betreuer erklärt damit lediglich, dass das Geschäft wirksam sein soll. Er nimmt aber keinen Einfluss auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts und äußert sich diesbezüglich nicht. Die Zustimmung dient nur der Aufsicht des Betreuten⁴¹⁸ und trifft daher keine weitere Aussage als die Rechtswirksamkeit der Willenserklärung herzustellen. Der Zustimmung des Betreuers kann daher kein Erklärungsinhalt dahingehend entnommen werden, der Betreute sei zahlungsfähig, es denn, der Betreuer erklärt dies ausdrücklich. Die Erklärung der Zustimmung oder Genehmigung zu der Willenserklärung des Betreuten beinhaltet daher kein Täuschen über Tatsachen im Sinne des § 263 StGB.

Fraglich ist, ob ein tatbestandsmäßiges Handeln des Betreuers durch Unterlassen in Betracht kommt. Diesbezüglich müsste der Betreuer aber eine Aufklärungspflicht gegenüber dem Vertragspartner auferlegt bekommen.⁴¹⁹ Die Betreuung ist auf das Wohl des Betreuten gerichtet,⁴²⁰ so dass eine Aufklärungspflicht gegenüber einem Dritten nicht ersichtlich ist. Auch wenn der Vertragspartner dem

⁴¹⁷ Palandt-Heinrichs, Einf. v § 182 Rn. 3.

⁴¹⁸ Vgl. § 2 I.1.

⁴¹⁹ Schönke/Schröder- Cramer/Perron, § 263 Rn. 18; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Kindhäuser, § 263 Rn. 144.

⁴²⁰ § 1901 I BGB.

Betreuer, dem regelmäßig die Vermögenssorge übertragen sein wird, Vertrauen entgegenbringt und daher davon ausgehen wird, wenn der Betreuer zustimmt „gehe alles in Ordnung“, so wird sich daraus keine Aufklärungspflicht ableiten lassen. Der Betreuer ist dem Wohl des Betreuten verpflichtet, so dass sich auch nicht aus einem überlegenen Wissen des Betreuers eine Aufklärungspflicht Dritten gegenüber begründen kann.

Die Zustimmung zu dem Vertrag bei Zahlungsunfähigkeit des Betreuten ist daher keine konkludente Täuschungshandlung im Sinne von § 263 StGB. Darüber hinaus wäre es fraglich, ob der Betreuer einen Irrtum erregt oder aufrechterhält. Bei einem Irrtum handelt es sich um einen Widerspruch zwischen subjektiver Vorstellung und objektiver Wirklichkeit.⁴²¹ Regelmäßig wird der Irrtum bei dem Vertragspartner bereits durch die Willenserklärung des Betreuten erregt sein. Insofern müsste der Betreuer, um strafbar zu handeln, einen Irrtum unterhalten. Ein Irrtum wird unterhalten, wenn der Täter verhindert, dass ein schon bestehender Irrtum beseitigt wird.⁴²² Das bloße Ausnützen einer bereits vorhandenen Fehlvorstellung genügt dazu nicht.⁴²³ Stimmt der Betreuer aber der Willenserklärung ohne weitere Äußerung zu, so nützt er lediglich eine vorhandene Fehlvorstellung aus. Insofern wird die Strafbarkeit der Zustimmungserklärung an diesem Tatbestandmerkmal scheitern.

Ein Betrug kommt daher nicht alleine dadurch in Betracht, dass der Betreuer auch in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit des Betreuten die Zustimmung oder Genehmigung zu der Willenserklärung des Betreuten erteilt, und der Vertragspartner in Kenntnis der Wirksamkeit des Vertrages seine Leistung erbringt.

⁴²¹ Leipziger Kommentar-*Tiedemann*, § 263 Rn. 76.

⁴²² Schönke/Schröder-*Cramer/Perron*, § 263 Rn. 46.

⁴²³ Schönke/Schröder-*Cramer/Heine*, § 27 Rn. 6.

2. Beihilfe zum Betrug nach §§ 263, 27 StGB

Zu erörtern ist, ob der Betreuer durch die Zustimmung zu der Willenserklärung des Betreuten als Gehilfe im Sinne des § 27 StGB Hilfe zu einem durch den Betreuten begangenen Betrug geleistet und damit eine strafbare Handlung begangen hat. Voraussetzung ist zunächst, dass der Betreute als Haupttäter einen vorsätzlichen und rechtswidrigen Betrug begangen hat. Auf die Schuldhaftigkeit seiner Handlung kommt es für die Strafbarkeit des Betreuers hingegen nicht an.⁴²⁴ Fraglich ist, ob in der Zustimmung bzw. in der Genehmigung eine Hilfeleistung im Sinne des § 27 StGB liegt. Hier kommt es darauf an, ob die Hilfeleistung einen kausalen Beitrag zu der Tatbestandsverwirklichung geleistet hat. Ein kausaler Beitrag kann zumindest darin erblickt werden, wenn der Vertragspartner des Betreuten seine Leistung von der Zustimmung des Betreuers abhängig gemacht hat und der Betreuer die Zustimmung tatsächlich erteilt. Ein weiterer kausaler Tatbeitrag könnte darin liegen, dass der Betreute vor der Abgabe seiner Erklärung die Einwilligung des Betreuers einholt und auf der Basis dieser Einwilligung seine Willenserklärung gegenüber dem Dritten abgibt. Hat die Herstellung der Wirksamkeit einen Beitrag zur Vermögensschädigung des Dritten herbeigeführt, so kann darin eine strafbare Beihilfe erkannt werden.⁴²⁵

Es ist daher möglich, dass der Betreuer sich unter dem Aspekt der Beihilfe zum Betrug strafbar macht.

3. Untreue nach § 266 StGB

Möglicherweise macht sich der Betreuer der Untreue strafbar, wenn er der Willenserklärung des Betreuten die Zustimmung erteilt und er dem Betreuten dadurch einen Nachteil zufügt.

⁴²⁴ § 27 StGB spricht nur von einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat.

⁴²⁵ BGH, WuM 2005, S. 664: Beihilfe zum Betrug: Strafbarkeit des Urkundsnotars bei Vornahme von Beurkundungen beim finanzierten Wohnungseigentumskauf zahlungsunfähiger Erwerber.

a. Missbrauchstatbestand

Fraglich ist, ob der Betreuer eine Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht, indem er die Wirksamkeit der Willenserklärung des Betreuten herstellt. Darunter ist die Befugnis zu verstehen, die den Täter in den Stand setzt, Vermögensrechte eines anderen wirksam zu ändern, zu übertragen oder aufzuheben oder ihn mit Verbindlichkeiten zu belasten.⁴²⁶ Missbräuchliches Handeln liegt immer dann vor, wenn der Täter im Rahmen des rechtlichen Könnens über das rechtliche Dürfen hinaus handelt.⁴²⁷ Der Betreuer hat eine durch Gesetz eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder den Betreuten zu verpflichten, da er im Rahmen des Aufgabenkreises gesetzlicher Vertreter ist.⁴²⁸ Durch den Einwilligungsvorbehalt hat er neben der gesetzlichen Vertretungsbefugnis ebenso die Befugnis, durch Einwilligung die Wirksamkeit der Willenserklärung des Betreuten herzustellen.⁴²⁹ Fraglich ist, ob der Betreute diese gesetzliche Befugnis missbraucht, indem er der Willenserklärung des Betreuten zustimmt und die Willenserklärung dadurch wirksam wird. Folge wäre dann eine Verpflichtung des Betreuten. Ohne die Erklärung des Betreuers läge keine wirksame Willenserklärung des Betreuten vor, so dass keine Verpflichtung bestünde.

Zunächst ist festzustellen, dass der Missbrauchstatbestand nur erfüllt wird, wenn der Betreuer im Rahmen seiner Befugnis handelt.⁴³⁰ Wird eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht eingeholt, so handelt er außerhalb seiner Befugnis.⁴³¹ Gleiches gilt für den Fall, in dem das Geschäft zwischen Betreuer und Geschäftspartner durch kollusives Zusammenwirken von Betreuer und Ge-

⁴²⁶ Schönke/Schröder-*Leckner/Perron*, § 266 Rn. 4.

⁴²⁷ Leipziger Kommentar-*Schünemann*, § 266 Rn. 32 m.w.N.

⁴²⁸ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-*Kindhäuser*, § 266 Rn. 58; Schönke/Schröder-*Leckner/Perron*, § 266 Rn. 8.

⁴²⁹ § 1903 I BGB.

⁴³⁰ *Deinert/Lütgens/Meier*, Rn. 178.

⁴³¹ *Lackner/Kühl*, § 266 Rn. 6; Schönke/Schröder-*Leckner/Perron*, § 266 Rn. 17.

schäftspartner zivilrechtlich unwirksam ist.⁴³² Der Betreuer muss daher die Einwilligungsbefugnis wirksam ausgeübt haben. Fraglich ist allerdings, ob die Erteilung der Einwilligung dem Missbrauch der Verpflichtungsbefugnis entspricht. Durch die Einwilligung wird die Wirksamkeit der Willenserklärung des Betreuten hergestellt, so dass der Betreute durch diesen Umstand verpflichtet wird. Dies steht der Abgabe der Willenserklärung für den Vertretenen gleich, denn für den Vertretenen entfaltet sich die gleiche Rechtswirkung. Da der Betreuer die Rechtsmacht besitzt, über Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Verpflichtung des Betreuten zu entscheiden, ist die Einwilligungsbefugnis eine Verpflichtungsbefugnis im Sinne des § 266 I 1. Alt. StGB.

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der Geschädigte - also der Betreute - an seiner Schädigung mitwirkt. Kann dieser aber krankheitsbedingt nicht erkennen, dass er sich selbst schädigt und nutzt der Betreuer dies gerade aus, so ist die gleiche Situation gegeben, also wenn der Betreuer ohne die Mitwirkung den Betreuten allein verpflichtet hätte. Die Mitwirkung des Betreuten lässt den Missbrauchstatbestand daher nicht entfallen.

Missbrauch ist jede im Verhältnis zum Geschäftsherrn bestimmungswidrige Ausübung der Befugnis.⁴³³ Ein Missbrauch liegt im Rahmen des Betreuungsverhältnisses vor, wenn gegen betreuungsrechtliche Pflichten verstoßen wird, die das Innenverhältnis regeln.⁴³⁴ Hat der Betreuer entsprechend der Regelung des § 1901 III, 1 BGB einem Wunsch des Betreuten entsprochen, liegt kein Missbrauch vor.

b. Tatbestandsausschließendes Einverständnis

Die Tatbestandsmäßigkeit könnte durch ein Einverständnis des Betreuten ausgeschlossen sein. Der Betreuer darf die Einwilligung nur erteilen, wenn dies dem

⁴³² Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Kindhäuser, § 266 Rn.90, vgl. oben § 3.II. 1. b.

⁴³³ Schönke/Schröder-Leckner/Perron, § 266 Rn. 18.

⁴³⁴ Allgemein: Schönke/Schröder-Leckner/Perron, § 266 Rn. 18.

Wunsch des Betreuten entspricht. Ein Einverständnis des Geschäftsherrn mit dem verpflichtenden Geschäft ließe die Tatbestandsmäßigkeit der Handlung entfallen.⁴³⁵ Fraglich ist, ob die Willenserklärung des Betreuten dem tatbestandsausschließenden Einverständnis entspricht. Grundsätzlich setzt das tatbestandsausschließende Einverständnis im Rahmen des § 266 StGB die Geschäftsfähigkeit des Betroffenen voraus.⁴³⁶ Im Rahmen einer Handlung des Betreuers im Rahmen des Einwilligungsvorbehalts ist aber die Frage mit einzubeziehen, ob der Betreuer einem Wunsch des Betreuten nach § 1901 III, 1 BGB zu entsprechen hatte. Musste der Betreuer einem Wunsch des Betreuten entsprechen,⁴³⁷ so liegt aber bereits kein Missbrauch der Verpflichtungsbefugnis vor, da das Gesetz das Innenverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Betreuer bereits festschreibt. War es hingegen unzulässig dem Wunsch zu entsprechen, weil dieser dem Wohl des Betreuten zuwiderläuft,⁴³⁸ so handelt es sich nicht um ein Einverständnis, welches hinreichend ist, um den Tatbestand des § 266 StGB auszuschließen.

c. Vermögensnachteil

Ferner muss der Betreuer dem Betreuten einen Vermögensnachteil zugefügt haben. Unter einem Nachteil ist die durch die Tathandlung verursachte Vermögenseinbuße zu verstehen.⁴³⁹ Hier ist allerdings auch ein individueller Schadenseinschlag zu berücksichtigen, bei dem die individuellen Bedürfnisse und wirtschaftlichen Zielsetzungen des Betroffenen bei der Feststellung eines Vermögensschadens berücksichtigt werden.⁴⁴⁰ Ein Vermögensnachteil liegt ebenso

⁴³⁵ Schönke/Schröder-*Leckner/Perron*, § 266 Rn.21.

⁴³⁶ Schönke/Schröder-*Leckner*, Vorbem §§ 32 ff. Rn. 32.

⁴³⁷ Zu den Voraussetzungen oben § 2 III.

⁴³⁸ Zu den Voraussetzungen oben § 2 III.3.b.ff.

⁴³⁹ Schönke/Schröder-*Leckner/Perron*, § 266 Rn. 40.

⁴⁴⁰ Schönke/Schröder-*Leckner/Perron*, § 266 Rn. 43; *Deinert/Lütgens/Meier*, Rn. 174.

in einer konkreten Vermögensgefährdung.⁴⁴¹ Ist der Betreute durch seine Willenserklärung, die dem Einwilligungsvorbehalt unterlag, verpflichtet worden, so kann sich aus dieser Verpflichtung der Vermögensnachteil ergeben.

d. Weitere Voraussetzungen

Der Betreuer müsste darüber hinaus vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft handeln, damit er sich einer Untreue nach § 266 StGB schuldig macht.

e. Zwischenergebnis

Es ist denkbar, dass der Betreuer durch die pflichtwidrige Erteilung der Einwilligung zu einer Willenserklärung des Betreuten eine strafbare Untreue begeht, indem er sich bewusst über die Pflichten aus dem Innenverhältnis hinwegsetzt und einem Wunsch des Betreuten folgt, der dessen Wohl widerspricht.

⁴⁴¹ Dazu Schönke/Schröder-*Leckner/Perron*, § 266 Rn. 45; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-*Kindhäuser*, § 266 Rn. 110 ff.

§ 4 Der Wunsch des Betreuten im Rahmen des Aufenthaltsbestimmungsrechts des Betreuers

Ein angeordneter Aufgabenkreis Aufenthaltsbestimmungsrecht lässt bereits erahnen, dass der Betreuer den Aufenthalt des Betreuten bestimmen kann und so für Selbstbestimmung des Betreuten wenig Raum bleibt. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht des Betreuers gehört zu den Standardaufgabenkreisen und erweckt häufig hohe Erwartungen, die insbesondere von Dritten, z.B. Familienangehörigen oder Nachbarn, an den Betreuer gestellt werden. Es wird davon ausgegangen, dass der Betreuer durch das Aufenthaltsbestimmungsrecht jederzeit die Möglichkeit habe, den Aufenthaltsort des Betreuten notfalls auch gegen dessen Willen zu bestimmen. Teilweise wird in der Praxis zusätzlich zum Aufenthaltsbestimmungsrecht ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet,⁴⁴² um deutlich zu machen, dass der Wille des Betreuten verdrängt werden soll. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht ist offenbar, ebenso wie der Einwilligungsvorbehalt, darauf gerichtet, den Willen des Betreuten zurückzudrängen. Doch welche Rolle spielt dabei nun die im Betreuungsrecht so hoch angesiedelte Selbstbestimmung des Betreuten?

Richtig ist, dass das Aufenthaltsbestimmungsrecht dem Betreuer eine tatsächliche Bestimmungsbefugnis verleiht. Diese Befugnis ist grundsätzlich in Rechtsprechung und Literatur anerkannt.⁴⁴³ Was diese Bestimmungsbefugnis aber sowohl für Betreuer als auch für den Betreuten konkret bedeutet, ist nicht geklärt. In der Praxis bestehen Schwierigkeiten dahingehend, welche Rechte und Pflichten dem Betreuer aus der Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts erwachsen und welche Bedeutung der Wunsch des Betreuten erfährt.

⁴⁴² Die Zulässigkeit dessen wird aus § 69 I Abs. FGG geschlossen, nach allgemeiner Meinung bezieht sich der ein Einwilligungsvorbehalt aber nur auf Willenserklärungen vgl. MünchKomm-Schwab, § 1903 Rn. 19 m.w.N.

⁴⁴³ LG Köln, FamRZ 1992, S. 857, 858; MünchKomm-Schwab, § 1896, Rn. 77; Ermann-Roth § 1896 Rn. 54; Klüsener/Rausch, NJW 1993, S. 619; Staudinger-Bienwald, § 1896 Rn. 82 ff.; Sonnenfeld, FamRZ 1995, S. 393; Windel, BtPrax 1999, S. 46, 47.

Beispiel:

Die Betreute Frau M. leidet an Multipler Sklerose und hat eine krankheitsbedingte Wesensveränderung. Sie äußert den Wunsch, in ihrer Wohnung bleiben zu wollen. Die Bedingungen für ihre Pflege und die Behandlungen ihrer Erkrankung sind in einem Pflegeheim wesentlich besser gewährleistet. Frau M. möchte lieber zu Hause in gewohnter Umgebung bleiben. Bei Fortführung des Lebens in ihrer Wohnung besteht die Wahrscheinlichkeit, dass sie früher stirbt.

Erleidet Frau M. im dargestellten Beispielfall einen neuen, behandlungsbedürftigen Gesundheitsschaden, der im Pflegeheim nicht eingetreten wäre, so könnten sowohl die Behandlungskosten als materieller Schaden als auch eine Schädigung der Gesundheit als immaterieller Schaden eine Haftung des Betreuers auslösen. Ebenso könnte man den frühen Todeseintritt dem Betreuer anlasten. Entschieden sich der Betreuer dafür, Frau M. gegen ihren Wunsch in einem Pflegeheim unterzubringen, so könnte ein Schaden darin bestehen, dass Frau M. z.B. die Kosten aus dem Heimvertrag zu zahlen hat.

Im Bereich des Aufenthaltsbestimmungsrechts geht es um folgenreiche Entscheidungen, z.B. die Heimunterbringung oder eine freiheitsentziehende Unterbringung zur Verhinderung einer Selbsttötung oder erheblichen gesundheitlichen Schädigung.⁴⁴⁴ Die Unterbringung gegen den oder ohne den Willen des Betreuten tangiert die Fortbewegungsfreiheit des Betreuten und ist damit mit einer erheblichen Einschränkung der Freiheit verbunden. Auf der anderen Seite besteht die Gefahr einer Selbsttötung oder drohenden gesundheitlichen Schädigung des Betreuten, die wiederum dessen Rechtsgüter Leben und körperliche Integrität betrifft. Problematisch ist ebenso die Frage der Heimverbringung pfl-

⁴⁴⁴ Vgl. § 1906 I BGB.

gebedürftiger Personen, deren häusliche Situation eine Gefahr für diese Menschen darstellt, wobei auch die Umsiedlung ins Pflegeheim gefahrträchtig sein kann.⁴⁴⁵

Betreuer stehen im Bereich des Aufenthaltsbestimmungsrechts im besonderen Maß vor dem Problem des Konfliktes zwischen Wunsch und Wohl des Betreuten und der Einschätzung unsicherer Situationen. Der Schutz vor Gefahren und die Möglichkeit, selbst über den Aufenthaltsort zu entscheiden, stehen immer wieder in einem Spannungsverhältnis. Dabei ergibt sich die zentralen Fragen, wann der Betreuer dem Wunsch des Betreuten zu entsprechen hat und wann er einem Wunsch nicht entsprechen darf, weil der Wunsch dem Wohl zuwiderläuft. Bevor wir uns diesem zentralen Problem zuwenden, sind Inhalt und Wirkung des Aufenthaltsbestimmungsrechts zu beschreiben, weil sich daraus die konkrete Bedeutung des Wunschs des Betreuten in diesem Zusammenhang ergeben könnte.

I. Inhalt und Wirkung des Aufenthaltsbestimmungsrechts

Das Betreuungsrecht macht keine ausdrücklichen Angaben darüber, welche Aufgabenkreise eingerichtet werden dürfen. Für die Anordnung einer Betreuung normiert § 1896 I BGB, dass das Vormundschaftsgericht einen Betreuer bestellt, wenn ein Volljähriger auf Grund einer psychischen Erkrankung, körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen kann. Im Gegensatz zum zuvor besprochenen Einwilligungsvorbehalt ergeben sich für das Aufenthaltsbestimmungsrecht keine speziell geregelten Anordnungsvoraussetzungen. Der Aufgabenkreis der Aufenthaltsbestimmung wird in den materiellen und verfahrensrechtlichen Normen der §§ 1907 II, 1 BGB und 69 I II, 1 FGG ausdrücklich genannt. Ebenso spricht für die Existenz des Aufenthaltsbestimmungsrechts, dass dem Betreuer das Recht

⁴⁴⁵ Eingehend dazu *Coeppicus*, FamRZ 1992, S. 741 ff.

gemäß § 1908 i BGB in Verbindung mit § 1632 II BGB zusteht, die Herausgabe des Betreuten von Dritten verlangen zu können, wenn der Betreute widerrechtlich vorenthalten wird.⁴⁴⁶ Das Aufenthaltsbestimmungsrecht ist dem Bereich der Personensorge zuzurechnen.⁴⁴⁷ Auch der Reformgesetzgeber enthielt sich in seiner amtlichen Begründung einer Umschreibung.

1. Inhaltliche Umschreibung

Grundsätzlich kann man den Inhalt des Aufenthaltsbestimmungsrechts so umreißen, dass es dabei zum einen um die Festlegung des Aufenthaltsortes und zum anderen um die Sicherung dieses Aufenthaltsortes mittels des Abschlusses schuldrechtlicher Verträge geht.⁴⁴⁸ Die Aufenthaltsbestimmung beinhaltet alle mit dem Aufenthalt des Betreuten verbundenen Angelegenheiten.⁴⁴⁹ Aufenthaltsbestimmung selbst ist zunächst darauf bezogen, den tatsächlichen Aufenthaltsort zu bestimmen.⁴⁵⁰ Diese Entscheidung ist Bestandteil der Befugnis des Aufenthaltsbestimmungsrechts und macht den Kernbereich dieses Aufgabenkreises aus.⁴⁵¹ Die Zulässigkeit der Besorgung der weiteren aufenthaltsrechtlichen Angelegenheiten - z.B. Abschluss von Mietverträgen, Begründung eines Wohnsitzes etc. - richtet sich nach der Zulässigkeit der Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts im engeren Sinn, also der Zuweisung eines bestimmten Aufenthaltsortes durch den Betreuer. Beides ist daher untrennbar miteinander verbunden.

⁴⁴⁶ HK-BUR-Bauer, § 1896 Rn. 231.

⁴⁴⁷ Staudinger-Salgo, § 1631 Rn. 50, 52.

⁴⁴⁸ Für den Abschluss von verpflichtenden Verträgen ist aber zusätzlich der Aufgabenkreis der Vermögenssorge erforderlich.

⁴⁴⁹ Damrau in Damrau/Zimmermann, § 1896 Rn. 17; Erman-Roth, § 1896 Rn. 54.

⁴⁵⁰ MünchKomm-Schwab, § 1896 Rn. 28; Lipp, S. 104.

⁴⁵¹ So Erman-Roth, § 1906 Rn. 5, der die Zuweisungsbefugnis als Aufenthaltsbestimmungsrecht im engeren Sinne bezeichnet.

2. Die Wirkung des Aufenthaltsbestimmungsrechts

Das Aufenthaltsbestimmungsrecht beinhaltet eine eigenständige Bestimmungsbefugnis, die den Betreuer ermächtigt, den Aufenthalt seines Betreuten ohne oder gegen dessen Willen rechtsverbindlich auch für Dritte festzulegen.⁴⁵² Das Aufenthaltsbestimmungsrecht gibt dem Betreuer dadurch das Recht und die Pflicht, den Aufenthalt des Betreuten zu bestimmen.⁴⁵³ Dabei hat der Betreuer das Recht, den Ort des tatsächlichen Aufenthalts des Betreuten zu wählen und ihm den Aufenthalt an einem bestimmten Ort zu untersagen.⁴⁵⁴ Der Aufenthalt wird bestimmt, indem der Betreuer dem Betreuten einen Ort als Aufenthaltsort zuweist. Diese Bestimmung hat der Betreute zu dulden.⁴⁵⁵

Der Betreute kann seinen Aufenthalt grundsätzlich zunächst selbst bestimmen, bis von seinem Betreuer eine abweichende oder eingrenzende Weisung erfolgt.⁴⁵⁶ Trifft der Betreuer aber eine Entscheidung über den Aufenthaltsort, so wird eine Entscheidung des Betreuten verdrängt⁴⁵⁷ und schließt dabei eine konkurrierende Selbstbestimmung durch ihn aus.⁴⁵⁸ Die Anordnung des Aufenthaltsbestimmungsrechts nimmt dem Betreuten daher nicht von vornherein die Selbstbestimmung, sondern diese wird erst durch die verdrängende Ausübung der Bestimmungsbefugnis durch den Betreuer beeinträchtigt. Die Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts nimmt dem Betreuten insofern die Selbstbe-

⁴⁵² MünchKomm-Schwab, § 1896 Rn. 76.

⁴⁵³ Klüsener/Rausch, NJW 1993 S. 617, 619; Sonnenfeld, FamRZ 1995, S. 393, 395; Erman-Michalski, § 1631 Rn. 13 für das Aufenthaltsbestimmungsrecht als Bestandteil der elterlichen Sorge.

⁴⁵⁴ Staudinger-Salgo, § 1631 Rn. 50, 52; Hoffmann, § 7 Rn. 2.

⁴⁵⁵ v. Sachsen-Gessaphe, S. 151.

⁴⁵⁶ Sonnenfeld, FamRZ 1995, S. 393, 395.

⁴⁵⁷ Ein Einwilligungsvorbehalt kommt nach überwiegender Meinung beim Aufenthaltsbestimmungsrecht nur in Betracht, soweit Willenerklärungen betroffen sind, vgl. BayObLG, FamRZ 1993, S. 852 f.; LG Köln, BtPrax 1992, S. 109 f.

⁴⁵⁸ Klüsener/Rausch, NJW 1993, S. 618, 619.

stimmung und die Entscheidungsmöglichkeit.⁴⁵⁹ Im Konfliktfall geht daher der Wille des Betreuers vor.⁴⁶⁰

Die Bestimmungsbefugnis entfaltet aber nicht mit der Anordnung des Aufenthaltsbestimmungsrechts sofortige beschränkende Wirkung, sondern erst mit der konkreten Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts durch den Betreuer.⁴⁶¹ Im Gegensatz zu einem Einwilligungsvorbehalt wird die Handlungsmöglichkeit des Betreuten daher noch nicht durch die Anordnung beschränkt. Er kann noch eigenständig handeln. Die Handlungsfähigkeit wird aber potentiell beschränkt, denn sie kann ihm durch das Handeln des Betreuers genommen werden. Nur solange der Betreuer keine aufenthaltsbestimmende Entscheidung trifft, kann der Betreute selber über seinen Aufenthaltsort entscheiden. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht hat damit ähnlich wie der Einwilligungsvorbehalt eine Beschränkung der Rechtsperson zu Folge,⁴⁶² da ihm durch den Betreuer unabhängig seines tatsächlichen Zustandes die Handlungsfähigkeit genommen werden kann, denn dies ist die Folge der Verdrängungskompetenz des Aufenthaltsbestimmungsrechts.

Der Betreuer setzt sich dann über den geäußerten Willen des Betreuten hinweg und trifft so die aufenthaltsbestimmende Entscheidung. Gleiches gilt für den Fall, dass der Betreute keinen Willen äußert oder äußern kann.

Die Maßnahmen, die das Aufenthaltsbestimmungsrecht betreffen, werden zu meist nicht von dem Betreuer selbst durchgeführt, z.B. eine geschlossene Unterbringung oder freiheitsentziehende Maßnahmen. Regelmäßig werden Dritte hinzugezogen, die die Maßnahme vollziehen. Diese benötigen grundsätzlich von dem Betroffenen eine Legitimation für ihr Handeln. Dies geschieht durch Ein-

⁴⁵⁹ Sonnenfeld, FamRZ 1995, S. 393, 395.

⁴⁶⁰ Windel, BtPrax 1999, S. 46, 47.

⁴⁶¹ Tietze, S. 144 zur Zwangsbehandlungsbefugnis; a.A. Lipp, S. 105 f.

⁴⁶² Lipp, S. 105, der gerade in der Anordnung einer Bestimmungsbefugnis „eine generelle Beschränkung der Rechtsperson“ sieht, ebenso wie bei der Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts.

willigung in die entsprechende Maßnahme durch den Betroffenen. Erfordert die aufenthaltsbestimmende Maßnahme des Betreuers die Zuhilfenahme Dritter, z.B. im Fall einer Unterbringung, dann beinhaltet die Entscheidung des Betreuers, dass sich der Betreute nur im Rahmen des Bereichs dieser geschlossenen Einrichtung aufhalten darf. Wird der Betreute dort gegen seinen Willen festgehalten, so handelt es dabei um eine Freiheitsentziehung. Wegen der grundrechtlich durch Art. 2 II, 2 GG geschützten Fortbewegungsfreiheit, deren Bedeutung ebenfalls zivilrechtlich durch § 823 I BGB und strafrechtlich durch § 239 StGB niedergelegt ist, bedürfen hinzugezogene Dritte einer Rechtfertigung ihrer Handlung.

Kann der Betreute aber noch selbst in eine solche Maßnahme einwilligen, so zeigt dies, dass er selbst noch handlungsbefugt ist, denn er legitimiert die freiheitsbeeinträchtigende Handlung eines Dritten. Anhand der Einwilligung zu einer Freiheitsentziehung soll dies sogleich verdeutlicht werden. Erst wenn der Betreuer, wie oben gesagt, den Aufenthalt bestimmt, wird dem Betreuten die eigene Handlungsbefugnis genommen. Aus der Möglichkeit eine rechtfertigende Einwilligung erteilen zu können, ergibt sich aber, dass dem Betreuten die Handlungskompetenz jedoch nicht vollständig genommen sein kann und es stets auf die Entscheidung des Betreuers ankommt. Darauf wird sich die Frage anschließen, ob diese Kompetenz Auswirkungen auf die Entscheidungsmacht des Betreuers haben wird. Fraglich ist daher zunächst, ob eine Einwilligungsberechtigung trotz Aufenthaltsbestimmungsrecht tatsächlich besteht.

a. Die Bedeutung der Einwilligung des Betreuten

Eine Einwilligung enthält den Gedanken, dass der Inhaber des Rechtsguts einem anderen die Erlaubnis erteilen kann, in dieses Rechtsgut eingreifen zu dürfen.⁴⁶³ Die Einwilligung ermöglicht dem Betroffenen die eigenverantwortliche Dispo-

⁴⁶³ *Kohte*, AcP 185, S. 110.

tion über seine Rechtsgüter und ist damit Ausdruck der Privatautonomie.⁴⁶⁴ Das Erfordernis der Einwilligung des Rechtsgutinhabers bei Eingriffen in die Fortbewegungsfreiheit entspringt dem grundrechtlichen Schutz des Selbstbestimmungsrechts.⁴⁶⁵ Die Bedeutung der Einwilligung im Rahmen des Aufenthaltsbestimmungsrechts wird für den Bereich der Freiheitsentziehung besonders deutlich.

Eine Freiheitsentziehung ist gegeben, wenn diese ohne oder gegen den Willen des Betroffenen vorgenommen wird.⁴⁶⁶ Die Freiheitsentziehung wird gesetzlich in § 2 FEVG definiert und bedeutet die Unterbringung einer Person gegen ihren Willen oder im Zustand der Willenlosigkeit in einer Justizvollzugsanstalt, einem Haftraum, einer abgeschlossenen Verwahranstalt, einer abgeschlossenen Anstalt der Fürsorge, einer abgeschlossenen Krankenanstalt oder einem abgeschlossenen Teil einer Krankenanstalt. Eine Einwilligung des Rechtsträgers kann diese Freiheitsentziehung rechtfertigen. Grundsätzlich entscheidet der Rechtsträger selbst durch Einwilligung, wobei bei einer wirksamen Einwilligung die Rechtsverletzung legalisiert wird. Dem Betreuten soll nach Anordnung des Aufenthaltsbestimmungsrechts die rechtliche Möglichkeit verbleiben, selbst in eine Unterbringung mit Freiheitsentziehung einzuwilligen.⁴⁶⁷ Das bedeutet, dass eine Einwilligung des Betreuten in eine Rechtsgutsverletzung nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Durch die Anordnung des Aufenthaltsbestimmungsrechts ist nicht endgültig über die Einwilligungsunfähigkeit des Betreuten im Rahmen der Betreuung entschieden. Der Betreute ist noch entscheidungsbefugt. Es kommt

⁴⁶⁴ MünchKomm-Mertens, § 823 Rn. 71; Amelung, R&P 1995, S. 23; Schönke/Schröder-Leckner, Vorbem §§ 32 ff Rn. 37.

⁴⁶⁵ v. Sachsen-Gessaphe, S. 147. m.w.N.

⁴⁶⁶ BT-Drs. 11/4528 S. 146; Jürgens-Jürgens, § 1906 Rn. 6.

⁴⁶⁷ BayObLG, FamRZ 1996, S. 1375; Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann-Hoffmann, § 1906 Rn. 25; Jurgeleit-Meyer, § 1906 Rn. 9; Marschner/Volckart-Marschner, § 1906 Rn. 7.

für die Wirksamkeit der Einwilligung des Betreuten dann allein auf dessen Einwilligungsfähigkeit an.⁴⁶⁸

Die Möglichkeit der Erteilung einer Einwilligung durch den Betreuten als Rechtfertigung einer Unterbringung wird kritisiert. Dadurch werde die Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht umgangen und dies stelle eine Gefahr für den Betreuten dar.⁴⁶⁹ Durch die Einwilligung des Betreuten werde auf das Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung verzichtet und damit der gerichtlichen Kontrolle entzogen.⁴⁷⁰

Unabhängig von einer Betreuung, ist eine Einwilligung die im Augenblick der Freiheitsentziehung vorhandene, freiwillige und ernstliche Zustimmung in die beabsichtigte Rechtsgutverletzung.⁴⁷¹ Der Betroffene muss den Wert und die Bedeutung des betroffenen Freiheitsrechts sowie die Folgen und Risiken seiner Zustimmung erkennen und bei seiner Entscheidung weniger belastende Alternativen einbeziehen und sein Handeln nach dieser Einsicht bestimmen können.⁴⁷²

Der Betroffene muss daher einwilligungsfähig sein. Einwilligungsunfähigkeit ist kein bestimmter Zustand, sondern bestimmt sich in Relation zu einem bestehenden Sachverhalt.⁴⁷³ Der Betroffene muss daher nach erfolgter Aufklärung Wesen, Bedeutung und Tragweite der konkret geplanten Unterbringung erfassen können und in der Lage sein, seinen Willen nach dieser Erkenntnis auszurichten.⁴⁷⁴

Damit gewinnt die Frage, ob eine Unterbringung auf Grund der Entscheidung eines Betreuten erfolgen kann, der grundsätzlich dem Aufenthaltsbestimmungs-

⁴⁶⁸ Schönke/Schröder-*Leckner*, Vorbem §§ 32 ff Rn. 39.

⁴⁶⁹ *Schumacher*, FamRZ 1991, S. 280, 281.

⁴⁷⁰ *Schwab*, FamRZ 1990, S. 681, 687.

⁴⁷¹ BGH, NJW 1996, S. 1177.

⁴⁷² *Amelung*, RuP 1995, S. 20 ff.

⁴⁷³ *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann-Hoffmann*, § 1906 Rn. 27.

⁴⁷⁴ Schönke/Schröder-*Lenckner*, Vor §§ 32 ff. Rn. 39.

recht seines Betreuers unterliegt, erhebliche Bedeutung für die Wirkung des Aufenthaltsbestimmungsrechts. Ist der Betreute mit der Unterbringung einverstanden, liegt keine Freiheitsentziehung vor, wenn der Betreute einwilligungsfähig ist.⁴⁷⁵ Der Betreuer macht damit von dem Aufenthaltsbestimmungsrecht keinen Gebrauch. Der Betreute selbst trifft die Entscheidung, solange allerdings der Betreuer das Aufenthaltsbestimmungsrecht nicht ausübt. Wie sich aber nun diese Rechtsmacht des Betreuers zur der Handlungsmöglichkeit des Betreuten verhält wird im Folgenden erläutert.

b. Die Rechtsmacht des Betreuers

Fraglich ist, ob sich die Einwilligungsfähigkeit des Betreuten auf die Rechtsmacht des Betreuers, den Aufenthalt des Betreuten zu bestimmen auswirkt. Die Einwilligungsfähigkeit des Betreuten hat auch in der Gesundheitspflege Bedeutung. Im Rahmen der Gesundheitspflege wird die Handlungsbefugnis des Betreuers durch die tatsächlich vorhandenen Fähigkeiten des Betreuten eingeschränkt. Ist der Betreute einwilligungsfähig, ist für eine Einwilligung durch den Betreuer kein Raum.⁴⁷⁶ Dies ist im Rahmen des Aufenthaltsbestimmungsrechts anders, denn das Aufenthaltsbestimmungsrecht geht über eine stellvertretende Einwilligungserteilung hinaus. Der Betreuer erhält mit der Übertragung der Bestimmungsbefugnis zugleich die Befugnis, über den Aufenthaltsort zu entscheiden.⁴⁷⁷ Der Unterschied zwischen „Bestimmung“ und „Sorge“ besteht darin, dass die Übertragung des Aufgabenkreises Aufenthalt eine Bestimmungsbefugnis nur dann zur Folge hat, wenn diese konkret angeordnet worden ist.⁴⁷⁸ Die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts beinhaltet die Einwilligungsbefugnis, für den Betreuten in die Verletzung seiner Rechtsgüter Freiheit der Per-

⁴⁷⁵ BayObLG, FamRZ 1996, S. 1375; Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann-Hoffmann, § 1906 Rn. 25; HK-BUR-Rink, vor § 1906 Rn. 3 f.

⁴⁷⁶ Jurgleit-Deusing, § 1902 Rn. 22.

⁴⁷⁷ Müller, S. 239.

⁴⁷⁸ MünchKomm-Schwab, § 1906 Rn. 6; Lipp, S. 104.

son oder Freizügigkeit einzuwilligen.⁴⁷⁹ Lipp, sieht demgegenüber keine Einwilligung in der Entscheidung des Betreuers, sondern die Ermächtigung an Dritte, seine aufenthaltsbestimmenden Anordnungen durchzuführen.⁴⁸⁰ Die Handlung Dritter - z.B. der Mitarbeiter einer Einrichtung - erfolgt dann auf Grundlage der Bestimmungsbefugnis des Betreuers. Letztlich kommen beide Auffassungen im Hinblick auf ihre Wirkung zum gleichen Ergebnis, dass die Maßnahmen Dritter legitimiert sind, so dass sich eine Stellungnahme erübrigt.

Im Ergebnis kann festgestellt werden, dass der Betreuer den Aufenthalt des Betreuten bestimmt und Dritte zur Umsetzung seiner Entscheidung heranziehen darf. Die Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts entfaltet daher Wirkung sowohl gegenüber dem Betreuten als auch gegenüber Dritten, denen das ausgeübte Aufenthaltsbestimmungsrecht als Rechtfertigung dient.

c. Beschränkung der Rechtsmacht durch eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigungspflicht

Die Befugnis, den Aufenthalt des Betreuten zu bestimmen, wird im Rahmen der Unterbringung nach § 1906 I BGB und der unterbringungsähnlichen Maßnahmen nach § 1906 IV BGB dadurch beschränkt, dass die Unterbringung nach § 1906 II BGB grundsätzlich nur mit der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zulässig ist.⁴⁸¹ Inwieweit eine solche Beschränkung der Rechtsmacht des Betreuers auch für andere aufenthaltsbestimmende Maßnahmen in Betracht kommt, wird im Rahmen der Arbeit⁴⁸² erörtert. Fraglich ist, ob dies auch für die offene Unterbringung gilt. Nach früherem Recht konnten Vormund oder Pfleger mit dem Wirkungskreis Aufenthaltsbestimmung den Betroffenen in einer offe-

⁴⁷⁹ BVerfG, NJW 2002, S. 206= FamRZ 2002, S. 312; BGH, NJW 2006, S. 1277, 1278 = FamRZ 2006, S. 615, 617; MünchKomm-Schwab, § 1906 Rn. 6; Hoffmann/Klie, S. 1; v. Sachsen-Gessaphe, S. 151.

⁴⁸⁰ Lipp, S. 108.

⁴⁸¹ Lipp, JZ 2001, S. 825, 828.

⁴⁸² § 5, I. 1.b.

nen Anstalt ohne richterliche Genehmigung unterbringen.⁴⁸³ Die Befugnis für eine Entscheidung über den Aufenthalt des Betroffenen bestand mithin in der Übertragung der Vormundschaft bzw. bei der Pflegschaft in der Übertragung des Aufgabenbereichs.⁴⁸⁴

d. Die Folge des Aufenthaltsbestimmungsrechts für den Betreuten

Für den Betreuten bedeutet die Anordnung des Aufenthaltsbestimmungsrechts, dass ihm in diesem Bereich eine generelle konkurrierende Selbstbestimmung verwehrt wird, weil sein Wille durch die Entscheidung des Betreuers verdrängt wird. Der Betreute ist damit der Fremdbestimmung durch den Betreuer in besonderem Maß unterworfen. Dies ist deshalb von besonderer Relevanz, weil der Betreuer das Verhalten Dritter durch seine Entscheidung im Rahmen des Aufenthaltsbestimmungsrechts legitimieren kann.

Solange zwischen Betreuer und Betreutem Einigkeit über den Aufenthaltsort besteht bzw. der Betreute hinsichtlich einer Unterbringung seine Einwilligung erteilt, hat das Aufenthaltsbestimmungsrecht für diesen keine beschränkende Wirkung. Ein Problem tritt auf, wenn sich die Entscheidungen von Betreuer und Betreutem widersprechen. Hat der Betreuer aber die Bestimmungsbefugnis, wird die Entscheidung des Betreuten verdrängt. Dabei kommt der Frage, nach welchen Kriterien der Betreuer seine Entscheidung auszurichten hat, ebensolche Bedeutung zu wie der Frage nach der Beachtlichkeit der Wünsche des Betreuten. Die Auswirkung der Entsprechungspflicht der Wünsche nach § 1901 III, 1 BGB auf die Bestimmungsbefugnis des Betreuers ist hier im Einzelnen zu erörtern. Da sämtliche Handlungen des Betreuers dem Erforderlichkeitsprinzip unterliegen, ist zunächst die Frage, nach der Funktion dieser Bestimmungsbefugnis

⁴⁸³ v. Eicken/Ernst/Zenz, S. 24.

⁴⁸⁴ Davon ist letztlich auch das BVerfG ausgegangen, indem es die Unterbringung auf die Befugnis des Vormunds zur Aufenthaltsbestimmung zurückgeführt hat, BVerfGE 10, S. 302, 310.

aufzuwerfen. Der Sinn und Zweck des Aufenthaltsbestimmungsrechts könnte seinen Anwendungsbereich bereits einschränken.

II. Die Funktion des Aufenthaltsbestimmungsrechts

Die Wirkung des Aufenthaltsbestimmungsrechts, die Verdrängung des Willens des Betreuten, lässt den Sinn und Zweck dieses Rechts hinterfragen. Der Sinn und Zweck des Aufenthaltsbestimmungsrechts lässt dann Rückschlüsse auf die Art und Weise der Ausübung zu. Die Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts hängt immer davon ab, ob die Ausübung erforderlich ist.⁴⁸⁵ Teil der Prüfung der Erforderlichkeit ist stets, ob die Maßnahme auch einen legitimen Zweck verfolgt.⁴⁸⁶

Die Funktion des zuvor erörterten Einwilligungsvorbehalts liegt in dem Schutz des Betreuten vor erheblichen Gefahren für seine Person oder sein Vermögen.⁴⁸⁷ Fraglich ist, ob dem Aufenthaltsbestimmungsrecht ebenfalls eine Schutzfunktion entnommen werden kann.

Neben der Gefahr, dass ein Volljähriger sich durch die Teilnahme am oder das Fernbleiben vom Rechtsverkehr selber Schaden zufügt,⁴⁸⁸ besteht diese Gefahr auch im tatsächlichen Bereich. Eine Gefahr oder ein Schaden kann auch dadurch eintreten, dass ein Volljähriger auf seine Rechtsgüter tatsächlich einwirkt oder dem natürlichen Geschehen seinen Lauf lässt.⁴⁸⁹ Ein solches tatsächliches Einwirken auf seine Rechtsgüter besteht z.B., wenn der Betroffene eine lebensbedrohliche Erkrankung nicht behandeln lässt. Wird dem natürlichen Geschehen der Lauf gelassen, hat dies die Folge einer Gesundheitsschädigung oder gar des Todes. Ebenso verhält es sich, wenn der Betroffene in einer Wohnung lebt, von

⁴⁸⁵ § 1901 I BGB.

⁴⁸⁶ *Sachs*, Art. 20 GG Rn. 97.

⁴⁸⁷ Oben unter § 2 II.

⁴⁸⁸ Was unter Umständen die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts nach § 1903 BGB erforderlich machen kann.

⁴⁸⁹ So beschreibt es *Lipp*, S. 94.

der Gesundheitsgefahren z.B. durch Vermüllung ausgehen oder die Versorgungssituation in der Wohnung nicht gewährleistet werden kann und daher sein Leben oder seine Gesundheit bedroht ist. Der Betreute kann sich aber ebenso durch eine eigene Handlung selbst schädigen, indem er trotz dringender Behandlungsbedürftigkeit das Krankenhaus verlässt.

In den Fällen einer tatsächlichen Selbstschädigung bietet eine rechtsgeschäftliche Vertretung durch den Betreuer in der Regel keinen hinreichenden Schutz, um die Gefahr auszuschließen. So wird sich im Fall des Abschlusses eines Heimvertrages die Versorgungssituation des Betreuten nicht verbessern, ohne dass sich der Betreute in das Heim begibt und die Versorgung dort annimmt.⁴⁹⁰ Es ist daher notwendig, dass der Betreute sich an den beschützenden Ort begibt oder dort verbleibt. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht gibt dem Betreuer diese Bestimmungsbefugnis, die die Bedeutung hat, den Betreuten tatsächlich daran zu hindern, sich selbst zu schädigen.⁴⁹¹

Als Teilbereich des Aufenthaltsbestimmungsrechts stellt sich die Unterbringung im Sinne des § 1906 I Nr.1 BGB dar. Aus dieser Regelung wird deutlich, dass eine Unterbringung zum Wohl des Betreuten nur dann zulässig ist, weil auf Grund einer psychischen Erkrankung oder geistigen oder seelischen Behinderung des Betreuten die Gefahr besteht, dass er sich selbst tötet oder erheblichen gesundheitlichen Schaden zufügt. Aufenthaltsbestimmung dient in diesem Fall der Vermeidung einer erheblichen, oder für den Fall der Selbsttötung gar irreversiblen, Selbstschädigung. Die Funktion der Aufenthaltsbestimmung gegen oder ohne den Willen des Betreuten liegt daher im Schutz des Betreuten vor sich selbst.

⁴⁹⁰ Lipp, S. 94.

⁴⁹¹ Lipp, S. 105.

III. Die materiellen Voraussetzungen für die Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts durch den Betreuer

Die Aufgabe des Betreuers ergibt sich aus der Funktion des Aufenthaltsbestimmungsrechts und diese stellt den Schutz des Betreuten vor Selbstschädigungen dar. Der Betreuer hat die Bestimmungsbefugnis inne.

Die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts kann aber nicht bedeuten, dass der Betreuer den Aufenthaltsort bestimmen darf, wie er es für richtig hält.⁴⁹² Dies erscheint weder betreuungsrechtlich noch im Lichte der Grundrechte des Betreuten zulässig. Vielmehr ist die Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts durch den Betreuer Beschränkungen unterworfen.

Der Betreuer unterliegt vor allem im Verhältnis zum Betreuten der Pflichtenbindung nach § 1901 III, 1 BGB, nach der er grundsätzlich an den Wunsch des Betreuten gebunden ist. Der Bedeutung dieser Pflicht soll zunächst nachgegangen werden.

1. Beschränkung der Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts durch die Wünsche des Betreuten

Der Betreuer hat dem Wunsch des Betreuten zu entsprechen, es sei denn dieser läuft dessen Wohl zuwider. Die Wünsche des Betreuten beschränken daher die Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts, sowohl in Bezug auf das „ob“ als auch auf das „wie“ der Bestimmung. So ergibt sich aus einer Entscheidung des OLG Köln,⁴⁹³ dass der Betreuer in der Wahl des Aufenthaltsortes nicht frei ist. Der Betreuer hat vielmehr den Wünschen des Betreuten, an einem bestimmten Ort wohnen zu wollen, zu entsprechen, soweit dies nicht dem Wohl des Betreuten zuwiderläuft. Wünscht sich der Betreute daher, ein bestimmtes Heim bezie-

⁴⁹² So zur ambulanten Zwangsbehandlung *Tietze*, S. 105.

⁴⁹³ NJW-RR 1997, S. 451 f.

hen zu wollen, so ist diesem Wunsch zu folgen.⁴⁹⁴ An der grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 1901 III, 1 BGB im Rahmen des Aufenthaltsbestimmungsrechts können daher keine Zweifel bestehen. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht hat zwar den Zweck, zum Schutz des Betreuten dessen Wunsch zu verdrängen, aber nur unter der durch das Betreuungsrecht geltenden Vorgabe, dass der Wunsch dem Wohl zuwiderläuft.

Willigt der Betreute in den Vorschlag des Betreuers ein, so ergeben sich keine Probleme, wenn das Einverständnis des Betreuten Ausdruck seines Wunschs ist. Der Betreuer muss dann bei einer Entscheidung gegebenenfalls die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung einholen, wenn dies gesetzlich vorgesehen ist.⁴⁹⁵

Will der Betreuer entgegen den Wünschen des Betreuten handeln oder eine Umsetzung des Wunsches unterlassen, so muss die Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts erforderlich sein, weil der Wunsch des Betreuten seinem eigenen Wohl zuwiderläuft. Die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs des „zuwiderlaufenden Wohls“ ist daher auch im Rahmen des Aufenthaltsbestimmungsrechts von besonderer Bedeutung.

Das Aufenthaltsbestimmungsrecht erfüllt die Funktion, den Betreuten vor Selbstschädigungen an seiner Person zu bewahren.⁴⁹⁶ Im Rahmen der Darstellung zum Bereich des Einwilligungsvorbehalts wurde bereits dargelegt,⁴⁹⁷ dass entgegen der amtlichen Begründung⁴⁹⁸ nicht jede drohende Selbstschädigung ausreichend ist, um einen Wunsch des Betreuten unbeachtet zu lassen. Selbstschädigung ist damit nicht mit dem zuwiderlaufenden Wohl gleichzusetzen. Da-

⁴⁹⁴ Marschner/Volckart-Marschner § 1901 Rn. 4. Die Grenze bildet aber die Realisierbarkeit bspw. in finanzieller Hinsicht.

⁴⁹⁵ § 1906 II BGB.

⁴⁹⁶ Vgl. oben § 4 II.

⁴⁹⁷ Vgl. oben § 2 II.

⁴⁹⁸ BT-Drs. 11/4528 S. 133f.

durch würde dem Betroffenen das Recht genommen, sich eigenverantwortlich selbst zu schädigen. Die Möglichkeit einer Selbstschädigung muss dem Betreuten auch in Angelegenheiten der Personensorge belassen bleiben, wenn sein Wunsch nicht auf einer Krankheit oder Behinderung, die die freie Willensbildung beeinträchtigt, beruht. Andernfalls läge eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechts vor. Auch scheidet eine Güterabwägung zwischen seiner Selbstbestimmung und seiner Freiheit aus Art. 2 II, 2 GG und Art. 11 GG auf der einen Seite und den bedrohten Rechtsgütern Leben, Gesundheit und körperliche Unversehrtheit auf der anderen Seite, ohne Berücksichtigung der vorhandenen Fähigkeiten des Betreuten aus.⁴⁹⁹ Vielmehr bestimmt sich das Wohl zunächst im Lichte der vorhandenen bzw. verbliebenen Fähigkeiten des Betreuten im Sinne des § 1901 II, 1 BGB.

a. Eigenverantwortlichkeit und Wunsch des Betreuten

Die Anordnung des Aufgabenkreises Aufenthaltsbestimmung ist möglicherweise ein Beleg für die mangelnde Fähigkeit des Betreuten, diese Angelegenheit selbst eigenverantwortlich zu besorgen. Vor Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts hat der Betreuer aber zu prüfen und nach seinen Möglichkeiten festzustellen, ob die Voraussetzungen für die Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts gegenwärtig vorliegen.⁵⁰⁰ Fraglich ist daher, unter welchen Voraussetzungen das Aufenthaltsbestimmungsrecht angeordnet werden darf. Diese Frage hat weitergehende Bedeutung, den darauf basiert die Erörterung, ob aus den Anordnungsvoraussetzungen Rückschlüsse für die Ausübung der Bestimmungsbefugnis zu ziehen sind, insbesondere wann die Ausübung wiederum durch den Wunsch des Betreuten beeinflusst wird.

⁴⁹⁹ Dazu ausführlich § 2 III. 3.b.dd.

⁵⁰⁰ Zum Einwilligungsvorbehalt vgl. § 2 III. 3.b.dd.

aa. Die Bedeutung der Eigenverantwortlichkeit im Rahmen der Anordnung des Aufenthaltsbestimmungsrechts

Wird das Aufenthaltsbestimmungsrecht durch das Vormundschaftsgericht angeordnet, so ist zu berücksichtigen, dass ein Eingriff in die Grundrechte des Betreuten in Betracht kommt. Als besondere Freiheitsrechte könnten hier die Fortbewegungsfreiheit aus Art. 2 II, 2 GG und die Freizügigkeit aus Art. 11 I GG betroffen sein. Daneben ist das Selbstbestimmungsrecht des Betreuten ebenso betroffen, denn durch die verdrängende Entscheidung des Betreuers wird dem Betreuten das selbstbestimmte Entscheiden genommen. Die konkreten Freiheitsrechte werden erst dann berührt, wenn der Betreuer eine konkrete Handlung veranlasst oder durchführt, denn erst zu diesem Zeitpunkt wird eine Entscheidung gegen seinen Willen getroffen. Die Freiheitsrechte des Betreuten werden damit erst betroffen, wenn der Betreuer eine kurzfristige oder langfristige Aufenthaltsveränderung vornimmt oder entgegen dem Wunsch des Betreuten unterlässt. Bis zu diesem Zeitpunkt kann der Betreute selbst entscheiden, so dass seine Grundrechte mangels Betreuerentscheidung nicht berührt werden.

Durch die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts als tatsächlicher Bestimmungsbefugnis erhält der Betreuer die Befugnis zur Durchführung einer Maßnahme.⁵⁰¹ Dadurch wird der Betreute nicht nur der Kontrolle des Betreuers ausgesetzt, sondern auch der ständigen „Gefahr“, dass der Betreuer das Aufenthaltsbestimmungsrecht ausübt und so über ihn bestimmt. Insofern stellt die Anordnung bereits einen potentiellen Grundrechtseingriff dar, der sich jederzeit durch eine konkrete Maßnahme des Betreuers verwirklichen kann.⁵⁰²

Damit ist die Selbstbestimmung des Betreuten im Hinblick auf seine Fortbewegungsfreiheit und seine Freizügigkeit gefährdet. Dieser Gefahr kann nur dadurch entgegengetreten werden, wenn an die Anordnung des Aufenthaltsbestimmungs-

⁵⁰¹ v. Sachsen-Gessaphe, S. 181.

⁵⁰² Lipp, S. 128.

rechts bereits Anforderungen gestellt werden, die das Selbstbestimmungsrecht des Betreuten und damit dessen Fähigkeit zur eigenverantwortlichen Entscheidung berücksichtigen.

Im Gegensatz zum Einwilligungsvorbehalt gibt es für das Aufenthaltsbestimmungsrecht keine besondere Regelung, die die Anforderungen an die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts beschreibt. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht muss als Aufgabenbereich den Voraussetzungen für die Anordnung einer Betreuung genügen, die in § 1896 I und II BGB niedergelegt sind.

Der Betroffene muss also zum einen krankheits- oder behinderungsbedingt un-
vermögend sein, die eigenen Angelegenheiten zu besorgen, zum anderen muss ein konkreter Bedarf für die Tätigkeit eines Betreuers vorhanden sein, der sich aus der jeweiligen Lebenssituation des Betroffenen ergibt.⁵⁰³ Das bedeutet, dass der Betreute seine Aufenthaltsbestimmung selbst nicht mehr wahrnehmen kann und eine Bestimmung seines Aufenthalts erforderlich ist oder zeitnah erforderlich sein wird. Daneben darf der Aufgabenbereich nicht ebenso gut durch einen Bevollmächtigten oder auf andere Weise besorgt werden können.⁵⁰⁴

Das Aufenthaltsbestimmungsrecht kommt dann in Frage, wenn der bisherige Aufenthaltsort das Wohl des Betreuten gefährdet, er aber außerstande ist, aus eigenem Entschluss die Verhältnisse zu verändern oder einen diesbezüglichen Entschluss selbst durchzuführen.⁵⁰⁵ Eine Anordnung kann auch erforderlich sein, wenn der Betroffene konkret beabsichtigen sollte, seinen Aufenthaltsort zu wechseln und ihm dies, etwa im Hinblick auf die Gefahr der Verwahrlosung, zum Schaden gereichen würde.⁵⁰⁶

⁵⁰³ Subjektive Betreuungsbedürftigkeit und objektiver Betreuungsbedarf MünchKomm-Schwab, § 1896 Rn. 39.

⁵⁰⁴ § 1896 II BGB.

⁵⁰⁵ MünchKomm-Schwab, § 1896 Rn. 77.

⁵⁰⁶ OLG Hamm, FamRZ 1995, S. 433, 435.

Das Unvermögen zur Besorgung eigener Angelegenheiten ist neben dem medizinischen Befund⁵⁰⁷ - einer psychischen Krankheit, körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung - zwingende Anordnungsvoraussetzung einer jeden Betreuung. Die durch einen Sachverständigen festzustellende medizinische Beeinträchtigung muss die Ursache dafür sein, dass der Betroffene seine eigenen Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen kann.⁵⁰⁸

Für die Anordnung des Aufenthaltsbestimmungsrechts soll es genügen, dass erkennbar ist, dass der Betreute die seinen Aufenthalt betreffenden Entscheidungen nicht mehr selbst treffen kann.⁵⁰⁹ Der Betroffene muss dabei außerstande sein, sein Aufenthaltsbestimmungsrecht selbst wahrzunehmen.⁵¹⁰

Sonnenfeld⁵¹¹ fordert, dass das Aufenthaltsbestimmungsrecht nur dann angeordnet werden dürfe, wenn der Betroffene nicht einsichtsfähig ist. Er dürfe nicht in der Lage sein, die Konsequenzen und damit alle Vor- und Nachteile seines Handelns zu ermessen. Damit sei nicht gemeint, dass objektiv anderes Handeln besser wäre. Wer die Einsicht habe, dürfe sich selbst gefährden. Einsicht setze aber ein Einschätzen der Folgen voraus. Geschützt werden müssten die Personen, die ohne Einsicht handeln, nicht diejenigen, die sich mit Einsicht schädigen.

Das Betreuungsrecht stellt seit dem 01.07.2005 in § 1896 I a BGB die Voraussetzung auf, dass gegen den freien Willen kein Betreuer bestellt werden darf. Dadurch wird das Selbstbestimmungsrecht des Betreuten gestärkt, weil der freie Wille die Betreuerbestellung verhindert. Im Hinblick auf die Betreuerbestellung bedeutet Fähigkeit zur freien Willensbildung, dass der Betroffene die Einsichtsfähigkeit besitzt, um die für und gegen eine Betreuung sprechenden Gesichtspunkte erkennen und gegeneinander abwägen zu können. Abzustellen ist wie-

⁵⁰⁷ Dazu eingehend *Bauer* in *HK-BUR-Bauer*, § 1896 Rn. 51ff.; *Knittel*, § 1896 Rn. 2ff.

⁵⁰⁸ BayObLG, NJWE 2001, S. 151.

⁵⁰⁹ LG Hildesheim, BtPrax 1996, S. 230, 231; *Soergel-Zimmermann*, § 1896 Rn. 52.

⁵¹⁰ *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann-Bienwald*, § 1896 Rn. 133.

⁵¹¹ *FamRZ* 1995, S. 393, 394.

derum auf das jeweilige Krankheitsbild des Betroffenen, wobei keine über-
spannten Anforderungen an die Auffassungsgabe des Betroffenen gestellt wer-
den. Der Betroffene muss den Grund, die Bedeutung und die Tragweite der
Betreuung insgesamt intellektuell erfassen können. Ebenso muss er die tatsäch-
lich und rechtlich relevanten Umstände kennen und damit den Sachverhalt erfas-
sen können.⁵¹²

Die Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts wird in der Regel dann in Be-
tracht kommen, wenn der natürliche Wille des Betroffenen entgegensteht bzw.
kein rechtlicher Wille des Betreuten vorhanden ist. Das betreuungsrechtliche
Instrument Aufenthaltsbestimmungsrecht ist daher gerade darauf gerichtet, dass
gegen den natürlichen Willen des Betreuten gehandelt wird. Die Übertragung
des Aufenthaltsbestimmungsrechts auf den Betreuer ist deshalb nur zulässig,
wenn der Betreute krankheits- bzw. behinderungsbedingt keinen freien Willen
mehr bilden kann und auf Grund dessen keine eigenverantwortliche Bestim-
mung seines Aufenthaltes mehr vornehmen kann.⁵¹³ Die Übertragung der Be-
stimmungsbefugnis ist nur statthaft, wenn der Betreute seinerseits auf Grund
seiner Defizite eine Einwilligung in die Maßnahme nicht selbst voll zu verant-
worten vermag.⁵¹⁴

bb. Schlussfolgerung aus der Anordnungsschwelle

Trotz dieser materiellen Voraussetzungen ist die Selbstbestimmung im Rahmen
des Aufenthaltsbestimmungsrechts weiterhin gefährdet, nämlich dann, wenn der
Betreuer einen beachtlichen Wunsch des Betreuten übergeht und der Betreuer
das Aufenthaltsbestimmungsrecht entgegen diesem Wunsch des Betreuten aus-

⁵¹² BT-Drs. 15/2494, S. 28.

⁵¹³ BayObLG, FamRZ 1999, S. 1299; Marschner/Volckart-Marschner, § 1896 Rn. 22; auch Müller,
S. 240; Coepicus, FamRZ 1992, S. 741, 750 schlägt als Eingangsschwelle die Geschäftsunfähigkeit
des Betroffenen vor und nimmt dabei Bezug auf die Rspr. zum Pflgerschaftsrecht BGH, NJW 1967,
S. 2404. Durch die Einführung des § 1896 I a BGB wird aber klargestellt, dass die Geschäftsunfä-
higkeit für die Betreuungsanordnung nicht maßgeblich ist.

⁵¹⁴ Für die Unterbringungsbefugnis: MünchKomm-Schwab, § 1906 Rn. 6.

übt. In diesem Fall kann sich der Betreute nicht an dem von ihm gewünschten Ort aufhalten. Das Übergehen des natürlichen Willens ist zwar der eigentliche Sinn und Zweck des Aufenthaltsbestimmungsrechts, aber nur für den Fall, dass der Wunsch dem Wohl zuwiderläuft. Welche Rolle spielt nun aber die Eigenverantwortlichkeit des Betreuten im Rahmen des Aufenthaltsbestimmungsrechts?

cc. Der eigenverantwortliche Wunsch

Aus dem Aufenthaltsbestimmungsrecht kann nicht geschlossen werden, dass dem Betreuten die Eigenverantwortlichkeit generell fehlt. Es kann daher ebenso wenig aus der Gefahr einer Selbstschädigung gefolgert werden, dass die Ausübung der Bestimmungsbefugnis notwendig ist. Dem Betreuer ist auch hier verwehrt, eine Abwägungsentscheidung zwischen dem Recht des Betreuten auf Selbstbestimmung und seiner anderen schützenswerten Rechtsgüter (Leben o. Gesundheit, etc.) zu treffen.⁵¹⁵

Bei jeder Maßnahme des Betreuers ist zu berücksichtigen, dass zum geschützten Selbstbestimmungsrecht eines jeden Menschen auch selbstgefährdende und selbstschädigende Handlungen gehören. Der Staat hat nicht das Recht, den zur freien Willensbildung fähigen Betroffenen zu erziehen, zu bessern oder davor zu bewahren, sich selbst zu schädigen.⁵¹⁶ Auch dem Betreuer müssen Erziehungs- oder Besserungsmaßnahmen verwehrt bleiben. Insofern muss der Betreuer den Wunsch respektieren, der Ausdruck des freien Willens des Betreuten ist und nicht auf der Erkrankung oder Behinderung beruht, denn seine legitime Aufgabe ist es nur, den Betreuten vor uneinsichtigen Selbstschädigungen zu bewahren.⁵¹⁷ Das Wohl des Betreuten bestimmt sich subjektiv und damit nach seinen Wün-

⁵¹⁵ Vgl. oben ausführlich § 2 III. 3.b.dd.

⁵¹⁶ BVerfGE 22, 180, 219f.; BayObLG, FamRZ 1994, S. 998, 999; BayObLG, FamRZ 2002, S. 908, 909.

⁵¹⁷ Lipp, BtPrax 2005, S. 6, 8.

schen, Vorstellungen und Fähigkeiten. Besitzt er die Fähigkeit einer freien Entscheidung, so bestimmt er selbst über sein Wohl.⁵¹⁸

Wichtig ist, dass dem Betreuten die Dispositionsmöglichkeit über seine Rechtsgüter Freiheit der Person und Freizügigkeit nicht durch die Anordnung des Aufenthaltsbestimmungsrechts genommen wird. Die Anordnung des Aufenthaltsbestimmungsrechts hat nicht zur Folge, dass der Betreute in diesem Bereich rechtlich handlungsunfähig wird und stets auf die Mitwirkung des Betreuers angewiesen ist.

Dies bestätigt sich darin, dass ein Betreuer im Falle der freiheitsentziehenden Unterbringung seine Einwilligung in die Freiheitsentziehung grundsätzlich selbst erteilen kann, sofern er einwilligungsfähig ist.⁵¹⁹ Liegt eine wirksame Einwilligung des Betreuten vor, so bedarf es keiner Betreuerentscheidung. Trotz des Aufenthaltsbestimmungsrechts des Betreuten beruht im Falle der Unterbringung die Legitimation des Freiheitsentzugs auf der Entscheidung des Betreuten. Widerruft dieser eine solche Einwilligung, ist eine Entscheidung durch den Betreuer, die der Genehmigung durch das Gericht bedarf, notwendig, um die aufenthaltsbestimmende Maßnahme zu rechtfertigen.

Wer aber das Recht hat, „ja“ zu sagen, dem muss auch die Möglichkeit verbleiben, verbindlich „nein“ sagen zu können. Wird einem Betreuten die Möglichkeit eingeräumt, selbst eine Entscheidung bezüglich einer Maßnahme zu treffen, die der Betreuer vorschlägt, so muss ihm auch unter Vorliegen der gleichen persönlichen Voraussetzungen das Recht verbleiben, die Maßnahme abzulehnen. Eine verdrängende Entscheidung durch den Betreuer über den Betreuten kann daher nur in solchen Fällen statthaft sein, in denen der Betreute wegen seiner Defizite die Einwilligung in die Unterbringung nicht selbst voll zu verantworten ver-

⁵¹⁸ *Schmidt*, BtPrax 2001, S. 188.

⁵¹⁹ BayOblG, FamRZ 1996, S. 1375; Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann-Hoffmann, § 1906 Rn. 25; HK-BUR-Rink, vor § 1906 Rn. 3 f., aA MünchKomm-Schwab, § 1906 Rn. 17; Schumacher, FamRZ 1991, S. 280 f.

mag.⁵²⁰ Die Entscheidung über den Aufenthaltsort ist nur eine tatsächliche Entscheidung, so dass ein Betreuer kraft seines natürlichen Willens selbst entscheiden kann.⁵²¹

Eine aufenthaltsbestimmende Maßnahme gegen den Willen des Betreuten ist daher bei dessen Einwilligungsfähigkeit nicht zulässig. Die Bestimmungsbefugnis muss daher im Innenverhältnis zwischen Betreuer und Betreutem durch den beachtlichen Wunsch beschränkt sein.

(1) Der eigenverantwortliche Wunsch im Unterbringungsverfahren

Die Frage der Unfähigkeit zur freien Willensbestimmung muss bei der Anordnung des Aufenthaltsbestimmungsrechts durch das Vormundschaftsgericht bereits positiv festgestellt werden.⁵²² Dennoch wird die Auswirkung der Erkrankung auf die Fähigkeit zur freien Willensbestimmung im Rahmen des Genehmigungsverfahrens vor jeder Unterbringung erneut überprüft.⁵²³ Der grundsätzliche Freiheitsanspruch soll nicht losgelöst von den tatsächlichen Möglichkeiten des Betreuten bestimmt werden, sich frei zu entschließen.⁵²⁴ Insofern hat die Rechtsprechung des BayObLG entwickelt, dass eine Unterbringung zur Verhinderung einer Selbstgefährdung im Sinne des § 1906 I Nr. 1 BGB infolge psychischer Krankheit voraussetzt, dass der Betroffene auf Grund der Krankheit seinen Willen nicht frei bestimmen kann.⁵²⁵ Gemeint sind damit die Einsichts- und Urteilungsfähigkeit in Bezug auf die Notwendigkeit einer stationären Unterbringung bzw. Behandlung. Es kommt darauf an, ob der Betreute die konkreten Tatsa-

⁵²⁰ MünchKomm-Schwab, § 1906 Rn. 6, ähnlich *Bobenhausen*, BtPrax 1994, S. 158.

⁵²¹ Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann-Bienwald, Vorbem. z. §§ 70 ff. FGG Rn. 18.

⁵²² Vgl. § 4 III.1.a.aa.

⁵²³ BayObLG, FamRZ 1994, S. 998, 999; BayObLG, FamRZ 2002, S. 908, 909; MünchKomm-Schwab, § 1906 Rn. 9, 23; Marschner/Volckart-Marschner § 1906 Rn. 11.

⁵²⁴ *Alperstedt*, BtPrax 2000, S. 95, 96.

⁵²⁵ BayObLGZ, 1993, S. 18 = FamRZ 1993, S. 600; FamRZ 1998, S. 1327, 1328; BayObLG, NJWE-FER 2001, S. 150; BayObLG, FamRZ 2002, S. 908, 909.

chen, aus denen die Krankheit oder Behinderung sowie die Gefahr und/oder Behandlungsbedürftigkeit folgen, aufnehmen und beurteilen kann.⁵²⁶

Insofern scheidet eine Unterbringung eines Einwilligungsfähigen gegen dessen Willen aus, auch wenn die Gefahr einer Selbsttötung oder eines erheblichen gesundheitlichen Schadens für den Betroffenen besteht.⁵²⁷ Das bedeutet, dass der Betroffene die Einsicht hinsichtlich des Vorliegens einer Eigengefährdung hat und dass er die Fähigkeit besitzt, Handlungsalternativen zu erkennen, die dieses Risiko ausschließen oder vermindern, er diese aber trotzdem ablehnt.⁵²⁸

Ist der Betreute daher zunächst auf Grund seiner Einwilligung untergebracht und widerruft er diese, so kommt eine Entscheidung des Betreuers nur dann in Betracht, wenn Umstände aufgetreten sind, die Einfluss auf die Einwilligungsfähigkeit des Betreuten haben.⁵²⁹

Bei der Behandlungsunterbringung nach § 1906 I Nr. 2 BGB hat die Einwilligungsfähigkeit des Betreuten ebenfalls ausschließende Bedeutung. Ist der Betreute hinsichtlich der geplanten Behandlungsmaßnahme einwilligungsfähig, so scheidet eine Unterbringung zu diesem Zweck aus, wenn der Betreute die geplante Maßnahme selbst ablehnt, weil sich der Betreuer nicht über den Willen des Betreuten hinwegsetzen darf. Andernfalls käme nur eine Zwangsbehandlung in Betracht, die aber bei Einwilligungsfähigen grundsätzlich unzulässig ist.⁵³⁰ Das Selbstbestimmungsrecht fordert die Berücksichtigung des freien Willens

⁵²⁶ *Alperstedt*, BtPrax 2000, S. 95, 96.

⁵²⁷ *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann-Hoffmann*, § 1906 Rn. 90; *Hoffman/Klie* Kap D.I.1.a).

⁵²⁸ *Jurgeleit-Meyer*, § 1906 Rn. 16.

⁵²⁹ *Marschner/Volckart-Marschner*, § 1906 Rn. 9.

⁵³⁰ BGH, BtPrax 2008, S. 115; NJW 2006, S. 1277, 1280 = BtPrax 2006, S. 145, 148; OLG Schleswig, FamRZ 2002, S. 985; OLG Hamm, LG Berlin FamRZ 1993, S. 597, 598; LG Kassel, FamRZ 1996, S. 1501 = BtPrax 1997, S. 38; MünchKomm-Schwab, § 1904 Rn. 6; HK-BUR-Rink, vor § 1904 Rn. 9; *Knittel*, § 1904 Rn. 5; *Palandt-Diederichsen*, § 1904 Rn. 2.

sogar gegen risikolose Eingriffe, die selbst der Befreiung von lebensgefährlichen Leiden dienen.⁵³¹

Der Betreute hat damit die Möglichkeit, aufenthaltsbestimmende Maßnahmen des Betreuers im Innenverhältnis abzuwehren. Der Betreuer darf den Betreuten, sofern er selbstbestimmungsfähig ist, nicht hindern, sich selbst zu gefährden.

(2) Der eigenverantwortliche Wunsch im Betreuungsrecht

Der eigenverantwortliche Wunsch des Betreuten ist im Betreuungsrecht stets zu beachten, mit der Ausnahme der Unzumutbarkeit für den Betreuer. Dies kommt, wie bereits im Rahmen der Erörterung des Einwilligungsvorbehalts dargelegt,⁵³² durch § 1901 II, 2 BGB und durch § 1896 I a BGB zum Ausdruck.

(3) Zwischenergebnis

Der Betreuer hat das Aufenthaltsbestimmungsrecht verliehen bekommen, weil die Gefahr einer uneinsichtigen Selbstschädigung des Betreuten besteht. Der Betreuer wird in der Regel fachlich nicht in der Lage sein, zu prüfen, ob dem Betreuten die Fähigkeit zur freien Willensbestimmung fehlt. Im Rahmen des Genehmigungsverfahrens für die Unterbringung wird diese Frage mittels Sachverständigengutachten geprüft.⁵³³ In anderen Fällen hat der Betreuer fachkundigen Rat einzuholen. Die Schwierigkeit der Entscheidung entbindet den Betreuer aber nicht von der Verpflichtung zur Feststellung der Voraussetzung. Liegt eine eigenverantwortliche Entscheidung vor, beruht also der Wunsch des Betreuten nicht auf seiner Erkrankung oder Behinderung, so hat der Betreuer diesem Wunsch, unabhängig von der Frage der Schädigung des Betreuten, zu entsprechen.

⁵³¹ BGHSt 11, S. 111, 113f.; BGH, NJW 1984, S. 2639 ff.

⁵³² Vgl. § 2 III, 3.b.dd.

⁵³³ § 70 e FGG.

dd. Umsetzung eines Wunsches durch aktives Handeln des Betreuers

Klargestellt ist somit, dass der Betreute ein Abwehrrecht gegen die Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts des Betreuers hat. Damit ist aber noch nicht über die Frage entschieden, wie es sich verhält, wenn der Betreute den Aufenthaltsort, an dem er sich befindet, verlassen möchte, aber unvermögend ist, diesen Wunsch selbst umzusetzen. In diesen Fällen hilft dem Betreuten ein Abwehrrecht nicht weiter. Ignoriert der Betreuer einen Wunsch auf Aufenthaltswechsel, so liegt darin keine aktive aufenthaltsbestimmende Maßnahme, gegen die sich der Betreute wehren kann. Seinem Wunsch kann vielmehr nur zur Geltung verholfen werden, wenn der Betreuer diesen Wunsch umsetzt, indem er z.B. nach einer Heimverlegung den Rückumzug in die Wohnung organisiert. Dies ist zwar keine Frage des Aufenthaltsbestimmungsrechts im engeren Sinne, soll aber im Rahmen der Arbeit an dieser Stelle mitberücksichtigt werden. Denn die Auswirkung ist für den Betroffenen gleich, er selbst ist nicht in der Lage, den gewünschten Aufenthaltswechsel umzusetzen, so dass er auf die Hilfe des Betreuers angewiesen ist.

Der Betreuer hat nicht nur die Aufgabe, den Betreuten vor uneinsichtigen Selbstschädigungen zu schützen, sondern er muss auch zur Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts beitragen.⁵³⁴ Verwehrt der Betreuer die Umsetzung eines Wunsches auf Aufenthaltsveränderung, so kommt dies einer Weisung durch den Betreuer gleich, die einer Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts entspricht. Im Rahmen des Einwilligungsvorbehalts wurde eingehend erörtert,⁵³⁵ ob der Betreuer berechtigt bzw. verpflichtet ist, an einer denkbar selbstschädigenden Handlung des Betreuers mitzuwirken.

Ausgehend vom Wortlaut des § 1901 III, 1 BGB hat der Betreuer den Wünschen des Betreuten zu entsprechen, sofern dies nicht dessen Wohl zuwiderläuft und

⁵³⁴ *Lipp*, BtPrax 2005, S. 6, 8.

⁵³⁵ Vgl. § 2 III.3.b.bb.

dem Betreuer zumutbar ist. nach § 1901 III, 2 BGB sind auch früher Wünsche des Betreuten beachtliche.⁵³⁶ Zuwiderlaufendes Wohl und Selbstschädigung sind aber nicht ohne weitere Prüfung gleichzusetzen. Eine Weisung, die einen Wunsch auf Aufenthaltsveränderung verdrängen soll, muss aber den gleichen materiellen Anforderungen unterliegen wie eine Weisung, die einen Wunsch des Betreuten als Abwehrrecht entgegengestellt bekommt. Andernfalls würde die Selbstbestimmung des Betreuten lediglich zum reinen Abwehrrecht und würde keine Ansprüche auf Umsetzung eines Wunsches begründen. Entspricht aber der Wunsch dem Wohl des Betreuten, weil er Ausdruck seiner eigenverantwortlichen Entscheidung ist, so ist der Betreuer an diesen Wunsch gebunden, da er den Wünschen grundsätzlich zu entsprechen hat, es sei denn, die Umsetzung des Wunsches ist ihm unzumutbar.

b. Folge des nicht eigenverantwortlichen Wunsches

Steht fest, dass der Wunsch nicht auf der Eigenverantwortlichkeit des Betreuten beruht, sondern krankheits- oder behinderungsbedingt gebildet wurde, so führt dieser Umstand nicht allein zur Zulässigkeit der aufenthaltsbestimmenden Maßnahme des Betreuers. Die Beachtlichkeit des Wunsches nach § 1901 III, 1 BGB ist nicht davon abhängig, ob der Betreute Einsichtsfähigkeit besitzt.⁵³⁷ Die Abschaffung der Entmündigung und der Vormundschaft verfolgte gerade auch den Zweck, dem natürlichen Willen der Betroffenen mehr Geltung zu verschaffen.⁵³⁸ Der Wunsch läuft dem Wohl nicht deswegen zuwider, weil er auf mangelnder Eigenverantwortlichkeit beruht. Vielmehr bestimmt der eigenverantwortliche Wunsch das Wohl, weil der Betreute im Rahmen seiner Fähigkeit selbst bestimmt. Liegt kein einsichtiger Wunsch vor, so stellt sich die Frage nach den Kriterien des zuwiderlaufenden Wohls erneut. Nur der Wunsch, der dem Wohl

⁵³⁶ vgl. zu vorausverfügten Wunsch § 4 III.3.

⁵³⁷ BT-Drs. 11/4528 S. 70 f.

⁵³⁸ BT-Drs. 11/4528 S. 133.

zuwiderläuft bzw. der dem Betreuer unzumutbar ist, darf übergangen werden. Die Rechtspflicht des § 1901 III, 1 BGB, nach der der Betreuer den Wünschen grundsätzlich zu entsprechen hat, gilt ohne Einschränkung auch im Bereich des Aufenthaltsbestimmungsrechts. § 1901 BGB beschreibt die Pflichten des Betreuers. Für das Aufenthaltsbestimmungsrecht gibt es keine weitergehende gesetzliche Regelung. Lediglich für den Teilbereich der Aufenthaltsbestimmung der Unterbringung ergibt sich die Regelung des § 1906 BGB. Fraglich ist, welche Bedeutung § 1906 BGB für die Ausübung der Unterbringungsbefugnis und darüber hinaus für die Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts insgesamt hat.

aa. Beschränkung des Aufenthaltsbestimmungsrechts durch § 1906 I BGB

Für die Fälle der freiheitsentziehenden Unterbringung wird die Befugnis des Betreuers durch besondere Anforderungen des § 1906 I BGB beschränkt.⁵³⁹ § 1906 I BGB setzt damit besondere materielle Anforderungen, die das Wohl des Betreuten konkretisieren und so die Schwelle für eine Bestimmung über den Betreuten für den Fall der Unterbringung oder der unterbringungsähnlichen Maßnahmen näher beschreiben.⁵⁴⁰ Diese Schwelle soll hier zunächst erörtert werden, und im Anschluss daran wird geprüft, ob auf Grund dessen Rückschlüsse für die Anforderungen an die Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts insgesamt gezogen werden können. Dies ist deswegen denkbar, da der Gesetzgeber das Aufenthaltsbestimmungsrecht zwar als zulässig vorausgesetzt, für die Voraussetzungen aber keine Regelungen geschaffen hat. Die Unterbringung und unterbringungsähnliche Maßnahmen können eine Freiheitsentziehung darstellen, die grundsätzlich durch Art. 2 II, 2 GG grundrechtlich geschützt ist. Aber auch alle anderen aufenthaltsbestimmenden Maßnahmen können die Grundrechte des Betreuten tangieren, nämlich ebenso die Fortbewegungsfreiheit durch Freiheitsbe-

⁵³⁹ So die Funktion des § 1906 BGB nach *Lipp*, S. 102; *Tietze*, S. 27.

⁵⁴⁰ Palandt-*Diederichsen*, § 1906 Rn. 1; Marschner/Volckart-*Marschner*, § 1906 Rn. 10.

schränkungen oder die Freizügigkeit, so dass es angezeigt erscheint, auch für diesen Bereich die Anforderungen an das Betreuerhandeln zu konkretisieren.

§ 1906 I BGB stellt als Ausdruck des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots eine Konkretisierung des Betreutenwohls für die Fälle der Unterbringung dar.⁵⁴¹ Damit scheidet eine Unterbringung, wie auch jede andere aufenthaltsbestimmende Maßnahme zum Wohl der Allgemeinheit oder im Drittinteresse,⁵⁴² aus.⁵⁴³ Das durch § 1906 I BGB konkretisierte Wohl entspricht für den Fall der Unterbringung dem Wohl, welches dem Wunsch des Betreuten nach § 1901 III, 1 zuwiderläuft. Der systematische Zusammenhang zwischen § 1901 III, 1 BGB und § 1906 I BGB ist bei Entscheidungen des Betreuers gegen den Wunsch des Betreuten herzustellen. Die Ausübung der Bestimmungsbefugnis wird sowohl durch die Wünsche und als auch die Konkretisierung des § 1906 I BGB beschränkt und unterliegt als weiteres Korrektiv dem Erforderlichkeitsgrundsatz. Zunächst werden die Tatbestandsmerkmale des § 1906 I BGB erläutert.

(1) § 1906 I Nr. 1 BGB

Eine Unterbringung durch den Betreuer ist nur zulässig, solange sie zum Wohl des Betreuten erforderlich ist, weil auf Grund einer psychischen Krankheit oder geistigen oder seelischen Behinderung des Betreuten die Gefahr besteht, dass er sich selbst tötet oder erheblichen gesundheitlichen Schaden zufügt.

Die Gefahr einer Selbsttötung setzt voraus, dass eine konkrete und ernstliche Gefahr besteht, dass der Betreute krankheits- oder behinderungsbedingt einen

⁵⁴¹ Marschner/ Volckart, § 1906 Rn. 1.

⁵⁴² Beispiel aus der Praxis: Eine ältere Betreute wohnt in der eigenen Wohnung, wacht nachts auf, ist demenzbedingt orientierungslos und schreit so laut, dass die Nachbarn geweckt werden und die Polizei rufen. Die Nachbarn drängen die Betreuerin, die ältere Dame in ein Pflegeheim zu bringen. Eine Gefahr für die Betreute lag aber zu keiner Zeit vor.

⁵⁴³ OLG Hamm, BtPrax 2001, S. 40; Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann-Hoffmann, § 1906 Rn. 37; aA Pardey, FamRZ 1995, S. 737 f.

Suizid vornehmen wird. Dabei müssen konkrete Anhaltspunkte für eine akute Selbsttötungsgefahr vorliegen.⁵⁴⁴

Wegen des hohen Gewichts des Rechtsguts Leben und der bestehenden Irreversibilität einer Selbsttötung wird bei Vorliegen hinreichender Tatsachen und dennoch bestehender Zweifel an einer Suizidalität der Grundsatz „in dubio pro vita“ angewendet.⁵⁴⁵ Auch wenn eine in diesen Fällen vorgenommene psychiatrische Unterbringung zusätzliche Risiken mit sich bringt, so wird dem Betroffenen dennoch die Möglichkeit gegeben, sein Handeln noch einmal zu überdenken. Gestützt wird dies durch statistische Erhebungen, wonach die überwiegende Zahl der Suizidenten nicht wirklich sterben wollte.⁵⁴⁶ Die Gefahr der Selbsttötung muss aber ihre Ursache in der Erkrankung oder Behinderung des Betreuten haben. Hierbei ist wiederum zu berücksichtigen, dass die freiverantwortliche (Bilanz)Selbsttötung ausgenommen werden muss.⁵⁴⁷ Dennoch ist es unzulässig, von dem Selbsttötungsversuch ohne weitere Feststellungen auf Willensunfreiheit zu schließen.⁵⁴⁸ Eine Abwägung zwischen dem Rechtsgut Leben und dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen bleibt im Betreuungsrecht unzulässig.

Besteht die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung, so ist ebenso ein gewichtiges Rechtsgut des Betreuten betroffen. Eine Selbstschädigung muss noch nicht eingetreten sein, damit er des Schutzes bedarf. Es müssen konkrete Anhaltspunkte einer erheblichen Gefährdung vorliegen, die bloße Möglichkeit eines Gefahreintritts ist nicht ausreichend.⁵⁴⁹

Die Gefahr der Selbstschädigung setzt kein zielgerichtetes Tun voraus und kann sowohl durch ein eigenes Handeln als auch durch ein Unterlassen begründet

⁵⁴⁴ BGH, NJW 2000, S. 3426; OLG Hamm, VersR 2001, S. 1026, OLG Frankfurt, R & P 2002, S. 66.

⁵⁴⁵ *Coepicus*, S. 206 und FamRZ 1991 S. 892, 896; BGH, NJW 1983, S. 350.

⁵⁴⁶ *Coepicus*, S. 206 m.w.N.

⁵⁴⁷ Marschner/Volckart-Marschner, § 1906 Rn. 14; BGH, NJW 1984, S. 2639; OLG Zweibrücken, FGPrax 2006, S. 2006, S. 23 ff.

⁵⁴⁸ Marschner/Volckart-Marschner, § 1906 Rn. 14, so aber *Coepicus*, FamRZ 1991, S. 892, 896.

⁵⁴⁹ OLG Celle, NJW 1963, S. 2377.

sein.⁵⁵⁰ Erhebliche Gesundheitsgefahren werden beispielsweise bei sogenannten Wegläufern angenommen, die krankheitsbedingt orientierungslos, planlos oder nachts bei Kälte oder ohne Beobachtung des Straßenverkehrs umherlaufen und dadurch Leben und Gesundheit gefährden,⁵⁵¹ ebenso bei erheblicher krankheitsbedingter Sturzgefahr z.B. im Alkoholrausch oder auf Grund nicht einschätzbarer Körperschwäche,⁵⁵² lebensbedrohliche Umstände, die die Krankheit verursacht z.B. Delirium oder bedrohliche Entzugserscheinungen bei chronischem Alkoholismus, Gefahr von Selbstverstümmelungen, Verletzungsgefahr durch starke Erregungszustände;⁵⁵³ Gefahr der Chronifizierung von Krankheitssymptomen,⁵⁵⁴ eine Verwahrlosung durch verdorbene Lebensmittel oder Ungezieferbefall, die Gesundheitsgefahren begründet, Nichteinnahme lebenswichtiger Medikamente,⁵⁵⁵ krankheitsbedingte Verweigerung der Nahrungsaufnahme,⁵⁵⁶ Unfallrisiko durch Brandgefahren.

Eine Aufenthaltsbestimmung zur Verhinderung drohender Selbstschädigungen, also eine Entscheidung, bei der sich der Betreuer über den natürlichen Willen des Betreuten hinwegsetzt, muss sich auf erhebliche Schädigung beziehen. Erst diese macht ein Einschreiten zum Wohl des Betreuten erforderlich. Dies liegt vor allem dann vor, wenn die Gefahr der Schädigung irreversibel ist.

⁵⁵⁰ MünchKomm-Schwab, § 1906 Rn. 16.

⁵⁵¹ BT-Drs. 11/4528 S. 146f.

⁵⁵² BayObLG, FamRZ 1994, 1617, 1619; OLG Hamm, DAVorm 1997, S. 55.

⁵⁵³ Alperstedt, BtPrax 2000, S. 95, 98.

⁵⁵⁴ OLG Schleswig, BtPrax 2003, S. 223 f.; OLG Schleswig, FamRZ 2005, S. 834; LG Rostock, FamRZ 2004, S. 485.

⁵⁵⁵ OLG Hamm, NJW 1976, S. 378.

⁵⁵⁶ BT-Drs. 11/4528 S. 146.

(2) § 1906 I Nr. 2 BGB

Nach § 1906 I Nr. 2 BGB kann eine Unterbringung zulässig sein, weil eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung oder ein ärztlicher Eingriff notwendig ist.

Bei einer Unterbringung zum Zwecke der Heilbehandlung hängt die Zulässigkeit der Unterbringung von der Zulässigkeit der Heilbehandlung ab.⁵⁵⁷ Der BGH hat in zwei neueren Entscheidungen Kriterien aufgestellt.⁵⁵⁸ Neben anderen Kriterien⁵⁵⁹ verweist der BGH vorwiegend darauf, dass der Betreuer für die Unterbringung zur Zwangsbehandlung der Genehmigung nach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB bedarf, da sich der Widerstand des Betreuten regelmäßig gegen die Unterbringung und die Behandlung richten wird. Deshalb muss die Genehmigung im Hinblick auf eine bestimmte (Zwangs-) Behandlung erteilt werden und sie nach Art, Dauer und Inhalt festlegen.⁵⁶⁰ Die Unterbringung zur Behandlung ist nur dann zulässig, wenn auch die Zwangsbehandlung von vornherein zulässig ist. Es hat eine strenge Prüfung der Verhältnismäßigkeit zu erfolgen.⁵⁶¹

bb. Anwendbarkeit der Maßstäbe des § 1906 I BGB auf die Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts

§ 1906 I BGB beschränkt die Unterbringungsbefugnis des Betreuers als Unterfall des Aufenthaltsbestimmungsrechts. Die Anforderungen, die § 1906 I BGB stellt, könnten im Hinblick auf jede aufenthaltsbestimmende Maßnahme des Betreuers anzuwenden sein, um den Betreuten vor unverhältnismäßigen Maßnah-

⁵⁵⁷ BGH, FamRZ 2006, S. 615; OLG Schleswig, BtPrax 2003, S.; 223 f.; Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann- Hoffmann § 1906 Rn. 98.

⁵⁵⁸ BGH BtPrax 2008, S. 115, BGH, FamRZ 2006, S. 615 = BtPrax 2006, 145 ff.; vgl. auch Lipp, BtPrax 2006, S. 62, 65 und JZ 2006, S. 661, 662 f, Brosey, BtPrax 2008, S. 108 ff.

⁵⁵⁹ Ausführlich auch Lipp, BtPrax 2006, S. 62, 65 und JZ 2006, S. 661, 662 f.

⁵⁶⁰ BGH, FamRZ 2006, S. 615 = BtPrax 2006, 145,149; OLG Düsseldorf, FamRZ 1995, S. 118 = BtPrax 1995, 29; Brosey, BtPrax 2008, S. 108 ff. , Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann-Hoffmann, § 1906 BGB Rn. 149; Knittel, § 1906 BGB Rn. 20b.

⁵⁶¹ OLG Köln, NJW-RR 2006, S. 230.

men zu schützen, die seinen Wünschen widersprechen. Die Anwendung der Kriterien des § 1906 I BGB ist nicht zu verwechseln mit der umstrittenen Frage, ob § 1906 I BGB als Ermächtigungsgrundlage für aufenthaltsbestimmende Maßnahmen außerhalb der Unterbringung angewendet werden darf.⁵⁶² Es geht an dieser Stelle nicht um die Frage, ob § 1906 I BGB analog zur Ermächtigung der zwangsweisen Durchsetzung des Aufenthaltsbestimmungsrechts herangezogen werden darf. Nach der Rechtsprechung des BGH meint Zwangsanwendung die Überwindung körperlichen Widerstandes.⁵⁶³ Hier soll es vielmehr um die Frage der Einschränkung und Konkretisierung bestehender Befugnisse des Betreuers zum Schutz des Betreuten gehen. Der Betreuer hat das Aufenthaltsbestimmungsrecht und dieses verleiht ihm auch außerhalb der Frage, ob er einen Aufenthaltswechsel zwangweise durchsetzen kann, Befugnisse und Möglichkeiten den Aufenthaltsort auch gegen den Wunsch des Betreuten zu bestimmen,⁵⁶⁴ z.B. wenn der Betreute sich schon an einem unerwünschten Ort aufhält und diesen aus eigener Kraft nicht verlassen kann oder weil der Betreuer unter Anwendung von List und Tücke⁵⁶⁵ körperlichen Widerstand des Betreuten nicht überwinden musste. Es stellt sich mithin die Frage, nach welchen Maßstäben der Betreuer eine aufenthaltsbestimmende Entscheidung überhaupt treffen darf.

Für eine Aufenthaltsbestimmung durch den Betreuer fehlt es an speziellen gesetzlichen Vorgaben.⁵⁶⁶ Die Entscheidung hat sich daher an § 1901 BGB zu orientieren und damit an den Wünschen und dem Wohl des Betreuten. Der Wunsch des Betreuten darf nur dann nicht entsprochen werden, wenn dies dessen Wohl zuwider läuft (§ 1901 III, 1 BGB). Fraglich ist daher, ob eine entsprechende

⁵⁶² Ausführlich und m.w.N. *Tietze*, S. 154 ff, ablehnend BGH BtPrax 2008, S. 115, BGHZ 145, 297 = BtPrax 2001, S. 32; zur zwangsweisen Heimverbringung OLG Hamm FamRZ 2003, S. 255; LG Offenburg FamRZ 1997, S. 899 = BtPrax 1996, 192 f.

⁵⁶³ BGHZ 145, 297 ff = BGH BtPrax 2001, S. 32, 35.

⁵⁶⁴ § 4 I. 2. b.

⁵⁶⁵ Näher dazu Fröschle, BtPrax 2004, S. 46 ff.

⁵⁶⁶ Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann-Hoffmann § 1906 Rn. 24.

Anwendbarkeit des § 1906 I BGB zur Konkretisierung des einem Wunsch zuwider laufenden Betreutenwohls und damit zur Einschränkung des Aufenthaltsbestimmungsrechts des Betreuers grundsätzlich möglich ist. Dies würde dazu führen, dass aufenthaltsbestimmende Maßnahme zum Wohl des Betreuten nur pflichtgemäß wäre, wenn diese erforderlich ist, weil auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer geistigen oder seelischen Behinderung des Betreuten die Gefahr besteht, dass dieser sich selbst tötet oder erheblichen gesundheitlichen Schaden zufügt oder eine Heilbehandlung notwendig ist.

Vom Wortlaut her erfasst § 1906 I BGB allerdings nur solche Unterbringungen, die mit einer Freiheitsentziehung verbunden sind. Eine Freiheitsentziehung ist nach § 2 FEVG eine Unterbringung in einer abgeschlossenen Anstalt oder ähnlicher Einrichtung. Diese Ausdehnung des Anwendungsbereichs über den Wortlaut hinaus muss daher besonders gerechtfertigt werden. Der Grund für die besonderen Voraussetzungen der freiheitsentziehenden Unterbringung liegt in der Unumkehrbarkeit der Freiheitsverletzung des Betreuten als hohes und wichtiges Rechtsgut.⁵⁶⁷

Für eine analoge Anwendung des § 1906 I BGB wäre zunächst eine planwidrige Regelungslücke erforderlich. Der Gesetzgeber hat es unterlassen, außerhalb der allgemeinen Regelung des § 1901 BGB einschränkende Kriterien zur Frage der Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts zu schaffen.⁵⁶⁸ § 1906 BGB hatte im früheren Vormundschaftsrecht keine Vorgängerregelung. Die Unterbringung unterlag zwar der gerichtlichen Genehmigungspflicht und hatte sich nach § 1901 a.F. BGB am Wohl des Betroffenen zu orientieren. Eine materiellrechtliche Vorgabe, wie das Wohl des Betroffenen auszufüllen war, gab es nicht.⁵⁶⁹ § 1906 BGB sollte diese Regelungslücke für die freiheitsentziehende Unterbringung

⁵⁶⁷ Bt-Drs. 11/4528, 79 f.

⁵⁶⁸ *Coepicus*, FamRZ 1992, S. 741, 746, *ders.*, FamRZ 1993, S. 1017, 1021.

⁵⁶⁹ Bt-Drs. 11/4528, 79 f.

schließen und dem Richtervorbehalt des Art. 104 II GG genügen.⁵⁷⁰ Die amtliche Begründung geht aber eindeutig von einem engen Unterbringungs begriff aus.⁵⁷¹ Das Vorliegen von geschlossener Unterbringung und offener Unterbringung wurde erkannt. Nur die geschlossene Unterbringung, die mit Freiheitsentziehung verbunden ist, soll von § 1906 I BGB erfasst sein.⁵⁷² § 1906 I BGB regelt die materiellen Voraussetzungen dieser Unterbringungsform.⁵⁷³ Absatz 1 regelt unterbringungsähnliche Maßnahmen nicht. Diesbezüglich wurde die Regelung des § 1906 IV BGB geschaffen.⁵⁷⁴ § 1906 I BGB sollte keine Lösung von praktischen Problem durch einen weitgefassten Unterbringungs begriff bringen.⁵⁷⁵ Eine planwidrige Regelungslücke liegt damit nicht vor, da der Gesetzgeber offenbar die Unterscheidung von offener und geschlossener Unterbringung gekannt hat.

Die Anlehnung an die Voraussetzungen des § 1906 I BGB kann aber dennoch in Einzelfall geboten sein, weil es verfassungsrechtlicher unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit einer aufenthatsbestimmenden Maßnahme geboten sein.⁵⁷⁶

Wegen der besonderen Intensität die die Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts gegenüber dem Betreuten entfaltet, könnte es daher erforderlich sein, die Kriterien des § 1906 I BGB heranzuziehen. Die Folge, die die Aufenthaltsbestimmung für den Betroffenen hat muss in Verhältnis im dem verfolgten Zweck stehen. Die Intension der Maßnahme liegt darin, dass der Betreuer den Aufenthaltsort des Betroffenen bestimmt. Das Verbleibenmüssen an einem Ort

⁵⁷⁰ Bt-Drs. 11/4528, 79 f.

⁵⁷¹ Bt-Drs. 11/4528, 145 f.

⁵⁷² Bt-Drs. 11/4528, 146.

⁵⁷³ Bt-Drs. 11/4528, 145.

⁵⁷⁴ Bt-Drs. 11/4528, 146.

⁵⁷⁵ Bt-Drs. 11/4528, 146.

⁵⁷⁶ Zur Verhältnismäßigkeit einer Unterbringung und dem Recht auf „Freiheit zur Krankheit“ BVerfG NJW 1998, 1774 f.

entfaltet ähnlich einschneidende Wirkung, wie die freiheitsentziehende Unterbringung. Auch wenn diesem die Freiheit nicht entzogen wird, so wirkt sich dies aber dennoch faktisch ebenso gravierend aus, da der Betreute ja gerade aufgrund seiner Erkrankung oder Behinderung, die vom Betreuer geschaffene Situation nicht verändern kann und sich so an dem ungewünschten Ort aufhalten muss.

Gerade bei Heimunterbringungen wird, der Betroffene nicht unüberwindbar am Verlassen des räumlich umgrenzten Bereichs gehindert. Faktisch kann er die Hürden aber häufig aufgrund seiner körperlichen Voraussetzungen oder seines geistigen Zustandes nicht überwinden. Aufenthaltsbestimmende Maßnahme sind daher unter der besonderen Berücksichtigung der Situation des Betreuten mit der in § 1906 Abs. 1 BGB geregelten freiheitsentziehenden Unterbringung vergleichbar sein. Die Intensität kann sich dabei auch aus einer Dauerhaftigkeit oder Unumkehrbarkeit ergeben, was gerade bei Heimunterbringungen der Fall ist.

Eine solch intensive Aufenthaltsbestimmung gegen den Wunsch des Betreuten darf daher erst in Betracht kommen, wenn das Leben oder die Gesundheit des Betreuten erheblich gefährdet sind. Eine aufenthaltsbestimmende Maßnahme zum Schutz von Vermögensinteressen scheidet hingegen aus, weil diesbezüglich der Einwilligungsvorbehalt das vorgesehene Schutzinstrument ist.⁵⁷⁷

Beispiel:

Verlässt ein Betreuer seine durch den Vermieter gekündigte Wohnung nicht und kann die Wohnung ohnehin nicht mehr finanziert werden, so ist eine Weisung durch den Betreuer nicht zulässig, auch wenn dadurch die Vermögensinteressen durch weitere Zahlung einer Nutzungsentschädigung und der Räumungskosten beeinträchtigt sind. Der Betreute kann

⁵⁷⁷ Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann-Hoffmann, § 1906 Rn. 131.

hier allein durch eine vom Vermieter veranlasste Zwangsvollstreckung zum Verlassen der Wohnung bewogen werden.

Es ist daher geboten, die Maßstäbe des § 1906 I BGB auf die Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts durch den Betreuer anzuwenden. Würden keine gesteigerten Anforderungen an das dem Wunsch zuwiderlaufende Wohl gestellt werden, so besteht die Gefahr, dass der Betreuer einfache Lebensrisiken zum Anlass nimmt, um das Aufenthaltsbestimmungsrecht auszuüben, wie Sturz- oder Brandgefahr.⁵⁷⁸ Nur die Anwendung der materiellen Voraussetzungen des § 1906 I BGB stellt hinreichend sicher, dass der Betreute vor Selbstschädigungen geschützt wird, die über allgemeine Lebensrisiken hinausgehen. Hier bestünde zudem die Gefahr, dass ein objektives Wohl den Wunsch des Betreuten verdrängt, ohne dass das subjektive Wohl, das die Fähigkeiten und den Lebensentwurf des Betroffenen nach § 1901 II, 2 BGB berücksichtigt.

Beispiel:

Der Betreute ist Raucher. Der Betreuer sieht darin eine Brandgefahr und will den Betreuten in einem Heim unterbringen, weil dort ein Brand schneller entdeckt würde.

Brandgefahr besteht bei jedem Raucher. In diesem Beispielsfall müsste eine über das allgemeine Lebensrisiko hinausgehende spezifische krankheits- oder behinderungsbedingte Gefährdung festgestellt werden, die eine Aufenthaltsbestimmung gegen den Wunsch rechtfertigt.

⁵⁷⁸ Zur Sturzgefahr als allgemeines Lebensrisiko im Rahmen des § 1906 IV BGB, *Lang/Herkenhoff*, NJW 2005, 1905, 1906.

Darüber hinaus muss die so vorzunehmende Verhinderung einer Selbstschädigung auch zum Wohl des Betreuten erforderlich sein. Dabei ist zunächst zu überprüfen, ob der Wunsch des Betreuten, der eine erhebliche Selbstschädigung zur Folge hat, auch auf der Erkrankung oder Behinderung beruht oder ob er dem Lebensentwurf und damit den Vorstellungen des Betreuten entspricht.

c. Kausalität zwischen Erkrankung oder Behinderung und der gewünschten Handlung

Demzufolge darf der Wunsch durch den Betreuer im Innenverhältnis nur übergangen werden, wenn die verbliebenen Fähigkeiten des Betreuten eine eigenverantwortliche Entscheidung ausschließen, der Wunsch also Ausdruck der Erkrankung des Betreuten ist.⁵⁷⁹ Der Betreuer hat die Bestimmungsbefugnis aus dem Grund verliehen bekommen, dass der Betroffene keine eigenverantwortliche Entscheidung mehr treffen kann. Aber selbst wenn der Betreute keine eigenverantwortliche Entscheidung treffen kann, muss der Wunsch des Betreuten nicht zwingend auf dessen Erkrankung oder Behinderung beruhen. Es ist auch denkbar, dass der Betreute die Maßnahme zur Verhinderung der Selbstschädigung aus anderen Gründen ablehnt. Die Beurteilung erfordert größte Sorgfalt, um den Interessen des Betroffenen gerecht zu werden. Eine umfassende Sachverhaltsaufklärung ist zu betreiben.⁵⁸⁰ Ist der Betroffene imstande, seinen Wunsch trotz einer bestehenden willensbeeinflussenden Krankheit mit Motiven zu begründen, die nicht krankheitsbedingt sind, so muss der Betreuer diesem Wunsch entsprechen.⁵⁸¹

⁵⁷⁹ MünchKomm-Schwab, § 1901 Rn. 14.

⁵⁸⁰ Wegen mangelhafter Tatsachenfeststellung sind viele obergerichtliche Verfahren hinsichtlich der Unterbringungsverfahren als unzulässig betrachtet worden, OLG Celle, FamRZ 2006, S. 443.

⁵⁸¹ Zur ambulanten Zwangsbehandlung Lipp, JZ 2001, S. 825, 828 f; Tietze, S. 126, wenn der Betreute die Medikamenteneinnahme wegen der Nebenwirkung ablehnt.

Beispiel:

Ein dementer, verwirrter, orientierungsloser Betreuer mit gefährlichen Weglauftendenzen will nicht in ein Heim, da er lieber allein in seiner Wohnung ist und andere Menschen dauerhaft nicht ertragen kann.

Dieser Wunsch basiert offenkundig nicht auf der Erkrankung, die die Betreuerbestellung begründet hat. Ob er im Zusammenhang mit dieser Anlasserkrankung gebildet wurde, ist denkbar. Es stellt sich in diesem Zusammenhang immer die Frage danach, wie der Betreute entscheiden würde, wenn er nicht erkrankt oder behindert wäre. Hat er im Beispielsfall ein Leben lang allein gelebt, so ist dies hinsichtlich seines Lebensentwurfs ein wesentliches Anzeichen dafür, dass er ohne die Erkrankung eben diese Entscheidung getroffen hätte. Flexibles Rechtsinstitut der Betreuung heißt auch, dass die verbliebenen Fähigkeiten des Betreuten zu berücksichtigen sind. Besitzt er aber die Fähigkeit, Wünsche zu äußern und zu begründen, so ist dies ernst zu nehmen. Äußert der Betreute Wünsche, die bei einem Nichtbetreuten akzeptiert werden (müssen), so würde der Betreute gegenüber dem Nichtbetreuten ungleich behandelt werden. Zwar erlaubt das Betreuungsrecht zum Wohl des Betreuten Maßnahmen, die bei einem „Gesunden“ unzulässig sind. Dies gilt aber nur, wenn die Ursächlichkeit zwischen Erkrankung und Wunsch zweifelsfrei festgestellt werden kann. Eine Übergehung der Wünsche des Betreuten ist nur dann zulässig, wenn der Wunsch auch auf der krankheitsbedingten Uneinsichtigkeit beruht.⁵⁸²

Der Betreuer muss also immer alle Umstände des Sachverhalts ermitteln und seine Besprechungspflicht nach § 1901 III, 3 BGB wahrnehmen. Dieses Prinzip stellt sicher, dass die Wünsche des Betreuten Berücksichtigung finden.

⁵⁸² Lipp, BtPrax 2005, S. 6, 8.

Beruhet der Wunsch nicht auf der Erkrankung, so ist er zu beachten, unabhängig von der Frage, ob mit der Beachtung eine Selbstschädigung verbunden ist. Aber selbst wenn dem Betreuten krankheits- oder behinderungsbedingt die Einsicht fehlt, die Folgen seines Wunsches abzuwägen, muss die aufenthaltsbestimmende Entscheidung zum Wohl des Betreuten erforderlich sein.

2. Erforderlichkeit der Aufenthaltsbestimmung zum Wohl des Betreuten

Als Ausdruck des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips gebietet die Erforderlichkeit der Aufenthaltsbestimmung, dass die Maßnahme geeignet, erforderlich und angemessen ist. Jede einzelne Maßnahme des Betreuers muss sich an ihrer Erforderlichkeit zum Wohl des Betreuten messen lassen.⁵⁸³ Bei Maßnahmen des Betreuers ist dieses Prinzip zu achten. Basiert der Wunsch des Betreuten aber auf der Erkrankung oder Behinderung des Betreuten und ist damit nicht eigenverantwortlich gebildet worden, so kann er unbeachtet bleiben und damit übergangen werden, weil er dem Wohl des Betreuten zuwiderläuft. Das bedeutet aber nicht, dass jeder Wunsch, der zu seiner wohlgefährdenden Schädigung führt, unbeachtet bleiben darf. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass die Nichtbeachtung des Wunsches die Ausnahme darstellt. Um diese Ausnahme begründen zu können, muss das Wohl zunächst in der oben dargelegten Weise gefährdet sein. Eine Aufenthaltsbestimmung gegen den Willen des Betreuten ist daher nur erforderlich, wenn diese den Betreuten vor uneinsichtigen gewichtigen Selbstschädigungen im Sinne des § 1906 I BGB schützen kann.

Die Freiheit der Person und die Freizügigkeit sind hochrangige Rechtsgüter, so dass es stets einer strengen Prüfung der Erforderlichkeit bedarf. Es müssen alle Vor- und Nachteile, die die Aufenthaltsbestimmung durch den Betreuer mit sich führen, aufgeworfen werden. Lehnt der Betreute die Maßnahme ab, so muss der

⁵⁸³ §§ 1901 I, II, 1, 1906 I BGB.

Betreuer, der sich über den Wunsch des Betreuten hinwegsetzt, alle Umstände berücksichtigen, die den Betreuten veranlasst haben, diesen Wunsch zu äußern. Ist der Wunsch wiederum Ausdruck der Erkrankung oder Behinderung des Betreuten, ist der Wunsch mithin hinsichtlich der bevorstehenden Maßnahme nicht eigenverantwortlich, muss nun zwischen den Vorteilen und Nachteilen der Maßnahmen abgewogen und prognostiziert werden, welche Gefahren sich bei einem Unterlassen der Maßnahme mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ergeben. Dabei ist der persönliche Lebensentwurf des Betreuten heranzuziehen, um sein Selbstbestimmungsrecht weitestgehend zur Geltung zu bringen. In diesen Fällen kann sich der Betreuer der Verwirklichung der Selbstbestimmung des Betreuten nur im Rahmen des Möglichen annähern. Gerade im Zusammenhang mit der Verlegung des Aufenthalts in eine Pflegeeinrichtung ist es der Wunsch vieler älterer Menschen, in der eigenen Wohnung zu verbleiben. Dies wird eine in der Regel unumkehrbare Entscheidung sein. Bei einem Selbstbestimmungsunfähigen ist fürsorgerisches Eingreifen erlaubt, wo beim „Gesunden“ Halt geboten ist.⁵⁸⁴ Wann aber Halt geboten ist, ist dann eine Frage der Erforderlichkeit. Wegen der Schädigungsgefahr für den Betreuten handelt es sich für den Betreuer um einen haftungsrelevanten Bereich. Die Angst des Betreuers vor einer zivilrechtlichen Haftung oder einer strafrechtlichen Verantwortung darf nicht zu seinem Entscheidungsmaßstab werden.⁵⁸⁵

Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass den Betroffenen ein Recht auf „Freiheit zur Krankheit“⁵⁸⁶ zuzuerkennen ist. Bei weniger gewichtigen Fällen muss eine einschneidende freiheitsgefährdende Maßnahme unterbleiben, auch wenn sie der Fürsorge des Betroffenen dient. Aus dem Recht auf „Freiheit zur Krankheit“ abgeleitet wurde nunmehr ein Recht auf „Freiheit zur Verwirrtheit“⁵⁸⁷ und ein

⁵⁸⁴ BVerfGE 58, S. 208, 224 ff.

⁵⁸⁵ Hoffmann/Klie Kap. G II.2.3.a).

⁵⁸⁶ BVerfGE 58, S. 208, 224 ff; BVerfG NJW 1998, S. 1774.

⁵⁸⁷ Klie, Recht auf Verwirrtheit, S. 1 ff.

„Recht auf Freiheit zur Verwahrlosung“, die im Rahmen des Aufenthaltsbestimmungsrechts von Bedeutung sind.

a. Geeignetheit

Die aufenthaltsbestimmende Maßnahme ist dann geeignet, wenn sie den beabsichtigten Erfolg herbeiführen kann.⁵⁸⁸ Der zulässige Erfolg ist § 1906 I Nr. 1 oder Nr. 2 BGB zu entnehmen.

Bei der Aufenthaltsbestimmung wegen Selbstgefährdung muss diese geeignet sein, die drohende Selbstgefährdung verhindern zu können. Die bloße Minderung des Risikos der Selbstgefährdung reicht nicht aus.

Beispiel:

Der verwirrte Betreute leidet unter Sturzgefahr und hat sich bereits in der Vergangenheit Verletzungen in seiner Wohnung zugezogen. Der ambulante Pflegedienst, der viermal am Tag kommt, hat ihn jedes Mal hilflos gefunden und einen Krankenwagen gerufen. Der Betreute hat einen starken Bewegungsdrang, kann aber seine körperlichen Kräfte nicht einschätzen, so dass es zu Stürzen kommt.

Eine Verlegung ins Pflegeheim würde die Sturz- und Verletzungsgefahr aber nicht verhindern, da der Betreute sich weiterhin bewegen wird. Insofern stellt sich in einem solchen Fall die Frage, ob eine Bestimmung des Aufenthalts in ein Pflegeheim geeignet ist. Vorteilhaft ist zwar, dass der Betreute schneller aufgefunden wird, dies ändert aber nichts an der Verletzungsgefahr selber. Insofern sind andere Maßnahmen zu ergreifen, die die Gefahr verhindern, z.B. spezielle Protektoren oder ggf. unterbringungsähnliche Maßnahmen.

⁵⁸⁸ OLG Schleswig, FamRZ 1998, S. 1328, 1329; LG Regensburg, FamRZ 1994, S. 125, 126.

Anders wäre dieser Fall zu beurteilen, wenn sich die Gefahr durch Orientierungslosigkeit im Straßenverkehr ergeben würde. Dann wäre eine geschlossene Unterbringung geeignet, diese Gefahr zu verhindern, denn der Betreute hätte dann keine Möglichkeit mehr, in den Straßenverkehr zu gelangen.

Fraglich ist auch die Eignung einer Aufenthaltsbestimmung, wenn der Betreute sich weigert, Nahrung oder Medikamente einzunehmen. Diese Weigerung wird sich auch in der Einrichtung fortsetzen; insofern ist die Aufenthaltsbestimmung alleine nicht geeignet, diese Gefahren auszuschließen. Hinzukommen muss dann immer noch die Zulässigkeit der Vergabe von Nahrung und Medikamenten gegen den Willen des Betreuten im Sinne des § 1906 I Nr. 2 BGB.

Ebenfalls ist die Eignung der Behandlungsunterbringung gesondert zu prüfen. Neben der Zulässigkeit der Behandlungsmaßnahme muss die Behandlung auch geeignet sein, den gewünschten Erfolg herbeizuführen.⁵⁸⁹ Die Eignung ist besonders bei einer Behandlung der Anlasserkrankung zu überprüfen. Die Behandlung zur Erzwingung der Krankheitseinsicht wird häufig als ungeeignet erachtet.⁵⁹⁰ Gerade bei Alkoholentwöhnungsbehandlungen und bei psychiatrischen Behandlungen⁵⁹¹ ist ein Behandlungserfolg ohne die Mitwirkung des Betroffenen oft nicht gegeben.⁵⁹²

b. Erforderlichkeit im engeren Sinne

Die aufenthaltsbestimmende Maßnahme muss das mildeste Mittel darstellen, um die Gefährdung des Betreuten zu verhindern. Dabei ist sowohl die Frage, ob ü-

⁵⁸⁹ BGH, FamRZ 2006, S. 815, BayObLG, NJW-RR 2001, S. 1513 = BtPrax 2001, S. 251; FamRZ 1994, S. 1551; S. 1617; 1619; OLG Schleswig, FamRZ 1998, S. 1328, 1329; LG Regensburg, FamRZ 1994, S. 125, 126, *Schmidt*, BtPrax 2001, S. 188, 191; BtKomm/*Dodegge*, G. Rn. 27.

⁵⁹⁰ LG Frankfurt a.M., FamRZ 1993, S. 479; OLG Schleswig, FamRZ 2000, S. 1122, 1123; *Marschner/Vockart*, § 1906 Rn. 28

⁵⁹¹ Ist z.B. ein krankhafter Wahn medikamentös nicht mehr beeinflussbar, liegt auch keine Eignung der Maßnahme vor, da keine Heilung der Erkrankung erreicht werden kann: LG Berlin, FamRZ 1993, S. 597.

⁵⁹² OLG Schleswig, FamRZ 1998, S. 1328, 1329; *Marschner/Volckart-Marschner*, § 1906 Rn. 29; *Bienwald*, FamRZ 1992, S. 1025, 1130.

berhaupt eine solche Maßnahme vorzunehmen ist als auch die Frage, welche konkrete Maßnahme zu treffen ist, an den Maßstäben des Erforderlichkeitsgrundsatzes auszurichten.

Das bedeutet, dass zunächst alle anderen Möglichkeiten ausgeschöpft werden müssen, um eine Gefährdung des Betreuten zu verhindern, auch wenn diese im Rahmen des Realisierbaren mit finanziellen Mehraufwendungen verknüpft sind,⁵⁹³ z.B. Rund-um-die-Uhr-Betreuung.

Dass dies gerade im Bereich der Heimverschaffung nicht hinreichend berücksichtigt wird, zeigte Coeppicus schon 1992 eindrücklich auf.⁵⁹⁴ Vor allem in der eigenen Wohnung können viele Gefahrenquellen beseitigt werden, so dass keine Heimverbringung mehr erforderlich ist.⁵⁹⁵ Das mildere Mittel muss aber gleich geeignet sein, um die Gefahr zu beseitigen. Unterbringungsmaßnahmen sind nicht erforderlich, wenn weniger einschneidende Maßnahmen ausreichen, um die Gefahr zu beseitigen.⁵⁹⁶ Lehnt der Betreute auch weniger einschneidende Maßnahmen ab, so ist immer das am wenigsten belastende Mittel zu wählen, wobei nicht allein objektive Umstände heranzuziehen sind, sondern immer die konkrete Lebenssituation des Betreuten zu beachten ist. Innerhalb aller denkbaren aufenthaltsbestimmenden Maßnahmen ist wiederum die am wenigsten belastende zu wählen. Dabei ist die Maßnahme zu treffen, bei welcher der Betreute weiterhin ein Leben nach seinen Wünschen und Fähigkeiten gestalten kann.

c. Angemessenheit

Des Weiteren muss die aufenthaltsbestimmende Maßnahme im Verhältnis zu den mit der Selbstschädigung verbundenen Nachteilen stehen. Dabei sind auch

⁵⁹³ AG Marburg, BtPrax 1994, S. 106.

⁵⁹⁴ FamRZ 1992, S. 742 ff. und Sachfragen S. 95 ff.

⁵⁹⁵ Möbel, über die der Betreute stürzen könnte, sind wegzuräumen, Gas- oder Elektroherd können abgeschaltet werden, der Betreute kann an ein Hausrufnotsystem angeschlossen werden, die ambulante Hilfe kann verstärkt werden.

⁵⁹⁶ BT-Drs. 11/4528 S. 147.

die Nachteile zu berücksichtigen, die mit der aufenthaltsbestimmenden Maßnahme einhergehen.⁵⁹⁷ Je größer die Nachteile für den Betreuten sind, desto gewichtiger muss die Gefahr einer Selbstschädigung sein. Insofern sind die Nachteile, die sich für den Betreuten ergeben, zunächst zu prognostizieren.

Bei der Heimverschaffung sind die sozialen und psychischen Folgen zu beachten. Denn zum Wohl des Betreuten gehört auch sein seelisch-geistiges Wohlbefinden und nicht ausschließlich sein körperliches Wohlbefinden.⁵⁹⁸ Zudem können dem Betreuten neue Gesundheitsgefahren drohen, wenn die Möglichkeiten zu körperlicher Bewegung und zu Spaziergängen deutlich verringert werden; bei demen- ten Betroffenen kann der plötzliche Milieuwechsel Verwirrheitszustände pro- zizieren.⁵⁹⁹ Die Folge des Heimaufenthalts kann von dem Betreuten auch als „schlimmer als der Tod“ beurteilt werden, weil so das Leben mit körperlichen und psychischen Erniedrigungen verlängert wird.⁶⁰⁰

Die Nachteile, die dem Betroffenen drohen, müssen in die Entscheidungsfindung miteinbezogen werden. Die Gefahren, die dem Betreuten ohne diese Maß- nahme drohen, müssen die prognostizierten Nachteile überwiegen, nicht nur, um dem Betreuten ein selbstbestimmtes Leben zu ermöglichen, sondern auch, um ihm ein menschenwürdiges Dasein zu belassen.

Auch bei einer Unterbringung sind die Nachteile zu erörtern, insbesondere, wenn diese mit Zwangsmaßnahmen verbunden ist. Untersuchungen zeigen, dass Betroffene Behandlungen unter Zwang als schwere Demütigung und Strafe empfanden, wobei nur wenige Betroffene die Behandlung im Nachhinein als sinnvoll erachteten.⁶⁰¹

⁵⁹⁷ OLG Schleswig, BtPrax 2003, S. 223, 224.

⁵⁹⁸ Hoffmann, BtPrax 2001, S. 61, 63.

⁵⁹⁹ Coeppicus, FamRZ 1992, S. 741, 743.

⁶⁰⁰ Coeppicus, FamRZ 1992, S. 741, 744.

⁶⁰¹ Tietze, S. 130 m.w.N.

Nur eine schwere und irreversible Schädigungsgefahr rechtfertigt den Schutz des Menschen vor sich selbst. Wird eine Maßnahme zum Schutz vor uneinsichtigen Selbstschädigungen getroffen, so ist diese auch hinsichtlich der Art und Weise und der Dauer auf ihre Angemessenheit hin zu überprüfen. Da der Betreute zur freien Willensbildung nicht fähig ist, hat der Betreuer seine Entscheidung an § 1901 III, 1 BGB und damit an Wunsch und evt. diesem Wunsch zuwider laufendem Wohl zu orientieren. Das Wohl wird wegen § 1901 II, 2 BGB durch den persönlichen Lebensentwurf des Betreuten beeinflusst. Der Betreuer muss daher erwägen, wie der Betreute entschieden hätte, wenn er noch zu einer eigenverantwortlichen Entscheidung in der Lage wäre, um so zu für den Betreuten angemessenen Ergebnissen zu gelangen.

d. Die Prognoseentscheidung

Der Betreuer trifft die Entscheidung der Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts selbstständig. Er hat die Vor- und Nachteile gegeneinander abzuwägen. Sicherlich ist eine solche Prognoseentscheidung im Einzelfall mit Schwierigkeiten verbunden. Es bleibt aber dabei, dass im Zweifel nicht davon ausgegangen werden darf, dass der geäußerte Wunsch dem Wohl zuwiderläuft.⁶⁰² Auch wenn der Betreute nicht mehr zur freien Willensbestimmung imstande ist, so ist ihm dennoch ein Recht auf Selbstgefährdung im Rahmen des Rechts auf „Freiheit zur Krankheit“ zuzusprechen. Im Zweifel gilt der Grundsatz „in dubio pro libertate“. Das Eingehen von Risiken für Rechtsgüter des Betreuten gehört im Hinblick auf die Freiheit des Betreuten zur Aufgabe des Betreuers.⁶⁰³ Gerade wenn sich dies im Wege der Realisierung des allgemeinen Lebensrisikos widerspiegelt, so ist dies im Interesse der Freiheit und der Menschenwürde hinzunehmen.⁶⁰⁴ Der Betreuer ist nicht verpflichtet, jede Gefähr-

⁶⁰² Vgl. § 2 III.3.b. dd. und ee.

⁶⁰³ Hoffmann, BtPrax 2001, S. 61, 63.

⁶⁰⁴ Lang/Herkenhoff, NJW 2005, S. 1905, 1906

derung des Betreuten bereits im Ansatz zu verhindern.⁶⁰⁵ Würde er dies tun müssen, so wäre für eine Entfaltung des Betreuten keine Raum mehr.

3. Der vorausverfügte Wunsch

Der Betreuer hat auch solchen Wünschen zu entsprechen, die der Betreute vor der Betreuerbestellung geäußert hat. Nach § 1901 III, 2 BGB sind früher geäußerte Wünsche des Betreuten ebenso verbindlich. Auch hier gilt wiederum die Grenze durch das zuwiderlaufende Wohl. Hat der Betreute eine Vorsorgeverfügung getroffen, in der er eine Bestimmung zu seinem Aufenthalt getroffen hat, so ist diese grundsätzlich verbindlich, es sei denn, dass der Betreute erkennbar daran nicht mehr festhalten möchte. Hat der Betreute keine konkrete Aussage gemacht, sondern allgemeine Vorstellungen geäußert, so sind diese bei der Entscheidungsfindung des Betreuers zu berücksichtigen, da zum Wohl des Betreuten nach § 1901 II, 2 BGB auch die Vorstellungen des Betreuten gehören.

Anerkannt ist, dass die in Patientenverfügungen oder Behandlungsvereinbarungen vorab niedergelegten Wünsche des Betroffenen als verbindlich anzusehen sind,⁶⁰⁶ wenn der Betroffene zum Zeitpunkt der Erklärung einsichts- und entscheidungsfähig war, er also eine eigenverantwortliche Entscheidung zu treffen vermochte. Zudem muss er sich ausreichend konkrete Vorstellungen darüber gemacht haben, für welchen Fall die Erklärung wirksam werden soll. Darüber hinaus muss die Erklärung hinreichend bestimmt und individuell verfasst sein.⁶⁰⁷ Zum Selbstbestimmungsrecht gehört auch die Möglichkeit, Entscheidungen für die Zukunft zu treffen.⁶⁰⁸ Für die Ablehnung von lebenserhaltenden Maßnahmen durch eine Patientenverfügung im Falle der so genannten passiven Sterbehilfe ist

⁶⁰⁵ So aber zu Unrecht BayObLG, FamRZ 2004, S. 977, 978 mit Blick auf § 1901 IV BGB.

⁶⁰⁶ Grundsätzlich BGH, FamRZ 2003, S. 748 ff.

⁶⁰⁷ Marschner, R & P 1997, S. 171 ff.; Hartmann, NStZ 2000, S. 113 ff.

⁶⁰⁸ Das ergibt sich aus dem Sinn und Zweck von Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen, so auch Dröge, BtPrax 1998, S. 199, 202.

dies mittlerweile anerkannt.⁶⁰⁹ Die Würde des Menschen gebietet es, sein in einwilligungsfähigem Zustand ausgeübtes Selbstbestimmungsrecht auch dann noch zu respektieren, wenn der Betroffene zum eigenverantwortlichen Entscheiden nicht mehr in der Lage ist.⁶¹⁰

Kann durch eine Patientenverfügung für den Fall der Behandlungsbedürftigkeit eine lebensnotwendige Behandlung am Lebensende ausgeschlossen werden, so stellt sich die Frage, inwieweit eine im Voraus und im Zustand der Eigenverantwortlichkeit getroffene Erklärung für die Fälle des Aufenthaltswechsels Verbindlichkeit hat.

Wird eine Patienten- oder Betreuungsverfügung im eigenverantwortlichen Zustand verfasst, für den Fall, dass zukünftig keine eigenverantwortliche Entscheidung mehr getroffen werden kann, so ist diese Entscheidung als selbstbestimmt zu beachten.⁶¹¹ Der vorausverfügte Wille hinsichtlich einer Aufenthaltsbestimmung ist insofern ebenso verbindlich.⁶¹²

Dem Betreuer ist eine Handlungsmöglichkeit entgegen dem Wunsch des Betreuten aber nur dann eröffnet, wenn der Wunsch des Betreuten gerade auf dessen mangelnder Eigenverantwortlichkeit beruht.⁶¹³ Hat der Betreute im Zustand der Selbstbestimmungsfähigkeit eine Entscheidung für die Zukunft getroffen, so beruht sein Wunsch nicht auf seiner fehlenden Eigenverantwortlichkeit. Hieran ist die Voraussetzung zu knüpfen, dass der Betreute zum Zeitpunkt der Äußerung Vorstellungen hinsichtlich bestehender Gefahren mit in seinen Entscheidungsfindungsprozess einbezogen hat. Verfolgt der Betreute diesen Wunsch auch im Rahmen des Betreuungsverhältnisses weiter, so ist er für den Betreuer verbindlich. Aber auch wenn er sich im Rahmen des Betreuungsverhältnisses nicht

⁶⁰⁹ BGH, FamRZ 2003, S. 748ff. mit Anm. *Lipp*; BGH, FamRZ 2005, S. 1474 ff.

⁶¹⁰ BGH, FamRZ 2003, S. 748.

⁶¹¹ *Tietze*, S. 137 mit Verweis auf BGH, FamRZ 2003, S. 748 ff. mit Anm. *Lipp*.

⁶¹² Offengelassen: OLG Hamm, FGPrax 2007, S. 190 für die Unterbringung nach PsychKG.

⁶¹³ Vgl. § 2 III.3.b.ee.

mehr äußern kann, bleibt er verbindlich, denn für diesen Fall hat der (jetzt) Betreute die Erklärung abgegeben.

Es ist aber zu überprüfen, ob die Vorausverfügung des Betreuten auch die konkrete Entscheidungssituation betrifft, oder ob die Vorausverfügung lediglich Vorstellungen aufgreift, die der Betreuer im Rahmen der Auslegung des Wohls nach § 1901 II, 2 BGB zu berücksichtigen hat.

Die Äußerung eines Betroffenen z.B., er wolle niemals in ein Heim, stellt keine konkrete und für die Zukunft verbindliche Entscheidung für alle denkbaren gefährträchtigen Fälle dar. Der Erklärung wohnt zwar eine eindeutige Tendenz inne, sie berücksichtigt aber nicht alle Gefahrenlagen. Kann sich der Betroffene im Zeitpunkt der Gefahrenlage nicht mehr äußern, so ist eine solche unkonkrete frühere Äußerung nicht absolut verbindlich. Es kann gerechtfertigt sein, diesen Wunsch im Fall einer gegenwärtigen Wohlgefährdung nicht zu beachten.

Eine spezifische Vorausverfügung stellen psychiatrische Verfügungen dar.⁶¹⁴ Psychiatrische Verfügungen basieren auf demselben Prinzip wie Patientenverfügungen und spezifizieren diese auf den Bereich der psychiatrischen Behandlung.⁶¹⁵ Diese können sich zum einen auf eine bestimmte Behandlungsform beziehen oder diese ausschließen und zum anderen auch eine Unterbringung (unter bestimmten Voraussetzungen) ablehnen.⁶¹⁶ Ist die Verfügung im selbstbestimmten Zustand verfasst und lässt sie erkennen, dass der Betroffene die für ihn gefährliche Situation erwogen hat, so ist dieser Wunsch des Betreuten zu respektieren. In der Praxis darf nicht übersehen werden, dass solche Verfügungen in der Regel nicht von einem „unbedarften Gesunden“ ausgestellt werden, sondern vielmehr von Personen, die mitunter psychiatrieerfahren sind und daher in

⁶¹⁴ Beispiele unter <http://www.antipsychiatrieverlag.de/info/voraus.htm>.

⁶¹⁵ Hartmann, NStZ 2000, S. 113, 117.

⁶¹⁶ Hartmann, NStZ 2000, S. 113, 117.

Kenntnis ihrer Situation zum Abwägen zwischen den Auswirkungen der Erkrankung und den Folgen einer Unterbringung imstande sind.⁶¹⁷

Allerdings stellt sich die Frage, ob auch bei irreversibler erheblicher Schädigung der vorausverfügte Wille jeglicher fürsorglicher Handlung durch den Betreuer entgegensteht. Wegen des hohen Gewichts des Rechtsguts Leben und einer bestehenden Irreversibilität einer Selbsttötung könnte dies bei einer bestehenden Suizidgefahr zweifelhaft sein. Gestützt wird dies durch statistische Erhebungen, wonach die überwiegende Zahl der Suizidenten nicht wirklich sterben wollte.⁶¹⁸ Hat der Betreute für den Fall eines Suizides verfügt, unbedingt sterben zu wollen, so muss es auf zweierlei ankommen. Der Suizid darf nicht krankheits- oder behinderungsbedingt sein, sondern muss auf einer eigenverantwortlichen Entscheidung beruhen.⁶¹⁹ Daneben muss feststehen, dass der Betreute weiterhin erkennbar an diesem Wunsch festhalten will. Bestehen Zweifel an dem Festhalten an diesem Wunsch, ist „in dubio pro vita“ zu entscheiden. Der Betreuer muss im Rahmen seiner Besprechungspflicht nach § 1901 III, 3 BGB dieser Frage nachgehen und den aktuellen Wunsch in Erfahrung bringen.

Ebenso ist es denkbar, dass der Betreute vorab eine Entscheidung bezüglich eines bestimmten Aufenthaltsorts getroffen, z.B. bereits ein bestimmtes Heim ausgewählt hat. Will der Betreute erkennbar nicht mehr an diesem Wunsch festhalten, so hat der Betreuer dies zu berücksichtigen. Wäre der frühere Wunsch stets für den Betreuer verbindlich, so hätte der Betreute sich selbst entmündigt, wenn man ihm das Loslassen von diesem Wunsch versagen würde. Die eigene Mündigkeit als Akt der Anerkennung im Rechtsverkehr steht aber nicht zur Disposition des Betroffenen, so dass sich daraus ein Verbot der Selbstentmündi-

⁶¹⁷ Hartmann, NStZ 2000, S. 113, 116.

⁶¹⁸ Coeppecus, S. 206 m.w.N.

⁶¹⁹ OLG Zweibrücken, FGPrax 2006, S. 23 ff.

gung ergibt.⁶²⁰ Der Betreute kann daher seinen früheren Wunsch jederzeit widerrufen. Das gilt natürlich auch für solche Äußerungen, in denen er sich mit einer bestimmten aufenthaltsbestimmenden Maßnahme einverstanden erklärt hat.

4. Entgegenstehende Zumutbarkeit für den Betreuer

Der Betreuer ist auch im Rahmen des Aufenthaltsbestimmungsrechts davon befreit, solchen Wünschen zu entsprechen, die ihm unzumutbar sind. Auch hier bezieht sich die Zumutbarkeit auf den zeitlichen Faktor.⁶²¹ Der Betreuer kann dem Wunsch nach einem Verbleib in der eigenen Wohnung aber nicht wegen Unzumutbarkeit entgentreten, weil der Betreuungsaufwand in einem Heim geringer ausfällt.⁶²² Wenn die Betreuung einen hohen zeitlichen Aufwand erfährt, ist die Zumutbarkeit für den Betreuer in das Verhältnis mit seinen betreuungsrechtlichen Pflichten zu setzen. Eine Abwägung kann hier statthaft sein, da der Betreuer als Person betroffen wird. Solange es aber um die Erfüllung seiner Pflichten geht, nämlich die Verwirklichung der Selbstbestimmung des Betreuten und der Schutz des Betreuten vor uneinsichtigen Selbstschädigungen, sind die Wünsche des Betreuten höher zu bewerten.

Unzumutbarkeit für den Betreuer ist hingegen gegeben, wenn die Erfüllung des Wunsches dem Betreuer eine strafbare Handlung abverlangt, z.B. möchte der Betreute eine teure Wohnung mieten, für die seine finanziellen Mittel nicht ausreichen. Schließt der Betreuer hier den Mietvertrag ab, so kommt ein strafbares Handeln wegen Eingehungsbetrugs⁶²³ nach § 263 StGB in Betracht. Die Gefahr der Haftung gegenüber dem Betreuten kann hingegen nicht zu einer Unzumutbarkeit führen.⁶²⁴

⁶²⁰ Lipp, S. 203.

⁶²¹ Vgl. § 2 III.4.

⁶²² Jurgleit-Deusing, § 1901 Rn. 55.

⁶²³ Zu den Voraussetzungen vgl. § 3 III.1.

⁶²⁴ Vgl. § 2 III.4.

5. Zwischenergebnis

Der Betreuer hat die Wünsche des Betreuten bei der Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts grundsätzlich zu beachten. Der Betreuer darf den Aufenthalt des Betreuten auch gegen dessen Wunsch bestimmen, um den Betreuten vor uneinsichtigen Selbstschädigungen zu schützen. Dabei hat er sorgfältig die Erforderlichkeit zu überprüfen, so dass eine Übergehung des Wunschs des Betreuten nur bei erheblichen Selbstschädigungsgefahren zulässig ist, die regelmäßig Anforderungen des § 1906 I BGB entsprechen.

§ 5 Überwachung und Haftung des Betreuers im Rahmen des Aufenthaltsbestimmungsrechts

I. Die Kontrolle durch das Vormundschaftsgericht

Die Kontrolle durch das Vormundschaftsgericht erfolgt zum Schutz des Betreuten. Zunächst muss der Schutz des Betreuten dadurch erfolgen, dass das Aufenthaltsbestimmungsrecht nur bei Vorliegen der materiellen Voraussetzungen angeordnet wird.⁶²⁵ Da sich die Anordnung des Aufenthaltsbestimmungsrechts aber erst durch die Entscheidung des Betreuers auswirkt, ist die Art und Weise der Kontrolle durch das Vormundschaftsgericht zu erörtern. Der Betreuer hat die Aufgabe, den Betreuten vor uneinsichtigen Selbstschädigungen zu schützen. Das Vormundschaftsgericht hat wiederum die Aufgabe einer Kontroll- und Qualitätssicherungsinstanz, deren Gebotenheit sich bei irreversiblen Eingriffen in die Freiheitsgrundrechte bereits aus dem Grundgesetz ergibt.⁶²⁶

1. Die Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht

Das Betreuungsrecht sieht für eine Vielzahl von Betreuerentscheidungen eine Genehmigungspflicht vor. Im Bereich des Aufenthaltsbestimmungsrechts ist neben der Genehmigung der Unterbringung⁶²⁷ auch die Genehmigung zur Kündigung der Wohnung⁶²⁸ einzuholen. Diese Genehmigungspflichten haben den Zweck, die Entscheidung des Betreuers durch das Vormundschaftsgericht präventiv auf Pflichtwidrigkeit zu prüfen.⁶²⁹

⁶²⁵ Vgl. § 4 III.1.a.aa.

⁶²⁶ Lipp, S. 128.

⁶²⁷ § 1906 II BGB.

⁶²⁸ § 1907 I BGB

⁶²⁹ Vgl. § 2 I.1.c.

a. Die Genehmigung der Unterbringung

Das Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung der Unterbringungsentscheidung geht auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10.02.1960 zurück.⁶³⁰ Darin hat das BVerfG entschieden, dass es Art. 104 II, 1, 2 gebiete, dass die freiheitsentziehende Unterbringung des Entmündigten durch den Vormund nur mit einer gerichtlichen Genehmigung erfolgen dürfe. § 1906 II, 1 BGB bestimmt dies nunmehr ausdrücklich. Darüber hinaus regelt Satz 2 der Vorschrift, dass die Genehmigung unverzüglich nachzuholen ist, falls sie wegen Gefahr in Verzug nicht eingeholt werden konnte. Im Rahmen der Genehmigung überprüft das Gericht das Vorliegen der materiellen Unterbringungs voraussetzung. Dazu gehört auch auch, ob der Betreuer der Wunschentsprechungspflicht nachkommt.

Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ist eine Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Einwilligungentscheidung des Betreuers.⁶³¹ Die Entscheidungsbefugnis selbst steht aber allein dem Betreuer zu.⁶³² Er entscheidet, ob er von der Genehmigung Gebrauch macht. Das Vorliegen der Genehmigung ist aber regelmäßig die Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für die Unterbringung des Betreuten gegen oder ohne dessen Wunsch.

Die verfahrensrechtlichen Anforderungen an das Unterbringungsverfahren sind in den §§ 70 ff. FGG niedergelegt.⁶³³ Insbesondere ist hierbei ein Sachverständigengutachten nach § 70 e FGG einzuholen. Das Beweisthema des Gutachtens sind die medizinischen Gesichtspunkte der materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Unterbringung.⁶³⁴ Dabei ist besonders die Frage der Eigenverantwort-

⁶³⁰ BVerfGE, 10, S. 302 ff.

⁶³¹ Staudinger-Bienwald, § 1906 Rn. 22.

⁶³² LG Köln, FamRZ 1993, S. 110, 111.

⁶³³ Ab 01.09.2009 in §§ 312 ff. FamFG.

⁶³⁴ Damrau/Zimmermann, § 70 e FGG Rn. 11; Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann-Bienwald, § 70 e FGG Rn. 4.

lichkeit, eines die Entscheidung des Betreuers ablehnenden Betreutenwunschs zu prüfen. Das Gutachten muss eine nachprüfbar und nachvollziehbare Basis für die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts schaffen. Diese Anforderungen sichern es verfahrensrechtlich ab, dass das Vormundschaftsgericht das Vorliegen der materiellen Unterbringungs Voraussetzungen auch hinreichend prüft und daraufhin seine Entscheidung stützt.

b. Die Genehmigung anderer Entscheidungen

Fraglich ist, ob eine Genehmigung für andere aufenthaltsbestimmende Maßnahmen ebenso erforderlich ist. Dies ergibt sich bei einer Schutzbedürftigkeit des Betreuten vor potentiellen irreversiblen Grundrechtseingriffen durch Betreuer. Wie bereits dargelegt, kommen Eingriffe in die Fortbewegungsfreiheit und die Freizügigkeit des Betreuten in Betracht,⁶³⁵ wenn die materiellen Anforderungen an eine aufenthaltsbestimmende Entscheidung nicht eingehalten werden. Steht der Wunsch des Betreuten der Entscheidung des Betreuers entgegen, so ist eine Kontrolle dieser Entscheidung erforderlich, um den Betreuten vor potentiellen Eingriffen zu schützen.

Ist das Aufenthaltsbestimmungsrecht angeordnet, so kann der Betreuer außerhalb des § 1906 BGB genehmigungsfrei Entscheidungen über den Aufenthalt treffen. Dies sind die Fälle, in denen es an einer Freiheitsentziehung nach § 1906 I oder IV BGB, also Fälle in denen die Freiheit lediglich beschränkt wird oder dem Betroffenen die Freizügigkeit genommen wird. Zu erwähnen ist vor allem die Entscheidung über einen Aufenthalt in einem Pflegeheim. Der Umzug aus der eigenen Wohnung in ein Pflegeheim stellt eine massive Lebensveränderung für den Betroffenen dar. Er wird aus der gewohnten Umgebung gerissen, muss sich mit „fremden“ Leuten auseinandersetzen und ist einem Zeitrahmen ausge-

⁶³⁵ Vgl. § 4 I 2.

setzt.⁶³⁶ Wird über einen Heimumzug (auch bei Kurzzeitpflege) entschieden, so ist der Betreute schutzbedürftig, wenn er selbst dem Umzug die Zustimmung versagt oder dies bereits vorab in einer Vorausverfügung niedergelegt hat. Der Heimumzug selbst ist in der Regel dem Vormundschaftsgericht gegenüber nur anzeigepflichtig.⁶³⁷ Ein Verstoß bleibt in der Regel sanktionslos.⁶³⁸

Daneben ergibt sich bei der Kündigung von Wohnraum des Betreuten ein Genehmigungserfordernis für die Kündigung durch den Betreuer aus § 1907 I BGB⁶³⁹. Dadurch werden aber nur Betreute geschützt, die sich in einer eigenen Wohnung befinden, die im Zusammenhang mit der Heimunterbringung zu kündigen oder zu vermieten wäre. Ein umfassender Schutz vor unberechtigten Heimverbringungen wird durch § 1907 I BGB nicht erreicht.⁶⁴⁰ Von dieser Genehmigungspflicht ausgenommen bleiben Betreute, deren Wohnraum nicht aufzugeben ist, weil z.B. Angehörige in der Wohnung verbleiben.

Coeppicus will diesen Schutz erreichen, indem er im Bereich der Heimverschaffung einen eigenen Aufgabenkreis fordert, der sich allein auf die Heimverschaffung bezieht.⁶⁴¹ Das Aufenthaltsbestimmungsrecht und die Vermögenssorge sollen hingegen nicht ausreichend sein, um eine so schwerwiegende Entscheidung umzusetzen.⁶⁴² Ein hinreichender Schutz wäre aber nur geboten, wenn das Vormundschaftsgericht die konkret zu treffende Entscheidung des künftigen Betreuers bereits im Anordnungsverfahren prüft. Damit würde dem Betreuer aber die Selbstständigkeit genommen. Der Betreuer hätte so eine Bestimmungsbefugnis für den Fall eines späteren Heimwechsels übertragen bekommen, die aber in

⁶³⁶ Vgl. *Coeppicus*, FamRZ 1992, S. 741 ff.

⁶³⁷ § 1907 II BGB.

⁶³⁸ *Coeppicus*, FamRZ 1993, 1017, 1023.

⁶³⁹ Gleiches gilt für eine Willenserklärung zu einem Aufhebungsvertrag, § 1907 I S. 2 BGB.

⁶⁴⁰ *Coeppicus*, FamRZ 1993, S. 1017, 1026.

⁶⁴¹ *Coeppicus*, FamRZ 1993, S. 1017, 1024.

⁶⁴² *Coeppicus*, FamRZ 1993, S. 1017, 1024.

dem Zeitpunkt in dem sie ansteht, keiner weiteren vormundschaftsgerichtlichen Kontrolle unterliegt.

Ein Genehmigungserfordernis ist vorzuziehen, weil es dem Gericht eine größere Kontrolle für jede einzelne Entscheidung ermöglicht.⁶⁴³ Das Aufenthaltsbestimmungsrecht hat die Funktion, dem Betreuer eine präventive Kontrollmöglichkeit zu geben, um den Betreuten vor uneinsichtigen Selbstschädigungen zu schützen.⁶⁴⁴ Auch für den Bereich der Heimverschaffung kann die präventive Kontrolle dem Betreuer obliegen, ohne dass es bereits durch die Anordnung zu einer Entscheidung kommen muss. Das Genehmigungserfordernis stellt aber durch die persönliche Anhörung und die gesundheitliche Begutachtung sicher, ob die konkrete Heimwahl dem Wohl des Betroffenen dient.⁶⁴⁵

Trifft der Betreuer eine Aufenthaltsentscheidung gegen den Wunsch des Betreuten, so ist zum Schutz des Betreuten eine Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht erforderlich,⁶⁴⁶ um die Interessen des Betreuten durch die Kontrolle des Vormundschaftsgerichts zu wahren.

In Betracht kommt eine analoge Anwendung des § 1906 II BGB. Die Genehmigungsfähigkeit von aufenthaltsbestimmenden Entscheidungen außerhalb der geschlossenen Unterbringung wird überwiegend abgelehnt.⁶⁴⁷ Um eine analoge Anwendung des § 1906 II BGB begründen zu können, müsste zunächst eine planwidrige Regelungslücke des Gesetzes vorliegen. Die Regelungslücke wurde teilweise auf ein Fehlen rechtlicher Kriterien für eine zwangsweise Heimverschaffung⁶⁴⁸ gestützt. Überwiegend wird diese aber abgelehnt mit der Begrün-

⁶⁴³ *Sonnenfeld*, FamRZ 1995, S. 393, 394.

⁶⁴⁴ Vgl. § 4 II.

⁶⁴⁵ *Sonnenfeld*, FamRZ 1995, S. 393, 394.

⁶⁴⁶ LG Bremen, BtPrax 1994, S. 102, 103.

⁶⁴⁷ Zur ambulanten Zwangsbehandlung BGHZ 145, 297 = BtPrax 2001, S. 32; zur zwangsweisen Heimverbringung OLG Hamm FamRZ 2003, S. 255; LG Offenburg FamRZ 1997, S. 899 = BtPrax 1996, 192 f.

⁶⁴⁸ LG Bremen, BtPrax 1994 S. 102, 103.

derung, der Gesetzgeber sei in § 1906 I BGB von einem engen Unterbringungs-
begriff ausgegangen und daher könne auch nur die freiheitsentziehende Aufent-
haltsbestimmung genehmigungsfähig sein.⁶⁴⁹ Diese Auffassung ist aber vor dem
Hintergrund der Frage, ob die Aufenthaltsbestimmung mit Zwang gegen den
Betreuten durchgesetzt werden kann, also ob der Betreute zwangsweise an einen
anderen Ort gebracht werden darf, zu verstehen. Hier soll aber die Frage behan-
delt werden, ob das Genehmigungserfordernis entsprechend angewendet werden
soll, ohne dass dies eine Legitimation von Zwang des Betreuerhandelns bedeu-
tet. Gegen die analoge Anwendung von § 1906 II BGB könnte man einwenden,
dass sich die Grenzen von freiheitsentziehender Unterbringung und offener Un-
terbringung verwischen würden.⁶⁵⁰ Im letzten Fall ist Gewaltanwendung de
lege lata nicht gestattet.⁶⁵¹ Dabei wird aber verkannt, dass die Gewaltanwendung
ohnehin nur durch die Behörde bei der Zuführung zur Unterbringung nach § 70
V, 2 FGG⁶⁵² gestattet ist und im Beschluss des Gerichts aufgeführt sein muss, so
dass es zu einer Vermischung von zwangsweiser durchsetzbarer freiheitsentzie-
hender Unterbringung und anderen Formen der Aufenthaltsbestimmung nicht
kommen kann. Eine Genehmigung führt daher nicht automatisch dazu, dass es
zur unzulässigen Anwendung von Gewalt kommt. Sie führt aber zur Kontrolle
des Betreuers und daher zur Verbesserung der Rechtsposition des Betreuten,
denn wenn das Gericht dem Betreuer die Aufenthaltsbestimmung nicht geneh-
migt, so wird der Betreute vor dieser Maßnahme gerade geschützt.

Durch die Genehmigung kann das Gericht kontrollieren, ob der Betreuer
pflichtgemäß und unter Vorliegen der materiellen Voraussetzungen seine auf-
enthaltsbestimmende Entscheidung trifft. Insofern bietet die Kontrolle Schutz

⁶⁴⁹ Zur ambulanten Zwangsbehandlung BGHZ 145, 297 = BtPrax 2001, S. 32; zur zwangsweisen
Heimverbringung OLG Hamm FamRZ 2003, S. 255; LG Offenburg FamRZ 1997, S. 899 = BtPrax
1996, 192 f.

⁶⁵⁰ Erman-Roth § 1901 Rn. 54.

⁶⁵¹ Erman-Roth § 1901 Rn. 54.

⁶⁵² ab. 01.09.2009: § 326 Abs. 2 FamFG.

vor Missbrauch der eingeräumten Kompetenz. Der Gesetzgeber ging lediglich von der Existenz des Aufenthaltsbestimmungsrechts aus, ohne dies weiter zu konkretisieren. Das Schutzbedürfnis des Betreuten gebietet es aber, den Betreuer bei besonders intensiven und irreversiblen Entscheidungen zu kontrollieren.

Auch wenn hier wegen der fehlenden Freiheitsentziehung des Richtervorbehalts des Art. 104 II GG nicht greift, ist dennoch eine Vergleichbarkeit der Interessenlage gegeben. Diese liegt in der Intensität der aufenthaltsbestimmenden Maßnahme gegen den Wunsch des Betreuten.⁶⁵³ Zudem ist die Kontrolle durch das Gericht zum Vorteil des Betroffenen, da das Vorliegen der materiellen Voraussetzungen der Entscheidung einer Prüfung unterzogen wird.⁶⁵⁴

Bei einer Unterbringung nach § 1906 I BGB handelt es sich um eine zeitlich beschränkte Maßnahme, die zunächst höchstens ein Jahr, in Ausnahmefällen höchstens zwei Jahre betragen darf.⁶⁵⁵ Die Unterbringung kann dann bei Vorliegen der materiellen Voraussetzung verlängert werden. Eine aufenthaltsbestimmende Maßnahme wie ein Heimumzug kann hingegen dauerhaft sein, ohne dass diese einer späteren Überprüfung durch das Gericht unterliegt.

Eine gerichtliche Kontrolle durch das Erfordernis einer vormundschaftlichen Genehmigung ist zum Schutz der Betroffenen notwendig.⁶⁵⁶ Jede Fürsorgemaßnahme beinhaltet die Gefahr, dass sie über das Erforderliche hinausgeht und so dann zum Eingriff wird. Wegen der Möglichkeit, dass der Betreute in seiner geschützten Selbstbestimmung und seinen Freiheitsrechten aus Art. 2 II, 2 und Art. 11 GG verletzt werden könnte, ist zum Schutz vor irreversiblen Verletzungen eine präventive Kontrolle nicht nur wünschenswert, sondern verfassungsrecht-

lich geboten.⁶⁵⁷ Vergleicht man die Situation mit der Vielzahl an Genehmigungsvorbehalten im vermögensrechtlichen Bereich, so ist es nicht erklärlich, warum eine so schwerwiegende und oft unumkehrbare Entscheidung ohne die Kontrolle durch das Vormundschaftsgericht getroffen werden darf.

Als Ergebnis kann festgestellt werden, dass für jede aufenthaltsbestimmende Maßnahme eine Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht einzuholen ist. Führt der Betreuer die aufenthaltsbestimmende Maßnahme ohne die Genehmigung durch, so muss die Genehmigung nach § 1906 II, 2 BGB unverzüglich nachgeholt werden. Voraussetzung dabei ist, dass für den Betreuten Gefahr in Verzug besteht. Da aufenthaltsbestimmende Maßnahmen i.d.R. von gewisser Dauer sind, kann auch die nachträgliche Genehmigung dem Betreuten Schutz vor einer pflichtwidrigen Entscheidung des Betreuers bieten.

2. Aufsichtsrechtliche Folgen von Pflichtwidrigkeiten des Betreuers

Pflichtwidrigkeiten des Betreuers können dazu führen, dass der Betreuer Weisungen erhält,⁶⁵⁸ als Betreuer entlassen wird⁶⁵⁹ oder dem Betreuten gegenüber haftet.⁶⁶⁰

Die Pflichtwidrigkeiten des Betreuers werden hier ausschließlich unter dem Aspekt des Verstoßes gegen § 1901 III, 1 und 2 BGB erörtert.

⁶⁵³ Dazu ausführlich § 4 III. 1. b. bb.

⁶⁵⁴ Der BGH hat in seinem Beschluss vom 17.03.2003 BGH, FamRZ 2003, S. 748, hinsichtlich der Frage der Genehmigungsfähigkeit des Abbruchs von lebensverlängernden Maßnahmen eine Genehmigung nach § 1904 BGB verneint, weil eine Vergleichbarkeit der Problemlage fehle. Er hat das Erfordernis einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung aber aus einer Gesamtschau des Betreuungsrechts im Wege richterlicher Rechtsfortbildung hergeleitet.

⁶⁵⁵ § 70 f I Nr. 3 FGG.

⁶⁵⁶ Gerade auch unter dem Aspekt, dass Angehörige als Betreuer zu einer solchen Entscheidung befugt werden.

⁶⁵⁷ Lipp, S. 238.

⁶⁵⁸ §§ 1908 i, 1837 BGB.

⁶⁵⁹ § 1908 I b BGB.

⁶⁶⁰ §§ 1908 i, 1833 BGB.

Eine Pflichtwidrigkeit kann zunächst darin bestehen, dass der Betreuer es unterlässt, einem Wunsch des Betreuten zu entsprechen. Der Betreuer handelt dann pflichtwidrig, wenn der Wunsch dem Wohl des Betreuten nicht zuwiderläuft. Bei dieser Frage kommt es nach den Ergebnissen meiner Bearbeitung⁶⁶¹ allein darauf an, ob die Missachtung des Wunsches erforderlich und geeignet ist, den Betreuten vor uneinsichtigen erheblichen Selbstschädigungen zu schützen.

Ein Ermessensspielraum ist dem Betreuer bei der Beurteilung der Frage, ob der Wunsch dem Wohl zuwiderläuft, nicht einzuräumen.⁶⁶² Hierbei wird das Selbstbestimmungsrecht des Betreuten nicht hinreichend gewahrt. Die Beachtung des Selbstbestimmungsrechts des Betreuten darf nicht in das Belieben des Betreuers gestellt werden. Die Eigenständigkeit des Betreuers darf nur bis dahin reichen, wo die Grenze der Pflichtwidrigkeit beginnt. Dem gesetzlich vorgesehenen Willensvorrang des Betreuten als Ausdruck seines Selbstbestimmungsrechts wird eine andere Vorgehensweise nicht gerecht.⁶⁶³ Der Betreuer muss entsprechende Feststellungen dahingehend treffen, ob eine den Voraussetzungen des § 1906 I BGB entsprechende Wohlgefährdung vorliegt, wenn er eine aufenthaltsbestimmende Entscheidung gegen oder ohne den Wunsch des Betreuten trifft. Das Gericht (Vormundschafts- oder Prozessgericht) überprüft die Entscheidung des Betreuers und muss dabei feststellen, ob der Betreuer entsprechend der materiellen Voraussetzungen eine Entscheidung getroffen hat.

Eine Pflichtwidrigkeit kann aber auch darin liegen, dass der Betreuer einen Wunsch beachtet, obwohl dieser eine uneinsichtige erhebliche Selbstschädigung herbeiführt, denn der Betreuer hat dem Wunsch nur dann zu entsprechen, wenn dieser nicht dem Wohl des Betreuten zuwiderläuft.

⁶⁶¹ Vgl. § 4 III.2.

⁶⁶² Entgegen BayObLG, FamRZ 2000, S. 565 u.a. vgl. oben § 3 I.2.

⁶⁶³ So auch Jürgens-Klüsener, § 1837 Rn. 11.

Im Rahmen der präventiven Kontrolle hat das Vormundschaftsgericht die Pflicht die Entscheidung des Betreuers auf die Pflichtmäßigkeit hin zu überprüfen, ein Beurteilungsspielraum wird dem Betreuer dabei nicht belassen, weil hier die Interessen des Betreuten zu wahren sind.

II. Die Kontrolle durch das Prozessgericht im Rahmen der Haftung des Betreuers

Die Haftung des Betreuers hinsichtlich pflichtwidriger bestimmender oder unterlassener Aufenthaltsmaßnahmen ist vielschichtig. Der Vollzug der aufenthaltsbestimmenden Entscheidung kann für den Betreuten vermögensrechtliche Folgen haben. So fallen bei einer Verbringung in ein Pflegeheim Heimkosten an, die der Betreute durch den Abschluss des Heimvertrages zu tragen hat. War die Entscheidung pflichtwidrig, so kommt ein Anspruch auf Schadensersatz in Höhe der Heimkosten in Betracht. Der Vermögensschaden entsteht mittelbar durch die aufenthaltsbestimmende Entscheidung, beruht letztlich aber auf dem Abschluss des Heimvertrages. Der Abschluss dieses Vertrags beruht aber kausal auf der Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts, so dass es sich um einen relevanten Vermögensschaden handeln könnte

1. Haftung des Betreuers wegen der Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts

Durch eine aufenthaltsbestimmende Maßnahme kann zunächst die Freiheit der Person des Betreuten beeinträchtigt werden. Dies kann zivilrechtliche und strafrechtliche Folgen haben.

a. §§ 1908 i, 1833 BGB

Nach §§ 1908 i, 1833 I ist der Betreuer für den aus einer Pflichtverletzung entstehenden Schaden verantwortlich, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt.

aa. Pflichtwidrigkeit

Der Betreuer muss zunächst eine betreuungsrechtliche Pflicht verletzt haben. Bei der Pflicht, den Wünschen des Betreuten zu entsprechen, handelt es sich um eine gesetzliche Pflicht, deren Nichtberücksichtigung eine Pflichtverletzung im Sinne von § 1833 I BGB darstellt. Beachtet der Betreuer nach den hier dargestellten Vorgaben⁶⁶⁴ den Wunsch des Betreuten nicht, so stellt dies eine Pflichtverletzung dar. Der Betreuer ist nur berechtigt, einen Wunsch zu übergehen, der zur Verhinderung einer uneinsichtigen Selbstschädigung geeignet und erforderlich ist.

Der Betreuer hat stets im Rahmen seiner Möglichkeiten festzustellen, ob der Wunsch krankheitsbedingt gebildet wurde und zu einer uneinsichtigen Selbstschädigung führt. Im Rahmen dessen hat er entsprechend seiner Rechts- und Geschäftserfahrung einen Beurteilungsspielraum. Das Gericht hat im Rahmen dessen nur die Möglichkeit, die Plausibilität der Entscheidungsfindung zu überprüfen⁶⁶⁵. Dazu muss der Betreuer seinen Entscheidungsfindungsprozess dokumentieren. Im Streitfall führt diese Dokumentation den Beweis für die Richtigkeit und Vollständigkeit der dargelegten Entscheidungsfindung.⁶⁶⁶

Der Betreuer handelt auch pflichtwidrig, wenn er seine Kompetenzen überschreitet. Steht ihm das Aufenthaltsbestimmungsrecht nicht zu und nimmt er eine Aufenthaltsbestimmung des Betreuten vor, so handelt er pflichtwidrig.⁶⁶⁷ Ohne die Genehmigung ist eine Entscheidung mit der Ausnahme von Gefahr in Verzug nicht rechtmäßig.

⁶⁶⁴ Vgl. § 4 III.

⁶⁶⁵ Vgl. § 5 I. 1.

⁶⁶⁶ Jurgelcit-Meier, § 1833 Rn. 38.

⁶⁶⁷ OLG Hamm, FamRZ 2001, S. 861: Pflichtwidrig handelt der Betreuer, der die geschlossene Unterbringung des Betreuten veranlasst, obwohl ihm nur der Aufgabenkreis der Gesundheitspflege zusteht. Eine Haftung wurde trotz Vorliegens einer Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht angenommen.

bb. Verschulden

Der Betreuer muss die bestehende Pflicht schuldhaft verletzt haben. Er muss damit vorsätzlich oder fahrlässig im Sinne des § 276 BGB gehandelt haben. Übergeht der Betreuer wissentlich einen beachtlichen Wunsch, so handelt er dann vorsätzlich, wenn er weiß, dass der Wunsch entweder nicht auf der Uneinsichtigkeit des Betreuten beruht oder nicht zu einer Selbstschädigung führt.

Dagegen setzt fahrlässiges Handeln voraus, dass der Betreuer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Der Maßstab der von einem Betreuer zu verlangenden Sorgfalt bestimmt sich nach dem Lebenskreis sowie nach der Rechts- und Geschäftserfahrung des jeweiligen Betreuers.⁶⁶⁸ Der Betreuer kann sich aber nicht allein dadurch entlasten, dass er wenig Erfahrung hat. Gerade in diesem Fall ist er gehalten, im Interesse des Betreuten fachkundigen Rat einzuholen.

Ein Betreuer handelt stets fahrlässig, wenn er ohne nähere Prüfung den Wunsch eines Betreuten ablehnt. Einen Rechtsirrtum schließt die Fahrlässigkeit nur dann aus, wenn die eigene Auffassung sorgfältig gebildet wurde und sich das gefundene Ergebnis aus der Sicht des Betreuers als zweifelsfrei darstellt.⁶⁶⁹ Der Betreuer ist aber gehalten, fachkundigen Rat einzuholen, um überprüfen zu können, ob eine aufenthaltsbestimmende Entscheidung zur Verhinderung einer uneinsichtigen Selbstschädigung erforderlich ist und ob es gegebenenfalls Handlungsalternativen gibt. Der Betreuer hat sich daher bei Zweifelsfällen Rat durch das Vormundschaftsgericht oder durch einen fachlich Kundigen einzuholen.⁶⁷⁰ Das kann im Hinblick auf die Frage der Eigenverantwortlichkeit oder der drohenden Selbstschädigung des Betreuten ein Facharzt bzw. der sozialpsychiatrische Dienst sein.

⁶⁶⁸ BGH, NJW 1964, S. 199; BGH, FamRZ 2003, S. 1924 = BtPrax 2004, S. 30, 31, 1925; OLG Hamm, FamRZ 2001, S. 861; MünchKomm-Wagenitz, § 1833 Rn. 4; Jurgelcit-Meier, § 1833 Rn. 8.

⁶⁶⁹ OLG Hamm, FamRZ 2001, S. 861; Palandt-Heinrichs, § 276 Rn. 22.

⁶⁷⁰ Palandt-Diederichsen, § 1833 Rn. 8; OLG Hamm, FamRZ 1995, S. 696 für den Nachlasspfleger.

Handelt der Betreuer diesem Rat entsprechend, so entbindet ihn dies in der Regel von dem Schuldvorwurf,⁶⁷¹ wenn das Gericht oder die fachkundige Stelle über alle relevanten Tatsachen informiert wurde. Ebenso verhält es sich, wenn der Betreuer die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts eingeholt hat. Dennoch darf nicht außer Betracht bleiben, dass er wegen seiner Eigenständigkeit eine selbstständige Pflicht für eine ordnungsgemäße Führung seiner Tätigkeiten trägt.⁶⁷² Die Kontrolle des Vormundschaftsgerichts dient ausschließlich dem Schutz des Betreuten und nicht dem Schutz des Betreuers vor einer Ingressnahme.⁶⁷³ Ändern sich insbesondere die tatsächlichen Voraussetzungen seit Vorliegen der Genehmigung oder der Erteilung des Rates, so ist ein schuldhaftes Handeln möglich, wenn die Entscheidung nicht im Hinblick auf die neuen Tatsachen erneut überprüft wird. Auch wenn die gerichtliche Entscheidung offenkundig, den Wunsch des Betreuten ohne Prüfung des zuwiderlaufenden Wohls unberücksichtigt lässt, kann der Betreuer sich der Genehmigung nicht einfach bedienen, da die Betreuungsrechtliche Pflicht aus § 1901 III, 1 BGB offenbar nicht aufgegriffen wurde. In anderen Fällen schließt die Genehmigung des Gerichts das Verschulden des Betreuers.

cc. Kausaler Schaden

Dem Betreuten muss zudem ein Schaden entstanden sein, der auf der Pflichtverletzung beruht. Diesbezüglich wird es eines rechtsgeschäftlichen Handelns des Betreuers bedürfen, z.B. Abschluss eines Heimvertrages oder Räumungsvertrages. Der Schaden entsteht dann auf Grund des rechtsgeschäftlichen Handelns des Betreuers oder durch tatsächliches Handeln, z.B. Entsorgen von Möbelstücken. Der Umfang des Schadens richtet sich nach den §§ 249 ff. BGB.⁶⁷⁴

⁶⁷¹ Soergel/Damrau, § 1833 Rn. 4; Jürgens-Klüsener, § 1833 Rn. 7.

⁶⁷² BGH, NJW 2004, S. 220, 221 = FamRZ 2003, S. 1924, 1925 = BtPrax 2004, S. 30, 31.

⁶⁷³ Jurgeleit-Meier, § 1833 Rn. 32.

⁶⁷⁴ Palandt-Diederichsen, § 1833 Rn. 9.

Dem Betreuten wird durch die Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts zudem ein immaterieller Schaden entstehen, der einen Schmerzensgeldanspruch begründen kann. Ein immaterieller Schaden besteht nach § 253 II BGB in der Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit des Betreuten. Die aufenthaltsbestimmende Maßnahme wird in erster Linie die Freiheit des Betreuten verletzen. Daneben kommt noch eine Verletzung des Körpers in Betracht, wenn zur Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts Zwang ausgeübt wird, wie es im Rahmen der Zuführung zur Unterbringung der Fall ist.⁶⁷⁵ Hätte der Betreuer dem Wunsch des Betreuten entsprochen, hätte er die aufenthaltsbestimmende Maßnahme nicht getroffen und demnach wäre auch kein Schaden entstanden.

Nach § 253 II BGB kann für den Nichtvermögensschaden eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden, wenn wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit und der Freiheit Schadensersatz zu leisten ist.

Der Begriff der Freiheit im Rahmen des § 253 II meint die Entziehung der körperlichen Bewegungsfreiheit.⁶⁷⁶ Davon umfasst ist bereits eine kurzfristige Einschränkung der Bewegungsfreiheit, die noch keine Freiheitsentziehung darstellt. Die Beeinträchtigung der Freizügigkeit wird hingegen von dem Schmerzensgeldanspruch nicht umfasst.

Der Anwendungsbereich des § 253 II BGB ergibt sich auch für familienrechtliche Anspruchsgrundlagen, wenn diese nach deren Schutzzweck einen Ausgleich für Schäden schaffen sollen.⁶⁷⁷ § 253 II BGB hat die Funktion, dem Verletzten einen Ausgleich für erlittene Schmerzen und Leiden zu gewähren. Die Nachteile einer aufenthaltsbestimmenden Maßnahme ergeben sich für die seelische Verfassung und die Lebensfreude als Folge der Beschränkung der Freiheit.⁶⁷⁸ Zu

⁶⁷⁵ § 70 g V FGG.

⁶⁷⁶ Palandt-*Sprau*, § 823 Rn. 6.

⁶⁷⁷ *Deutsch*, ZRP 2001, S. 351.

⁶⁷⁸ OLG Hamm, FamRZ 2001, S. 861, 863 zu § 847 BGB.

berücksichtigen ist aber auch die psychische Belastung, die mit einer solchen Maßnahme einhergeht.

Werden unmittelbar durch die aufenthaltsbestimmende Maßnahme im Zuge ihrer Durchsetzung mittels Zwang der Körper oder die Gesundheit verletzt, so muss auch dieses ausgeglichen werden. Ist eine Haftung aus § 1833 BGB eröffnet und liegt eine Verletzung der in § 253 II BGB normierten Rechtsgüter vor, so kommt der Schmerzensgeldanspruch in Betracht.

Ein kausaler Zusammenhang zwischen dem immateriellen Schaden des Betreuten und einer Pflichtverletzung ist ebenso Voraussetzung für den Ersatzanspruch. Als kausaler Schaden stellt sich nur die Beeinträchtigung dar, die sich unmittelbar aus der Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts ergibt. Dies ist eben die Verletzung der Freiheit und der körperlichen Integrität zum Zwecke der Beeinträchtigung der Freiheit.

Anders verhält es sich aber durch weitere Beeinträchtigungen der körperlichen Integrität durch medikamentöse Behandlung, die an dem bestimmten Ort durchgeführt wird.⁶⁷⁹ Hier tritt eine neue Entscheidung – nämlich die Einwilligung in die ärztliche Behandlung – dazwischen. Diese Beeinträchtigungen der körperlichen Integrität beruhen damit nicht unmittelbar kausal auf der Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts.

Ein Schadensersatzanspruch des Betreuten gegen den Betreuer kommt daher bei pflichtwidriger und schuldhafter Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts im Hinblick auf den Ersatz des immateriellen Schadens in Betracht.

b. § 823 BGB

Neben der Haftung des Betreuers wegen einer schuldhaften Pflichtverletzung kommt auch eine Haftung nach § 823 I und II BGB in Betracht, z.B. soll sich im

⁶⁷⁹ OLG Hamm, FamRZ 2001, S. 861, 863.

Fall einer rechtswidrigen Unterbringung eine Schadensersatzpflicht aus § 823 I und II BGB ergeben.⁶⁸⁰

Als geschütztes Rechtsgut kommt eine Verletzung der Freiheit des Betreuten in Betracht. Wird der Betreute gehindert sich fortzubewegen, wird seine Freiheit verletzt. Eine Freiheitsentziehung muss noch nicht vorliegen.

Die Verletzung der Freiheit muss auf einer Handlung des Betreuers beruhen. Die Weisung des Betreuers im Rahmen des Aufenthaltsbestimmungsrechts hat zur Folge, dass der Betreute einen bestimmten Aufenthaltsort zugewiesen bekommt. In der Regel muss diese Entscheidung umgesetzt werden, indem der Betreute tatsächlich in seiner Fortbewegung gehindert wird. Ohne diese tatsächliche Hinderung ergibt sich keine Verletzung der Freiheit. Auch wenn die Entscheidung tatsächlich von Dritten umgesetzt wird, so beruht die Beeinträchtigung der Freiheit allein auf der Entscheidung des Betreuers, so dass insofern eine kausale Rechtsgutsverletzung durch den Betreuer möglich ist.

Fraglich ist allerdings die Rechtswidrigkeit einer aufenthaltsbestimmenden Maßnahme in Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts und bei Vorliegen einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Die Rechtswidrigkeit kann sich aus einem Verstoß gegen § 1901 III, 1 BGB ergeben, nämlich wenn der Betreuer einem beachtlichen Wunsch des Betreuten pflichtwidrig nicht entsprochen hat.⁶⁸¹ Damit liegen aber die materiellen Voraussetzungen für eine aufenthaltsbestimmende Maßnahme in diesen Fällen nicht vor. Die Genehmigung dient dem Schutz des Betreuten und ermöglicht dem Gericht eine präventive Kontrolle des Betreuers. Dies dient nicht dem Schutz des Betreuers vor einer Haftung. Insofern wird die Rechtswidrigkeit weder durch das Vorliegen der Rechtsmacht noch durch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ausgeräumt.

⁶⁸⁰ Jürgens-Marschner, § 1906 Rn. 1; Marschner/Volckart-Marschner, § 1906 Rn. 63.

⁶⁸¹ Die vorliegende Genehmigung und das Handeln des Betreuers in Ausübung seiner Befugnis entlastet aber Dritte. Die Entscheidung des Betreuers stellt für diese einen Rechtfertigungsgrund dar.

Ferner muss der Betreuer schuldhaft gehandelt haben. Diesbezüglich ergeben sich gegenüber der Haftung nach § 1833 BGB⁶⁸² keine Besonderheiten. Gleiches gilt für den Schaden. Auch hier ist ein Ersatz des immateriellen Schadens nach § 253 II BGB möglich.

Daneben kommt auch ein Ersatzanspruch aus § 823 II BGB i.V.m § 239 StGB in Betracht. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit wird im folgenden Abschnitt näher erörtert.

2. Die Haftung des Betreuers wegen Unterlassen der Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts

Die Angst vor einer zivilrechtlichen oder strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Betreuers ist in der Praxis verbreitet,⁶⁸³ weil befürchtet wird, dass gerade eine unterlassene Aufenthaltsbestimmung zu einer Verletzung von Körper und Gesundheit oder gar zum Tod des Betreuten führen kann. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht wird angeordnet, um dem Betreuer eine Möglichkeit zu geben, den Betreuten vor uneinsichtigen Selbstschädigungen zu schützen. Es ist daher eine Pflicht des Betreuers, das Aufenthaltsbestimmungsrecht auszuüben, wenn die Voraussetzungen vorliegen.⁶⁸⁴ Der Betreuer kann sich daher nicht generell damit entlasten, er hätte nur einem Wunsch des Betreuten entsprochen. Die Wunschbefolgungspflicht ist eingeschränkt durch das Wohl des Betreuten.

Es kommt sowohl eine Haftung nach §§ 1908 i, 1833 I BGB als auch nach § 823 BGB in Betracht.

⁶⁸² Vgl. oben § 5.II.1.a.

⁶⁸³ Darauf bezieht sich die Schlussfolgerung von *Hoffmann/Klie* Kap. G II.2.3.a).

⁶⁸⁴ *Jurgeleit-Meier*, § 1833 Rn. 17.

a. Haftung nach §§ 1908 i, 1833 I BGB

aa. Pflichtverletzung

Der Betreuer handelt im Sinne des § 1833 I BGB nur dann pflichtwidrig, wenn er einem Wunsch entspricht, der dem Wohl des Betreuten zuwiderläuft. Die Pflichtwidrigkeit kommt hierbei gerade auch durch Unterlassen in Betracht, wenn den Betreuer eine Pflicht zum Handeln trifft.

Im Rahmen dieser Arbeit wurde bereits deutlich gemacht, dass nur dem Wunsch nicht entsprochen werden darf, der auf der psychischen Erkrankung oder geistigen oder seelischen Behinderung beruht und mithin nicht eigenverantwortlich gebildet worden ist.⁶⁸⁵ Aber auch der krankheits- oder behinderungsbedingte Wunsch ist nur ausnahmsweise zu übergehen. Dies kommt dann in Betracht, wenn es die Schutzbedürftigkeit des Betreuten erfordert.⁶⁸⁶ Aus dem tatsächlich eingetretenen Nachteil des Betreuten kann nicht nachträglich auf das Vorliegen der Pflichtverletzung geschlossen werden.⁶⁸⁷ Bei der Entscheidungsfindung durch den Betreuer muss berücksichtigt werden, dass die Entwicklung des Geschehens nicht von vornherein feststeht, sondern dass lediglich eine Prognose über den Verlauf des Geschehens möglich ist.⁶⁸⁸ Werden im Rahmen der Prognose Vor- und Nachteile sowie verschiedene Handlungsalternativen gegeneinander abgewogen und trifft der Betreuer eine nachvollziehbare und plausible Entscheidung, so liegt keine Pflichtverletzung vor.⁶⁸⁹ Die Pflichtverletzung liegt also nicht darin, dass ein Schaden eingetreten ist. Nahezu jeder Unfall oder Schaden lässt sich durch Sicherungsmaßnahmen verhindern. Ein allumfassender Schutz kann jedoch im Spannungsfeld zwischen Fortbewegungsfreiheit bzw.

⁶⁸⁵ Vgl. § 4 III. 1.a.

⁶⁸⁶ Vgl. § 4 III. 2.

⁶⁸⁷ OLG Koblenz, FamRZ 2002, S. 1359, 1360.

⁶⁸⁸ Hoffmann/Klie, Kap. G II..2.3.a).

⁶⁸⁹ OLG Koblenz, FamRZ 2002, S. 1359, 1360.

Wahl des Wohnortes auf der einen Seite und dem Schutz der körperlichen Integrität und der Gesundheit auf der anderen Seite nicht gewährleistet werden.⁶⁹⁰

Eine Pflichtwidrigkeit liegt damit in einer unterlassenen Entscheidung gegen den Wunsch, wenn der Betreuer keine an den Umständen des Einzelfalls orientierte vertretbare Entscheidung getroffen hat, das zuwiderlaufende Wohl des Betreuten also eine andere Entscheidung geboten hätte.

Eine Pflichtverletzung kann aber auch darin liegen, dass der Betreuer den Betreuten nicht hinreichend überwacht hat und es so zu einem Schaden gekommen ist. Zu dem Zeitpunkt der Wunschäußerung mag möglicherweise noch keine hinreichende Gefährdung des Betreuten vorgelegen haben. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht erlegt dem Betreuer auch die Pflicht auf, zu überprüfen, ob sich aus dem Aufenthaltsort eine Gefährdung ergibt.⁶⁹¹ Diese vorgelagerte Verpflichtung gibt dem Betreuer aber nicht auf, jeder Gefährdung bereits im Ansatz entgegenzutreten.⁶⁹² Ein solches Vorgehen würde dem betreuungsrechtlichen Erforderlichkeitsprinzip widersprechen und den Betreuten zu sehr beschränken.

Erkennt der Betreuer eine sich anbahnende Gefährdungslage, so steigert sich seine Überwachungspflicht, damit ihm ein Handeln ermöglicht wird, wenn die Gefährdungslage so erheblich ist, dass ein Handeln erforderlich ist, um den Betreuten vor einer uneinsichtigen Selbstschädigung zu schützen.

Die Pflichtverletzung liegt in diesen Fällen darin, dass der Betreuer das Aufenthaltsbestimmungsrecht gegen den Wunsch des Betreuten nicht ausgeübt hat, weil er den Betreuten nicht hinreichend überwacht hat, obwohl Anhaltspunkte für eine gesteigerte Überwachungspflicht vorgelegen haben. Unabhängig von einer konkreten Gefährdungslage muss der Betreuer mit dem Aufgabenkreis Aufenthaltsbestimmungsrecht eine regelmäßige Überwachung sicherstellen.

⁶⁹⁰ OLG Koblenz, FamRZ 2002, S. 1359, 1361.

⁶⁹¹ BayObLG, FamRZ 2004, S. 977, 978.

⁶⁹² So aber BayObLG, FamRZ 2004, S. 977, 978.

Sowohl die fehlende Überwachung als auch die unterlassene Aufenthaltsbestimmung infolge fehlender Überwachung stellen Pflichtverletzungen des Betreuers dar.

bb. Verschulden

Der Betreuer muss wiederum schuldhaft im Sinne von § 276 BGB gehandelt haben.⁶⁹³ Er muss schuldhaft das Aufenthaltsbestimmungsrecht nicht ausgeübt haben. Gab es keine Anhaltspunkte für eine konkrete Gefährdung des Betreuten, so hat der Betreuer nicht schuldhaft gehandelt. Ein schuldhaftes Verhalten kann dem Betreuer nur vorgeworfen werden, wenn er, trotz des Vorliegens von konkreten Anhaltspunkten für eine Gefährdungslage, seine Pflichten verletzt. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt bestimmt sich aber nicht nur nach dem Erfahrungskreis des Betreuers. Diese bestimmt sich vielmehr auch nach dem potentiellen Gefährdungsrisiko des Betreuten, welches sich aus seiner Erkrankung oder Behinderung ergibt. Je größer und erheblicher die Gefährdungslage des Betreuten ist, desto mehr Sorgfalt muss der Betreuer bei der Erfüllung seiner Pflichten an den Tag legen.⁶⁹⁴

Liegt die Pflichtverletzung in einer mangelnden Überwachung des Betreuten, so kann das Verschulden nicht durch Arbeitsüberlastung des Betreuers und darauf basierendem Zeitmangel ausgehebelt werden.⁶⁹⁵ Kann der Betreuer die Überwachung selbst nicht sicherstellen, so muss er dafür Sorge tragen, dass eine regelmäßige Überwachung im Rahmen des Möglichen geleistet wird. Der Betreuer ist nicht verpflichtet, rund um die Uhr erreichbar zu sein. In Eilfällen kann das Vormundschaftsgericht selbst gemäß §§ 1908 i, 1846 BGB handeln.

⁶⁹³ Vgl. § 5 II 1.a.cc.

⁶⁹⁴ MünchKomm-Grundmann, § 276 Rn. 61.

⁶⁹⁵ Staudinger-Engler, § 1833 Rn. 16.

cc. Schaden

Als Schaden wegen einer unterlassenen aufenthaltsbestimmenden Maßnahme kommen sowohl Vermögensschäden als auch immaterielle Schäden in Betracht. Hinsichtlich des Vermögensschadens ist der Betreute nach §§ 249 ff. BGB so zu stellen, als wenn das schädigende Ereignis nicht passiert wäre. Als Vermögensschaden kommen etwa Behandlungskosten wegen einer erlittenen Körperverletzung⁶⁹⁶ in Betracht oder auch die Rechtsverfolgungskosten.⁶⁹⁷ Der Nichtvermögensschaden ist als billige Entschädigung in Geld nach § 253 II BGB zu ersetzen, wenn die weiteren Voraussetzungen vorliegen. Diesbezüglich kommt eine Verletzung von Körper und Gesundheit in Betracht. Eine Gesundheitsverletzung kann darin liegen, dass der Betreuer eine Behandlungsunterbringung nach § 1906 I Nr. 2 BGB unterlässt und es dadurch zu einer Chronifizierung der Erkrankung kommt.⁶⁹⁸

dd. Kausalität

Der von dem Betreuten erlittene Schaden muss kausal auf dem Unterlassen beruhen. Ein Unterlassen ist ursächlich, wenn bei einem pflichtgemäßen Handeln der Verletzungserfolg und der Schaden verhindert worden wären.⁶⁹⁹ Die Pflicht zum Handeln folgt hier grundsätzlich aus der betreuungsrechtlichen Sonderverbindung, die sich aus der Betreuerbestellung ergibt. Darüber hinaus ergibt sich aus dem Sinn und Zweck des Aufenthaltsbestimmungsrechts die Pflicht, den Betreuten vor uneinsichtigen Selbstschädigungen zu schützen.⁷⁰⁰ Um einen Zusammenhang zusammenhang annehmen zu können, muss die unterbliebene Handlung hinzugedacht und dann festgestellt werden, dass der Schaden dann nicht

⁶⁹⁶ Z.B. der Betreute hat sich auf Grund der unterlassenen Unterbringungen erhebliche Selbstverletzungen zugefügt.

⁶⁹⁷ OLG Hamm, FamRZ 2001, S. 861, 862.

⁶⁹⁸ Jurgleit-Meier, § 1833 Rn. 18.

⁶⁹⁹ Palandt-Heinrichs, Vorb v § 249 Rn. 84.

⁷⁰⁰ Vgl. § 4 II.

eingetreten wäre, wobei die bloße Wahrscheinlichkeit des Nichteintritts nicht ausreicht.⁷⁰¹

Nahezu jeder Unfall oder Schaden eines Betreuten lässt sich durch Sicherungsmaßnahmen verhindern. Ein allumfassender Schutz kann jedoch im Spannungsfeld zwischen Fortbewegungsfreiheit bzw. Wahl des Wohnortes auf der einen Seite und dem Schutz der körperlichen Integrität und der Gesundheit auf der anderen Seite nicht gewährleistet werden.⁷⁰²

Die Zurechnung wird nicht allein dadurch ausgeschlossen, dass noch weitere Ursachen zu dem Schaden geführt haben. Kausalität liegt immer dann vor, wenn die pflichtwidrig unterlassene aufenthaltsbestimmende Maßnahme den eingetretenen Schaden verhindert hätte. Ein hinzugekommenes selbstschädigendes Verhalten des Betreuten führt nicht zu einer Entlastung des Betreuers, weil es gerade seine Aufgabe ist, die Selbstschädigung des Betreuten zu verhindern.⁷⁰³ Dem Schutzzweck des § 1833 BGB entspricht es im Zusammenhang mit dem Aufenthaltsbestimmungsrecht gerade, solche Schäden zu ersetzen, die sich der Betreute selbst zufügt. Eine Kausalität kann nur dann nicht angenommen werden, wenn der Schaden auch eingetreten wäre, wenn der Betreuer pflichtgemäß gehandelt hätte.

ee. Beweislast

Die Beweislast für Pflichtverletzung, Schaden, Kausalität und Verschulden trägt der Betreute.⁷⁰⁴

Dem Betreuer ist es dennoch zu empfehlen, die geäußerten Betreutenwünsche in einem Aktenvermerk niederlegt. Die Dokumentation wird als Beweis mit den

⁷⁰¹ BGH, NJW 1975, S. 824; NJW 1984, S. 432, 434; BayObLG, NJW-RR 2000, 1032.

⁷⁰² OLG Koblenz, FamRZ 2002, S. 1359, 1361.

⁷⁰³ Vgl. § 4 III.2.

⁷⁰⁴ MünchKomm-Wagenitz, § 1833 Rn. 14; Vgl. Ausführungen zum Bereich des Einwilligungsvorbehalts in II. 2. a. ff.

Eigenschaften der Richtigkeit und Vollständigkeit anerkannt.⁷⁰⁵ Der Aktenvermerk kann hilfreich sein im Hinblick auf die Frage der Pflichtwidrigkeit und des Verschuldens des Betreuers. Gerade wenn es darum geht, die Plausibilität der Betreuerentscheidung nachzuvollziehen, wird der Aktenvermerk für die Feststellung der Pflichtwidrigkeit Wesentliches beitragen.

b. Die Haftung nach § 823 BGB

Eine Haftung wegen unterlassener Aufenthaltsbestimmung kommt zunächst nach § 823 I BGB in Betracht, wenn eine Rechtsgutsverletzung des Betreuten auf der rechtswidrigen Unterlassung beruht und ein Schaden eingetreten ist. Hinsichtlich einer unterlassenen Handlung muss zunächst grundsätzlich die Pflicht zum Handeln zur Verhütung der Rechtsgutsverletzung bestehen, deren Beachtung die Rechtsgutsverletzung verhindert hätte.⁷⁰⁶

Als verletzte Rechtsgüter kommen grundsätzlich Leben, Körper und Gesundheit des Betreuten in Betracht. Der Betreuer muss ferner eine Handlung rechtswidrig unterlassen haben. Die Rechtswidrigkeit liegt dann vor, wenn der Betreuer gegen eine Rechtspflicht zum Handeln verstoßen hat und keine Rechtfertigungsgründe greifen.⁷⁰⁷ Mit der Feststellung der Pflichtwidrigkeit liegt damit auch die Rechtswidrigkeit vor. Der Betreuer handelt schuldhaft, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig die gebotene Handlung unterlässt. Hinsichtlich Schaden, Kausalität und Beweislast ergeben sich gegenüber dem zu § 1833 BGB Erörterten⁷⁰⁸ keine Abweichungen.

Eine Haftung nach § 823 II BGB kommt bei Verletzung eines Schutzgesetzes in Betracht. Die strafrechtliche Problematik wird im folgenden Kapitel erörtert.

⁷⁰⁵ *Deinert/Lütgens/Meier*, Rn. 228; *Jurgeleit-Meier*, § 1833 Rn. 38.

⁷⁰⁶ OLG Nürnberg, NJW-RR 2004, S. 1254; *Palandt-Sprau*, § 823 Rn. 2.

⁷⁰⁷ *Palandt-Sprau*, § 823 Rn. 26.

⁷⁰⁸ Vgl. § 5 II. 2. a.

Ergibt sich eine Strafbarkeit für den Betreuer, so kommt eine Haftung nach § 823 II BGB in Betracht.

III. Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Betreuers

1. Strafbarkeit wegen Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts nach § 239 StGB

Fraglich ist, ob der Betreuer sich nach § 239 StGB wegen Freiheitsberaubung strafbar macht, wenn er pflichtwidrig einen Wunsch missachtet und der Betreute hierdurch seiner Freiheit beraubt wird. Anders als der Begriff der Freiheitsentziehung genügen für die Freiheitsberaubung des § 239 StGB auch kurzzeitige Maßnahmen, um den Tatbestand zu erfüllen,⁷⁰⁹ z.B. wird der Betreute festgehalten und kurzzeitig in seiner Wohnung eingesperrt.

§ 239 StGB schützt das Selbstbestimmungsrecht der Person über ihren Aufenthaltsort.⁷¹⁰ Es stellt sich die Frage, ob der entgegenstehende Wunsch des Betreuten eine Strafbarkeit des Betreuers begründen kann. Hat der Betreute einen bewussten, natürlichen Willen, so ist unstreitig eine Verletzung des objektiven Tatbestandes denkbar.⁷¹¹

Als Tathandlung kommt das Einsperren oder eine Freiheitsberaubung auf andere Weise in Betracht. Die Tathandlung ist ein Eingriff in die persönliche Bewegungsfreiheit, die einer Person die Möglichkeit nimmt, sich nach ihrem Willen fortzubewegen, insbesondere, einen Raum zu verlassen.⁷¹²

In der Regel wird sich der Betreuer zur Durchsetzung seiner Entscheidung der Hilfe Dritter bedienen. So wird die Unterbringung von dem Personal der Einrichtung durchgeführt. Fraglich ist insofern, worin die Tathandlung des Betreu-

⁷⁰⁹ Schönke/Schröder-Eser, § 239 Rn. 4.

⁷¹⁰ Schönke/Schröder-Eser, § 239 Rn. 1; Tröndle/Fischer, § 239 Rn. 2.

⁷¹¹ Zu Frage des aktuellen Fortbewegungswillens als Tatbestandsvoraussetzung Leipziger Komm-Träger/Schluckebier, § 239 Rn. 5ff.

⁷¹² Tröndle/Fischer, § 239 Rn. 6.

ers zu sehen ist. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht gibt dem Betreuer die Befugnis, mit rechtfertigender Wirkung für Dritte in die Rechtsgutsverletzung des Betreuten einzuwilligen.⁷¹³ Durch eine wirksame Einwilligung scheidet eine Strafbarkeit der Dritten mangels Rechtswidrigkeit aus. Der Betreuer hält deshalb das Geschehen in der Hand. So ist es denkbar, dass er sich nach den Regeln über die mittelbare Täterschaft nach § 25 I 2. Alt. StGB strafbar macht. Die Dritten wären Tatmittler, die auf Grund der Einwilligung des Betreuers rechtmäßig handelten,⁷¹⁴ sofern die erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung vorliegt (§ 1906 II BGB). Der Betreuer beginge damit die Tat durch einen Anderen im Sinne von § 25 I 2. Alt. StGB.

Der objektive Tatbestand ist somit erfüllt, wenn der Betreuer den Betreuten selbst oder durch einen Dritten daran hindert, sich nach seinem Willen fortzubewegen. Der Betreuer wird regelmäßig vorsätzlich handeln. Seine Tathandlung zielt gerade darauf ab, die Freiheit des Betreuten einzuschränken.

Die Tathandlung muss aber auch rechtswidrig sein. An der Rechtswidrigkeit soll es fehlen, wenn die Handlung in der Ausübung des Sorgerechts erfolgt.⁷¹⁵ Das Aufenthaltsbestimmungsrecht ist Teil der Personensorge über einen Volljährigen. Die Tathandlung, die zu der Freiheitsberaubung bzw. Freiheitsentziehung des Betreuten führt, erfolgt in Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts. Wird aber im Falle einer Freiheitsentziehung nach § 1906 II BGB eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung verlangt, so entfällt die Rechtswidrigkeit erst bei Vorliegen dieser Genehmigung.⁷¹⁶

⁷¹³ Vgl. oben § 4 I. 2. a.

⁷¹⁴ Sollte keine wirksame Einwilligung vorliegen bzw. liegt für den Dritten offenkundig auf der Hand, dass die Voraussetzungen für eine pflichtgemäße Einwilligung nicht vorhanden sind, kommt auch eine Täter- bzw. Mittäterschaft des Dritten in Betracht. Der Betreuer könnte dann Mittäter sein oder sich als Anstifter der Freiheitsberaubung, die der Dritte begeht, verantworten müssen.

⁷¹⁵ *LeipzigerKomm-Träger/Schluckebier*, § 239 Rn.24; *Tröndle/Fischer*, § 239 Rn. 12.

⁷¹⁶ *Lackner/Kühl*, § 239 Rn. 7; *Schumacher*, FS Stree/Wessels S. 431; *Hoffmann/Klie*, Kap. G. I. 2.; *Deinert/Lütgens/Meier* Rn. 145.

Nach der hier vertretenen Auffassung⁷¹⁷ benötigt der Betreuer für alle aufenthaltsbestimmenden Entscheidungen gegen den Willen des Betreuten eine Genehmigung. Insofern ist für den Ausschluss der Rechtswidrigkeit stets erforderlich, dass dem Betreuer das Aufenthaltsbestimmungsrecht zusteht und eine entsprechende gerichtliche Genehmigung vorliegt oder diese nachträglich eingeholt worden ist.⁷¹⁸ Die Rechtswidrigkeit würde nur dann entfallen, wenn das Vormundschaftsgericht das Vorgehen des Betreuers genehmigt. Wird die Genehmigung nicht erteilt, so handelt der Betreuer rechtswidrig.

Insofern kommt eine Strafbarkeit grundsätzlich in Betracht, wenn der Betreuer einen Wunsch pflichtwidrig nicht beachtet.

2. Strafbarkeit wegen unterlassener Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts

Es stellt sich die Frage nach einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit durch Unterlassen einer gebotenen Handlung des Betreuers. Neben den so genannten echten Unterlassungsdelikten (§§ 221, 323 c StGB) kommen ebenso unechte Unterlassungsdelikte in Betracht, wenn sich für den Betreuer eine Garantenpflicht ergibt.

Nach § 13 StGB kann eine Tat durch Unterlassen begangen werden, wenn es unterlassen wird, einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört und die Person rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt. Dieses rechtliche Einstehen bedeutet eine Garantenpflicht. Tatbestandsmerkmal aller unechten Unterlassungsdelikte ist die Stellung als Garant für die Abwehr des Schadens. Dies bedeutet das Vorhandensein bestimmter

⁷¹⁷ Vgl. § 5 I 1. b.

⁷¹⁸ § 1906 I 2 BGB.

Voraussetzungen, aus denen sich die Pflicht ergibt, gegen Rechtsgutsgefährdungen einzuschreiten.⁷¹⁹

Eine Garantenstellung folgt aus der Obhutpflicht für ein bestimmtes Rechtsgut.⁷²⁰ Dazu bedarf es einer tatsächlichen Schutzübernahme gegenüber dem Träger des gefährdeten Rechtsguts.⁷²¹ Der Täter nimmt dann die Position eines Beschützergaranten ein.

Für den Betreuer stellt sich daher die Frage, ob das Aufenthaltsbestimmungsrecht ihm eine Garantenstellung aufgibt und welche Garantenpflichten sich gegenüber dem Betreuten ergeben.

Durch das angeordnete Aufenthaltsbestimmungsrecht hat der Betreuer die Pflicht, den Betreuten vor uneinsichtigen Selbstschädigungen zu bewahren.⁷²² Damit geht eine Obhutpflicht für dessen Rechtsgüter Leben, Gesundheit und Körper einher. Durch die Übertragung der tatsächlichen Bestimmungsbefugnis wird dem Betreuer ein Rechtsinstrument gegeben, welches dem Schutz des Betreuten dienen soll, das aus tatsächlichen Geschehensabläufen resultiert. Im Rahmen dessen nimmt der Betreuer eine Garantenstellung ein, die aus der vormundschaftsgerichtlichen Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts folgt.⁷²³

Damit ist der Betreuer grundsätzlich Garant zur Verhinderung von Rechtsgutsverletzungen, die der Betreute sich selbst zufügt. Eine Garantenstellung entfällt aber, wenn die Rechtsgutsverletzung auf einer eigenverantwortlichen Schädigung des Betreuten beruht.⁷²⁴

⁷¹⁹ Schönke/Schröder-Lenckner-Eisele, § 13 Rn. 7.

⁷²⁰ Tröndle/Fischer, § 13 Rn. 5 b.

⁷²¹ Bringewat, NJW 1998, S. 944, 946.

⁷²² Vgl. § 4 II.

⁷²³ Dazu auch Tachau, BtPrax 2008, S. 195 ff; nach Roth in Erman § 1901 Rn. 26 folgt die Garantenstellung aus der Verpflichtung zum Wohl des Betreuten zu handeln.

⁷²⁴ BGH, NJW 2004, S. 1054, 1055.

Der Unterlassende muss darüber hinaus auch die Möglichkeit zur Verhinderung des Taterfolges haben.⁷²⁵ Unmögliches kann nicht verlangt werden. Gleiches gilt bei voraussehbarer Erfolglosigkeit eines Rettungsbemühens.⁷²⁶ Die Verhinderung des Taterfolges muss rechtlich sowie tatsächlich möglich gewesen sein. War z.B. eine Unterbringung notwendig, hat der Betreuer aber keine Genehmigung seitens des Vormundschaftsgerichts nach § 1906 II BGB bekommen, so kann ihm nicht zum Vorwurf gemacht werden, er habe eine Unterbringung unterlassen.

Strafbares Unterlassen kommt auch dann nicht in Betracht, wenn die Handlung die Gefahr nur verringert hätte.⁷²⁷ Die Handlung, die den Erfolg verhindert hätte, müsste dem Täter zumutbar sein. Zudem muss das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entsprechen.⁷²⁸ Generell ist eine strafrechtliche Verantwortlichkeit durch Unterlassen einer aufenthaltsbestimmenden Maßnahme daher möglich. Im Folgenden wird abstrakt dargestellt, welche Tatbestände in Betracht kommen. Eine detaillierte Prüfung kann aber ohne Besonderheiten des Einzelfalls nicht vorgenommen werden.

a. Fahrlässige Tötung durch Unterlassen, §§ 222, 13 StGB

Die Strafbarkeit kommt in Betracht, wenn der Betreute zu Tode gekommen ist und der Betreuer den Tod durch pflichtgemäßes und zumutbares Handeln hätte verhindern können. Hinsichtlich der Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung durch Unterlassen kommen zwei Fallgruppen in Betracht. Im Rahmen der einen Fallgruppe hat der Betreuer einen nicht freiverantwortlichen Suizid des Betreuten nicht verhindert. Die zweite Fallgruppe bezieht sich darauf, dass der Betreute an seinem Aufenthaltsort Gefahren ausgesetzt war, die kausal zu seinem Tod

⁷²⁵ BGHSt 4, S. 22 ff; 6 S. 57 ff.

⁷²⁶ BGH, NStZ 2000, S. 414.

⁷²⁷ Tröndle/Fischer, § 13 Rn. 14; aA SK-Rudolphi, vor § 13 Rn 16.

⁷²⁸ Tröndle/Fischer, § 13 Rn. 17.

geführt haben. Dazu gehört eine schlechte Versorgungssituation, die z.B. zum Verhungern führt. In beiden Fällen hätte der Betreute dem Wunsch des Betreuten nicht entsprechen dürfen, so kann es zu einer Strafbarkeit kommen.

Die Verwahrungsunterbringung nach § 1906 I Nr. 1 BGB dient dem Zweck, den Betreuten unterzubringen, um ihn vor einer Lebensgefahr zu schützen. Der Betreuer hat damit rechtlich eine Möglichkeit, die Gefahr des Suizids abzuwenden. Eine Unterlassungstat kommt daher grundsätzlich in Betracht. Daneben ergibt sich die Möglichkeit, eine Behandlungsunterbringung nach § 1906 I Nr. 2 BGB zu veranlassen, wenn z.B. ein ärztlicher Heileingriff zum Wohl des Betreuten erforderlich ist. Zwischen der Unterlassung der pflichtgemäßen Handlung des Betreuers und dem Tod des Betreuten muss ein kausaler Zusammenhang bestehen.

Der Betreuer muss fahrlässig handeln. Dies bedeutet, dass er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen haben muss. Das Maß der gebotenen Sorgfalt richtet sich dabei nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere muss es auf die persönliche Situation des Betreuten ankommen. Der Maßstab der von einem Betreuer zu verlangenden Sorgfalt bestimmt sich auch im Rahmen des Strafrechts nach dem Lebenskreis sowie nach der Rechts- und Geschäftserfahrung des jeweiligen Betreuers.⁷²⁹ Insofern ist aus der ex-ante Sicht zu prüfen, wie sich ein umsichtiger Betreuer mit dem Erfahrungshintergrund des Betreuers in der gleichen Situation verhalten hätte. Der Betreuer muss dabei im Rahmen des rechtlich Möglichen sicherstellen, dass eine Überwachung der Verhältnisse des Betreuten garantiert wird.⁷³⁰ Diese Überwachungspflicht steigert sich, wenn sich die Gefahrenlage zuspitzt.

⁷²⁹ So zur Haftung nach § 1833 BGB: BGH, NJW 1964, S. 199; BGH, FamRZ 2003, S. 1924 = BtPrax 2004, S. 30, 31, 1925; OLG Hamm, FamRZ 2001, S. 861; MünchKomm-Wagenitz, § 1833 Rn. 4; Jurgelcit-Meier, § 1833 Rn. 8.

⁷³⁰ LG Berlin, RuP 1987, S. 34 zum PflEGschaftsrecht.

Der Eintritt des Taterfolges muss ferner vermeidbar gewesen sein.⁷³¹ Wesentliches Grundelement der Vermeidbarkeit ist die Frage der Voraussehbarkeit. Bei der Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte der Betreuer zudem die Folgen der Unterlassung voraussehen können.⁷³² Es müssen daher konkrete Anhaltspunkte für die Begehung eines Suizids oder anderer Todesfolgen vorgelegen haben, so dass sich ein Suizid des Betreuten als wahrscheinlich darstellte und eine Unterbringung nach § 1906 I Nr. 1 BGB in Betracht kam.

Auch im Rahmen der Beurteilung der Fahrlässigkeit ist der Beurteilungsspielraum⁷³³ des Betreuers zu berücksichtigen. Hinsichtlich der Einschätzung der Gefahrenlage besteht für den Betreuer ein Beurteilungsspielraum. Der Betreuer sollte sich aber auch fachkundiger Stellen bedient haben, die sein Ergebnis stützen. Die Dokumentation der Entscheidungsfindung kann ihn ebenfalls entlasten. Hat sich der Betreuer auf fachlichen, insbesondere ärztlichen, Rat bei der Beurteilung der Gefahrenlage verlassen, so wird ein außer Acht lassen der Sorgfalt regelmäßig nicht in Betracht kommen.

Auch ist zu berücksichtigen, dass ein lückenloses Überwachen des Betreuten sich in der Regel nicht als Verpflichtung für den Betreuer darstellt. Insofern ist hinsichtlich der Prüfung der Kausalität von Unterlassung und Erfolgseintritt zu überprüfen, ob die sorgfaltsgemäße Überwachungspflicht den Erfolg verhindert hätte. Der Betreuer wird sich auch dadurch entlasten können, dass er Dritte mit der Überwachung des Betreuten beauftragt hat, z.B. einen ambulanten Pflegedienst. Der Betreuer muss dann aber wiederum die Überwachung des Dritten sicherstellen. Der Betreuer entledigt sich aber seiner Garantenpflicht nicht generell, indem er diese auf Dritte überträgt.⁷³⁴

⁷³¹ Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 15, Rn. 124, 143.

⁷³² Tröndle/Fischer, § 222 Rn. 25.

⁷³³ Vgl. § 3 I. 2.b.

⁷³⁴ Bringwat, NJW 1998, S. 944, 947 zur Delegation von Garantenpflichten im Bereich der kommunalen Jugendhilfe.

b. Fahrlässige Körperverletzung durch Unterlassen, §§ 229, 13 StGB

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit kommt in Betracht, wenn es zu einer Verletzung der körperlichen Unversehrtheit oder zu einer gesundheitlichen Schädigung gekommen ist. Eine aufenthaltsbestimmende Maßnahme ist aber nur zur Abwendung erheblicher irreversibler Schädigungen des Betreuten zulässig.⁷³⁵ Insofern wird nicht jede Gesundheitsschädigung des Betreuten eine Strafbarkeit begründen können. Die Strafbarkeit ergibt sich nur im Rahmen der Garantstellung, die aus dem Aufenthaltsbestimmungsrecht folgt. Handelt der Betreuer nicht pflichtwidrig, so entfällt eine strafrechtliche Verantwortlichkeit.

Hinsichtlich einer Verantwortlichkeit wegen fahrlässiger Körperverletzung durch Unterlassen ergeben sich keine Abweichungen zu dem unter (1) Dargestelltem, so dass eine fahrlässige Körperverletzung durch Unterlassen grundsätzlich möglich ist.

c. Aussetzung, § 221 StGB

Nach § 221 I Nr. 2 StGB macht sich strafbar, wer einen Menschen in einer hilflosen Lage im Stich lässt, obwohl er ihn in seiner Obhut hat oder ihm sonst beizustehen verpflichtet ist und ihn dadurch der Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung aussetzt. Unter Obhut ist ein bereits bestehendes Schutz- oder Betreuungsverhältnis zu verstehen.⁷³⁶ Der Täter muss der Garant dafür sein, dass die zu schützende Person nicht in Lebens- oder schwere Gesundheitsgefahr gerät⁷³⁷. Wie bereits deutlich gemacht wurde,⁷³⁸ ergibt sich aus dem Aufenthaltsbestimmungsrecht eine Garantspflicht für das Leben und die Gesundheit des Betreuten.

⁷³⁵ Siehe § 4 III. 2.

⁷³⁶ *Tröndle/Fischer*, § 221 Rn. 4.

⁷³⁷ *Schönke/Schröder-Eser*, § 221 Rn. 10.

⁷³⁸ Vgl. § 5 III. 2. a. und b.

§ 221 I Nr. 2 StGB setzt voraus, dass der Betroffene in einer hilflosen Lage im Stich gelassen wird. Hier ist nicht nur das räumliche Verlassen des Gefahrenbereichs einbezogen, sondern ebenso alle Fälle, in denen sich der Pflichtige der Beistandsleistung entzieht, obwohl er dazu in der Lage wäre.⁷³⁹ Unternimmt der Täter in der Situation der Hilflosigkeit nichts, so kommt ein Imstichlassen in Betracht.⁷⁴⁰ Folge des Imstichlassens muss eine konkrete Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung für das Opfer - den Betreuten - sein.

§ 221 StGB setzt aber auf der subjektiven Tatbestandsseite voraus, dass der Täter vorsätzlich handelt. Der Täter muss dabei zumindest in sein Bewusstsein aufgenommen haben, dass durch sein Verhalten eine bedrohliche Verschlechterung der Lage des Hilfsbedürftigen herbeigeführt wird.⁷⁴¹ Der Betreuer muss damit zur Kenntnis genommen haben, dass sein Unterlassen einer aufenthaltsbestimmenden Maßnahme zu einer Verschlechterung der Situation des Betreuten führt.

Eine Verantwortlichkeit nach § 221 I Nr. 2 StGB kann grundsätzlich in Betracht kommen, doch ergeben sich diesbezüglich keine betreuungsrechtlichen Besonderheiten. Im Gegensatz zu den fahrlässigen, unechten Unterlassungsdelikten kommt hier eine Strafbarkeit nicht durch bloßes Unterlassen der Garantenpflicht in Betracht. Hier muss vielmehr noch die Tathandlung des Imstichlassens erfolgen. Dies erfordert eine bestimmte räumliche Nähe zum Opfer. Ein Imstichlassen als Tathandlung oder Unterlassung kommt nicht durch bloßes Nichtstun in Betracht.

⁷³⁹ *Tröndle/Fischer*, § 221 Rn. 8.

⁷⁴⁰ *Schönke/Schröder-Eser*, § 221 Rn. 7.

⁷⁴¹ BGH, NStZ 1985, S. 505.

§ 6 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Untersuchungsgegenstand der Arbeit war die Pflicht des Betreuers, einem Wunsch des Betreuten im Rahmen des Einwilligungsvorbehalts und des Aufenthaltsbestimmungsrechts entsprechen zu müssen. Hintergrund der Untersuchung war dabei die Bedeutung der Selbstbestimmung des Betreuten und die Rolle der Haftung des Betreuers im Spannungsfeld zwischen Schutz und Fürsorge. Bei Einwilligungsvorbehalt und Aufenthaltsbestimmungsrecht handelt es sich um Schutzinstrumente, die dem Betreuer die Möglichkeit geben, den Betreuten vor den Folgen eigenen Handelns oder Unterlassens zu schützen, gleichzeitig aber auch die Befugnis einräumen, dem Betreuten eigenes Handeln zu ermöglichen oder dessen Handeln zu unterstützen. Durch beide Schutzinstrumente wird bzw. kann der tatsächliche Wille des Betreuten soweit zurückgedrängt werden, dass sein geäußelter Wille im Rechtsverkehr keine Wirkung erreicht.⁷⁴² Wegen dieser Folge setzen sowohl Einwilligungsvorbehalt als auch Aufenthaltsbestimmungsrecht bereits bei ihrer Anordnung durch das Vormundschaftsgericht voraus, dass sich eine Schutzbedürftigkeit nicht nur aus erheblichen Gefahren einer Schädigung des Betreuten ergibt, sondern dass diese Gefahren gerade auf der fehlenden Eigenverantwortlichkeit des Betroffenen beruhen.⁷⁴³ Einwilligungsvorbehalt und Aufenthaltsbestimmungsrecht erfüllen daher die Funktion, den Betreuten vor uneinsichtigen Selbstschädigungen zu bewahren.

Aus der Anordnung von Einwilligungsvorbehalt und Aufenthaltsbestimmungsrecht kann nicht gefolgert werden, dass die Eigenverantwortlichkeit bei dem Betroffenen für die Dauer der Betreuung stets ausgeschlossen ist. Der Betreuer hat vielmehr in jedem Einzelfall zu überprüfen, ob sich der Betreute gerade auf

⁷⁴² Für den Einwilligungsvorbehalt § 2 I. und für das Aufenthaltsbestimmungsrecht § 4 I. 2.

⁷⁴³ Für den Einwilligungsvorbehalt § 2 III. 3. b. dd. (1); für das Aufenthaltsbestimmungsrecht § 4 III. 1. a. aa.

Grund der mangelnden Eigenverantwortlichkeit selbst schädigt.⁷⁴⁴ Die Voraussetzungen, die zu der Anordnung des Schutzinstruments geführt haben, müssen jeweils im Zeitpunkt der konkreten Ausübung der Befugnis vorhanden sein, andernfalls würden Einwilligungsvorbehalt und Aufenthaltsbestimmungsrecht nicht an ihren materiellen Voraussetzungen gemessen und hätten die Wirkung eine Entmündigung des Betreuten.

Um die Selbstbestimmung des Betreuten zu wahren und herzustellen, hat der Betreuer im Rahmen des Betreuungsverhältnisses den Wünschen des Betreuten zu entsprechen, soweit diese nicht seinem Wohl zuwiderlaufen. Bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs des zuwiderlaufenden Wohls ist der Betreuer nicht frei. Das dem Wunsch zuwiderlaufende Wohl des Betreuten lässt sich nicht durch eine Vernünftigkeit- oder Verwertbarkeitskontrolle des Wunsches ermitteln, ebenso ist es nicht zulässig, den Wunsch bei allein bei einer drohenden erheblichen Selbstschädigung zu versagen⁷⁴⁵ und zwar unabhängig davon, ob die Erfüllung des Wunsches Hilfe zur Selbstschädigung ist.⁷⁴⁶

Ein Wunsch des Betreuten läuft nur dann seinem eigenen Wohl zuwider, wenn er auf krankheits- oder behinderungsbedingter mangelnder Eigenverantwortlichkeit beruht und es durch die Verwirklichung des Wunsches zu einer erheblichen Schädigung kommt. Dabei hat der Betreuer bereits nach § 1901 II, 2 BGB zu berücksichtigen, dass zum Wohl auch die Möglichkeit gehört, sein Leben im Rahmen seiner Fähigkeiten nach eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten. Bei Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs Wohl und der Anwendung der Vorschrift des § 1901 III, 1 BGB sind die Fähigkeiten des Betreuten zu berücksichtigen.⁷⁴⁷ Dazu gehört auch die Fähigkeit zum selbstbestimmten eigenverantwortlichen Entscheiden. Wer zu einer eigenverantwortlichen Ent-

⁷⁴⁴ § 2 III. 3. b .ee. und § 4 III. a. cc.

⁷⁴⁵ § 2 III. 3. b.

⁷⁴⁶ § 2 III. 3. b. aa.

⁷⁴⁷ § 2 III. 3. b. dd. (2) (a).

scheidung in der Lage ist, bestimmt sein Wohl auch im Rahmen der Betreuung selbst. Unter Berücksichtigung der Systematik und damit anderer Vorschriften des Betreuungsrechts heraus, ergibt sich das Gebot des Vorrangs der selbstbestimmten Entscheidung aus § 1896 I a BGB.⁷⁴⁸ Ferner aus den für die Anordnung des Einwilligungsvorbehalts⁷⁴⁹ und Aufenthaltsbestimmungsrecht⁷⁵⁰ entwickelten Grundsätzen. Wenn für die Anordnung einer Betreuung der Vorrang des freien Willens besteht, dann muss dies auch im Rahmen der Durchführung der Betreuung uneingeschränkt gelten. Das Gebot einer solchen Auslegung ergibt sich zudem aus dem verfassungsrechtlichen Selbstbestimmungsrecht⁷⁵¹ und dem allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 I GG.⁷⁵² Erst wenn der Wunsch nicht eigenverantwortlich ist, dürfen die Folgen des Wunsches, insbesondere eine erhebliche Selbstschädigung, in die Auslegung des zuwiderlaufenden Wohls miteinbezogen werden. Erst dann darf es eine Abwägung zwischen den mit dem Wunsch verfolgten und den dadurch beeinträchtigten Interessen des Betreuten geben. Der Betreuer hat dabei die Voraussetzungen, die die Anordnung des Schutzinstruments begründet haben, auf ihr Vorliegen zu prüfen.

Für die Nichtbeachtung eines Wunsches im Rahmen des Einwilligungsvorbehalts ist dies eine erhebliche Gefahr für die Person oder das Vermögen des Betreuten,⁷⁵³ so wie es § 1903 I BGB für die Anordnung des Einwilligungsvorbehalts vorsieht. Für die Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts wurde festgestellt, dass die Entscheidung des Betreuers in analoger Anwendung den Voraussetzungen des § 1906 I BGB entsprechen muss.⁷⁵⁴ Die Konkretisierung durch § 1906 I BGB schränkt damit die Befugnis zur Bestimmung des Aufenthalts ein.

⁷⁴⁸ § 2 III. 3. b. dd. (2) (a).

⁷⁴⁹ § 2 III.3.d.dd.(1)

⁷⁵⁰ § 4 III. 1. a. aa.

⁷⁵¹ § 2 III. 3. b. dd. (2) (b).

⁷⁵² § 2 III. 3. b. dd. (2) (c).

⁷⁵³ § 2 III. 3. b. ee.

⁷⁵⁴ § 4 III. 1. b. bb.

Jede Entscheidung des Betreuers ist zusätzlich am Maßstab des Erforderlichkeitsprinzips zu überprüfen.⁷⁵⁵ Die Entscheidung über die Berücksichtigung eines Wunsches ist daher nicht in das Belieben des Betreuers gestellt, dieser hat vielmehr die dargelegten materiellen Voraussetzungen zu prüfen.

Der Betreute hat im Rahmen des Einwilligungsvorbehalts und auch im Rahmen des Aufenthaltsbestimmungsrechts einen Anspruch auf Hilfe zur Selbstschädigung, wenn er rechtlich keine andere Möglichkeit hat, dass seinem Willen im Rechtsverkehr Geltung zukommt. Der Betreute ist im Rahmen des Einwilligungsvorbehalts grundsätzlich dadurch geschützt, dass bedeutsame Einwilligungen des Betreuers der Genehmigungspflicht durch das Vormundschaftsgericht unterliegen.⁷⁵⁶ Diese Genehmigungspflicht greift gerade dann ein, wenn der Betreuer durch die Erteilung einer Einwilligung Hilfe zur Selbstschädigung leistet. Im Rahmen des Aufenthaltsbestimmungsrechts verhält es sich etwas anders. Dort ergibt sich eine Genehmigungspflicht immer dann, wenn eine Aufenthaltsbestimmung gegen oder ohne den Willen des Betreuten vorgenommen wird, und zwar nicht nur für freiheitsentziehende Maßnahmen, sondern in analoger Anwendung von § 1906 II für alle Maßnahmen, die eine Bestimmung des Aufenthalts zur Folge haben.⁷⁵⁷ Die präventive Kontrolle durch das Vormundschaftsgericht ist dort lückenhaft, wo sich keine Genehmigungspflicht ergibt. Dies ist beim Einwilligungsvorbehalt der Fall, wenn der Betreuer keine Einwilligung zu der Erklärung des Betreuten erteilt. Für den Bereich des Aufenthaltsbestimmungsrechts ist eine Genehmigungspflicht nicht vorhanden, wenn der Betreuer im Einklang mit dem Wunsch des Betreuten eine aufenthaltsbestimmende Maßnahme unterlässt. Das Vormundschaftsgericht hat aber im Rahmen der Aufsicht die Möglichkeit, den Betreuer durch Ge- und Verbote zum pflichtgemäßen Han-

⁷⁵⁵ § 2 III. 3. b. ff. und § 4 III. 2.

⁷⁵⁶ § 2 I. 3.

⁷⁵⁷ § 5 I. 1. b.

deln zu bewegen.⁷⁵⁸ Bei der Überprüfung der Betreuerentscheidung, ob einem Wunsch zu entsprechen ist oder nicht, handelt es sich weder um eine Ermessensentscheidung noch um eine Zweckmäßigkeitentscheidung.⁷⁵⁹ Die Entscheidung des Betreuers ist daher durch das aufsichtführende Vormundschaftsgericht vollständig nachprüfbar.

Entspricht der Betreuer einem Wunsch des Betreuten pflichtwidrig nicht, so kommt im Falle des Schadenseintritts ein Haftungsanspruch nach §§ 1908 i, 1833 BGB in Betracht. Eine Pflichtverletzung liegt aber auch darin, dass der Betreuer einem Wunsch des Betreuten entspricht, der dem Wohl des Betreuten zuwiderläuft. Bei der Entscheidung über die Berücksichtigung des Wunsches des Betreuten ist dem Betreuer im Rahmen einer nachträglichen Überprüfung der Pflichtverletzung ein Beurteilungsspielraum einzuräumen.⁷⁶⁰ Im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung ist dann eine Plausibilitätsprüfung dahingehend vorzunehmen, ob der Betreuer entscheidungsrelevante Tatsachen hinreichend berücksichtigt hat. Der Betreuer sollte daher die Grundlagen seiner Entscheidungsfindung dokumentieren.

Im Hinblick auf schuldhaftes Verhalten wird der Betreuer regelmäßig durch das Vorliegen einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung entlastet. Gleiches gilt, wenn er fachkundigen Rat eingeholt hat und diesem gefolgt ist.⁷⁶¹ Die Haftung des Betreuers im Rahmen des Einwilligungsvorbehalts nach §§ 1908 i, 1833 I BGB hängt zudem von dem Vorliegen eines Schadens ab. Im Rahmen der Schadensberechnung werden wegen des Schutzzwecks des Einwilligungsvorbehalts lediglich die Nachteile der Folgen der Zustimmung miteinbezogen. Eine Vorteilsausgleichung findet nicht statt.⁷⁶² Missachtet der Betreuer die

⁷⁵⁸ § 3 I. 1. und § 5 I. 2.

⁷⁵⁹ § 3 I. 2.

⁷⁶⁰ § 3 I. 2. b.

⁷⁶¹ § 3 III. a. bb und § 5 I a. bb. und § 5 2. a. bb.

⁷⁶² § 3 III. a. dd.

Pflichten aus § 1901 III BGB, so kann sich daraus eine Strafbarkeit wegen Untreue nach § 266 StGB ergeben, wenn dem Betreuten ein Vermögensnachteil entstanden ist.⁷⁶³

Eine Haftung des Betreuers infolge der Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts kann sowohl wegen einer pflichtwidrigen Nichtbeachtung des Wunsches als auch wegen einer pflichtwidrigen Beachtung des Wunsches in Betracht kommen. Wird ein beachtlicher Wunsch des Betreuten missachtet und wird auf Grund der Entscheidung des Betreuers dem Betreuten die Freiheit entzogen, so kommt eine zivilrechtliche Haftung aus §§ 1908 i, 1833 I BGB⁷⁶⁴ und § 823 BGB⁷⁶⁵ sowie eine strafrechtliche Haftung wegen Freiheitsentziehung nach § 239 StGB in Betracht.⁷⁶⁶ Entspricht hingegen der Betreuer einem Wunsch, obwohl dieser dem Wohl des Betreuten zuwiderläuft, so kommt ebenfalls eine zivilrechtliche Haftung auf Schadensersatz und Schmerzensgeld nach §§ 1908 i, 1833 I BGB⁷⁶⁷ und § 823 BGB⁷⁶⁸ in Betracht. Darüber hinaus ist eine strafrechtliche Verantwortlichkeit wegen fahrlässiger Tötung sowie fahrlässiger Körperverletzung jeweils durch Unterlassen nach §§ 222, 13 bzw. §§ 229, 13 StGB im Falle des Eintritts des tatbestandlichen Verletzungserfolgs denkbar.⁷⁶⁹ Das zuwiderlaufende Wohl begründet insofern eine Pflicht für den Betreuer, eine aufenthaltsbestimmende Maßnahme zu treffen.

Für den Betreuten bedeuten die Ergebnisse der Untersuchung eine Verbesserung seiner Selbstbestimmung, da nach dieser Maßgabe nur ein Schutz vor uneinsichtigen Schädigungen zu erfolgen hat und damit eine wirkliche Abkehr vom Entmündigungs- und Vormundschaftsrecht erfolgt.

⁷⁶³ § 3 III. 3.

⁷⁶⁴ § 5 II. 1. a.

⁷⁶⁵ § 5 II. 1. b.

⁷⁶⁶ § 5 III. 1.

⁷⁶⁷ § 5 II. 2. a.

⁷⁶⁸ § 5 II. 2. b.

⁷⁶⁹ § 5 III. 2.

Aus unserem Verlagsprogramm:

Christian Trautmann

Die Vorsorgevollmacht im Spannungsfeld zwischen Privatautonomie und Missbrauchsschutz

Hamburg 2022 / 286 Seiten / ISBN 978-3-339-13134-8

Sabine Weingarth-Theis

Die Rechtsnatur und die Funktionen der familien- bzw. betreuungsgerichtlichen Genehmigung

Unter Berücksichtigung der sich daraus ergebenden Konsequenzen für das Familien- bzw. das Betreuungsgericht sowie für den gesetzlichen Vertreter
Hamburg 2019 / 608 Seiten / ISBN 978-3-339-11142-5

Ebru Yildirim

Die Entwicklung der betreuungsrechtlichen Institutionen

Hamburg 2019 / 270 Seiten / ISBN 978-3-339-10892-0

Jenny Streit

Patientenverfügungen Minderjähriger nach dem Dritten Betreuungsrechtsänderungsgesetz

Hamburg 2015 / 178 Seiten / ISBN 978-3-8300-8322-1

Sandra Michaela Bulling

Die zivilrechtliche Erwachsenenfürsorge des 19. Jahrhunderts

Eine historische Untersuchung zu den Vorläufern des heutigen Betreuungsrechts

Hamburg 2013 / 306 Seiten / ISBN 978-3-8300-6964-5

Claudia Steinmetz

Betreuung durch Angehörige

Hamburg 2012 / 282 Seiten / ISBN 978-3-8300-5988-2

Martin Gregel

Zwangsmaßnahmen des Betreuers

Eine fallgruppenbezogene Untersuchung ihrer Rechtfertigung

Hamburg 2009 / 410 Seiten / ISBN 978-3-8300-4613-4

Diana Brodführer

Die Regelung der Patientenverfügung

Rechtliche Kriterien und ausgewählte Regelungsvorschläge

Hamburg 2009 / 288 Seiten / ISBN 978-3-8300-4122-1

