

R. Rosenow

Von der richterlichen Wertentscheidung zur medizinischen Tatsache? Begutachtungsprobleme im Betreuungsverfahren – aus juristischer Sicht

Zu den Voraussetzungen der Betreuerbestellung gegen den erklärten Willen des Betroffenen

Der Tatbestand, der zur Bestellung eines Betreuers führt, ist komplex. Neben der Volljährigkeit fordert § 1896 I BGB zunächst, dass eine psychische Krankheit oder eine körperliche, geistige oder seelische Behinderung vorliegt. Die Betreuerbestellung setzt voraus, dass der Betroffene „seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen“ kann. Die Behinderung bzw. psychische Erkrankung muss dafür kausal sein. Negative tatbestandliche Voraussetzung ist, dass der Betroffene der Bestellung eines Betreuers nicht im Rahmen „freier“ Willensausübung widerspricht. Schließlich ist ein Betreuer nur dann zu bestellen, wenn dies erforderlich ist.

Rechtsprechung und Literatur gehen dabei durchgängig von einem Begriff von Behinderung aus, der seit Jahrzehnten obsolet ist. Behinderung wird als „Gebrechen“ [1] oder anders beschriebenes persönliches Defizit des Betroffenen verstanden. Oft wird nicht zwischen Krankheit und Behinderung differenziert [2]. Das soziale Modell von Behinderung, das in unterschiedlichen Ausdifferenzierungen seit langem international anerkannt ist [3], ist am Betreuungsrecht bislang weitgehend spurlos vorbei gegangen [4]. Eine Ausnahme bilden die

Arbeiten von *Oberloskamp*, die schon vor mehr als fünfzehn Jahren darauf hingewiesen hat, dass die Tatsachen, die die Bestellung eines Betreuers erforderlich machen, nur zum Teil medizinischer Natur sind. *Oberloskamp* hat zwar den im betreuungsrechtlichen Kontext etablierten eindimensionalen Behinderungsbegriff nicht ausdrücklich problematisiert, aber aus der gesetzlichen Beschreibung des eine Betreuung erforderlich machenden Tatbestandes die Konsequenz gezogen, dass als sachverständige Disziplin die Wissenschaft der sozialen Arbeit einzubeziehen ist [5]. Dies ist wohl noch nicht der inzidente Gebrauch eines zweidimensionalen Begriffs der Behinderung, wie § 2 SGB IX ihn vorgibt. Aber die Einbeziehung der Lebensumstände des Betroffenen in den entscheidungsrelevanten Sachverhalt reagiert auf die Erkenntnis, dass Behinderung nicht eine Eigenschaft des Betroffenen ist, sondern eine soziale Realität, die in der Interaktion des Betroffenen mit seinem Umfeld stattfindet [6].

Im betreuungsrechtlichen Zusammenhang ist hier viel aufzuarbeiten. Das ist aber nicht Gegenstand dieses Beitrages, der sich auf die Frage beschränkt, wie im Betreuungsverfahren mit Willenserklärungen des Betroffenen umzugehen ist, die der Betreuerbestellung entgegenstehen. Im Zentrum steht deshalb die Frage, welche Konsequenzen für die Sachverhaltsaufklärung sich aus der zum 1.7.2005 in Kraft getretenen Vorschrift des § 1896 I a BGB ergeben.

Die These, die hier belegt werden soll, lautet: § 1896 I a BGB ist ein untauglicher Versuch, den Streit um die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Betreuer gegen den erklärten Willen des Betroffenen zu bestellen ist, von Gesetzes

Zusammenfassung

Seit 1.7.2005 lautet § 1901 Abs. 1a BGB: „Gegen den freien Willen des Volljährigen darf ein Betreuer nicht bestellt werden“. Die Vorschrift nimmt Bezug auf § 104 Nr. 2 BGB: Wer sich in „einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit“ befindet, ist nicht geschäftsfähig. Wer sich auf Geschäftsunfähigkeit beruft, muss deren Vorliegen beweisen. Damit waren bislang Fälle *zweifelhafter* Authentizität von Willenserklärungen unproblematisch, denn ein zweifelhafter Willensmangel kann im Zivilprozess in der Regel jedenfalls nicht bewiesen werden. Deshalb ist normativ ungeklärt, wo genau die *Grenze* freier Willensbildung verläuft. Geklärt ist allenfalls, wo die *Grenze beweisbarer* Geschäftsunfähigkeit zu ziehen ist. Im Betreuungsverfahren gilt jedoch die *Offizialmaxime*: Das Gericht muss in jedem Fall, in dem ein Betroffener sich gegen eine Betreuung ausspricht, entscheiden, ob dies aufgrund freier Willensbildung geschieht. Eine Beweislastentscheidung ist nicht möglich. In der Praxis führt das dazu, dass Entscheidungen über die Frage, ob eine Willenserklärung des Betroffenen im Betreuungsverfahren als authentisch – „frei“ – akzeptiert oder als nur „natürlich“ verworfen wird, an medizinische Gutachter delegiert wird, obwohl die Medizin kein Konzept hat und auch keines haben kann, anhand dessen zwischen freiem und (nur) natürlichem Willen unterschieden werden könnte.

Denn die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Betreuer auch gegen den Willen des Betroffenen zu bestellen ist, ist eine *normative* Frage. Vermittels der Begriffe des „freien“ und „natürlichen“ Willens wird sie in die Medizin verlagert und damit einem kritischen normativen Diskurs entzogen. Die Medizin sollte sich der Auslagerung normativer Entscheidungen verweigern, indem sie ihre gutachterliche Aufgabe deskriptiv und präzise erledigt. So kann sie den Ball zurück in die Justiz spielen, denn dort und nicht beim Gutachter haben Rechtsgüterabwägungen stattzufinden. Die Justiz sollte die Medizin gar nicht erst in die Rolle des Richters drängen und ihre Gutachtaufträge auf medizinische Fragen beschränken. Die Frage, ob eine Willensäußerung frei oder bloß natürlich sei, ist selbst keine medizinische Frage, sondern muss vom Richter auf der Grundlage medizinischer Erkenntnisse entschieden werden.

Schlüsselwörter Betreuung – freie Willensbestimmung – Geschäftsunfähigkeit – Gutachten

Anschrift des Verfassers

R. Rosenow
Sozialrecht in Freiburg
RAe Fritz und Kollegen
Kartäuserstr. 59
79104 Freiburg

wegen zu entscheiden. Dieser Versuch bringt die Gefahr mit sich, dass Wertentscheidungen, für die die Rechtsprechung zuständig ist, in das Gebiet der Medizin ausgelagert und damit der demokratisch legitimierten Kontrolle durch das juristische Verfahren entzogen werden. Das kommt einer zweiten Stigmatisierung des Betroffenen gleich. Dem ist durch eine grundrechtlich reflektierte und in der Kooperation mit dem Sachverständigen kommunizierte Auslegung zu begegnen.

Von der Rechtsprechung des BayObLG zu § 1896 I a BGB

Die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen eine Betreuerbestellung gegen den Willen des Betroffenen zulässig ist, wurde bereits im Gesetzgebungsverfahren diskutiert [7]. *Jürgens* hat sich schon im zweiten Heft der BtPrax mit der Frage auseinandergesetzt, ob ein Betreuer nur dann gegen den Willen des Betroffenen bestellt werden kann, wenn dieser geschäftsunfähig ist [8]. Er kommt unter dem Titel „Betreuung wider Willen – eine Frage richterlicher Wertentscheidung“ zu dem Ergebnis, dass eine Betreuerbestellung gegen den erklärten Willen des Geschäftsfähigen grundsätzlich möglich ist. Er verzichtet dabei darauf, den Willen des Betroffenen nach unterschiedlichen Qualitäten wie „frei“ oder bloß „natürlich“ zu klassifizieren: „Vielmehr ist nach der Systematik des Gesetzes der Wille des Betroffenen bei der Betreuerbestellung angemessen zu berücksichtigen und zwar sowohl bei Geschäftsfähigen, als auch bei Geschäftsunfähigen. Dies bietet – richtig angewandt – auch hinreichend Schutz vor allzu schneller Betreuerbestellung“ [9].

Die Frage blieb jedoch bis zur bis zur Einfügung des § 1896 I a BGB zum 1.7.2005 durch das 2. BtÄndG umstritten [10]. Das BayObLG hat in diesem Streit die Lehre vom Verbot der Betreuerbestellung gegen den „freien Willen“ des Betroffenen entwickelt und damit eine exponierte Rolle gespielt.

Am 21.1.1993 entschied das BayObLG: „Eine Unterbringung zur Verhinderung einer Selbstschädigung infolge psychischer Erkrankung setzt voraus, dass der Betreute auf Grund der Krankheit seinen Willen nicht frei bestimmen

kann“ [11]. Der Begriff des „freien Willens“ ist § 104 Nr. 2 BGB – Geschäftsunfähigkeit des Volljährigen – entlehnt. Dabei nahm das Gericht auf die Regierungsbegründung zu § 1906 BGB Bezug. Hier ist klargestellt, dass von einer Unterbringung i. S. v. § 1906 BGB dann keine Rede sein könne, wenn sie mit dem Einverständnis des Betroffenen geschehe. Dabei sei „ein natürlicher Wille ausreichend, wenn eine Einsichtsfähigkeit des Betroffenen in die Maßnahme“ vorliege [12]. Ein Zusammenhang zur Entscheidung des BayObLG besteht also allenfalls entfernt.

1993 übernahm das BayObLG diese Begründungsfigur für den Anwendungsbereich des § 1903 BGB. Ein Einwilligungsvorbehalt könne nur angeordnet werden kann, wenn „der Betreute aufgrund einer psychischen Erkrankung seinen Willen nicht frei bestimmen kann“ [13]. Das Gericht stützte seine Auffassung auf eine verfassungsgerichtliche Entscheidung aus dem Jahr 1967, in der das BVerfG formulierte: „Der Staat hat aber nicht die Aufgabe, seine Bürger zu ‚bessern‘ und deshalb auch nicht das Recht, ihnen die Freiheit zu entziehen, nur um sie zu ‚bessern‘, ohne dass sie sich selbst oder andere gefährdeten, wenn sie in Freiheit blieben“ [14]. Diese Formulierungen gehören allerdings in einen ganz anderen Zusammenhang. Das BVerfG hat hier eine Vorschrift für nichtig erklärt, die *Freiheitsentzug* zum Zweck der Besserung erlaubte [15]. Am 2.7.2010 übernahm das BVerfG dann die Bezugnahme auf das Urteil vom 18.7.1967 im Zusammenhang mit dem Verbot einer Betreuerbestellung gegen den freien Willen des Betroffenen [16].

1994 entschied das BayObLG dann, dass auch die Einrichtung einer Betreuung gegen den Willen des Betroffenen voraussetzt, dass dieser seinen Willen nicht frei bestimmen kann [17]. Ausgehend von der genannten Passage der Regierungsbegründung zu § 1906 BGB und der zitierten Entscheidung des BVerfG war die Lehre von der Sperrwirkung eines entgegenstehenden freien Willens damit von der Unterbringung nach § 1906 BGB über den Einwilligungsvorbehalt nach § 1903 BGB auf die Einrichtung einer Betreuung selbst ausgedehnt worden. Allerdings hat das

BayObLG den Begriff des „freien Willens“ selbst nicht weiter präzisiert [18]. Aus seiner Sicht war das folgerichtig, denn das Gericht hat die Frage, ob ein freier Wille vorhanden ist, als Tatsachenfrage behandelt, die der Beurteilung durch die Rechtsbeschwerdeinstanz entzogen ist. In der Literatur wurde die Auffassung des BayObLG zum Teil übernommen [19]. Die Rechtsprechung blieb zurückhaltend [20].

Zum 1.7.2005 trat § 1896 I a BGB in Kraft, der lautet: „Gegen den freien Willen des Volljährigen darf ein Betreuer nicht bestellt werden.“ Die Entstehungsgeschichte von § 1896 I a BGB weist darauf hin, dass das Motiv der Kostensenkung in den Haushalten der Justizministerien jedenfalls eine maßgebliche Rolle gespielt hat [21]. Im Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe, auf dem das 2. BtÄndG basiert, wird unterstellt, die Vormundschaftsgerichte [22] ordneten in großer Zahl Betreuungen an, ohne dass die tatbestandlichen Voraussetzungen gegeben wären [23]. Zum Beleg der „konstanten Regelmäßigkeit“ fehlerhafter Rechtsprechung führt der Bericht ganze sieben Entscheidungen des BayObLG an – nicht viel für eine derart scharfe und umfassende Kritik von Seiten der Regierungen von Bund und Ländern an der Entscheidungspraxis der Tatsachengerichte [24].

Anders als das BayObLG, das von einer expliziten Bezugnahme auf die Geschäftsunfähigkeit abgesehen hatte, bezieht der Bundesrat den Begriff den freien Willens aus § 1896 I a BGB in seiner Begründung zum Gesetzesentwurf ausdrücklich auf § 104 Nr. 2 BGB: „Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu § 104 Nr. 2 BGB liegt ein Ausschluss freier Willensbestimmung vor, wenn der Wille nicht frei und unbeeinflusst von einer Geistesstörung gebildet und nach zutreffend gewonnenen Einsichten nicht gehandelt werden kann. Entscheidend ist, ob eine freie Entscheidung nach Abwägung des Für und Wider bei sachlicher Prüfung der in Betracht kommenden Gesichtspunkte möglich ist, oder von einer freien Willensbildung nicht mehr gesprochen werden kann, etwa weil infolge der Geistesstörung Einflüsse dritter Personen den Willen übermäßig beherrschen.“

Im systematischen Kontext kann eine ‚freie Willensbestimmung‘ im Sinne des § 104 Nr. 2 BGB nicht einen gänzlich anderen Sinngehalt haben, als eine freie Willensbestimmung im Sinne des § 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB. § 104 Nr. 2 BGB und § 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB umschreiben im Kern das gleiche Phänomen. Da die Geschäftsfähigkeit für die rechtsgeschäftlich ausgestalteten Teilaufgabenbereiche der Betreuung einen tauglichen Maßstab dafür liefert, wann die Rechtsordnung eine Entscheidung des Betroffenen als vollwirksam akzeptiert, müssen grundsätzlich die gleichen Erwägungen, die der Bestimmung der Geschäftsfähigkeit zu Grunde liegen, auch für die anderen Aufgabenbereiche gelten. Die beiden entscheidenden Kriterien sind daher die Einsichtsfähigkeit des Betroffenen und dessen Fähigkeit, nach dieser Einsicht zu handeln. Fehlt es an einem dieser beiden Elemente, liegt kein freier, sondern ein natürlicher Wille vor“ [25].

Die obergerichtliche Rechtsprechung zu § 1896 I a BGB hat diese Formulierungen – insbesondere die Bezugnahme auf § 104 Nr. 2 BGB und die beiden letzten Sätze – aufgegriffen [26], es aber nicht dabei belassen. Das OLG Hamm hat in einer wegweisenden Entscheidung, auf die weiter unten ausführlich eingegangen wird, als erstes Rechtsbeschwerdegericht die Frage, ob eine Willenserklärung „frei“ i. S. v. § 1896 I a BGB ist, als Rechtsfrage behandelt und begonnen, tragfähige Entscheidungskriterien zu entwickeln.

Im Folgenden wende ich mich zunächst der Transplantation des Begriffs des „freien Willens“ aus dem Konzept der Geschäftsunfähigkeit in das Konzept des Betreuungsrechts zu, um zu zeigen, dass die Rechtsprechung zur Geschäftsunfähigkeit des Volljährigen keine Hilfe leistet, wenn entschieden werden muss, unter welchen Voraussetzungen ein Betreuer gegen den Willen des Betroffenen zu bestellen ist. Im nächsten Schritt unternehme ich den Versuch, aus dem Regelungszusammenhang des § 1896 I a BGB heraus tragfähige Entscheidungskriterien zu entwickeln und vergleiche mein Ergebnis mit der Rechtsprechung der Rechtsbeschwerdegerichte. Schließlich ziehe ich Konsequenzen für die Sachverhaltsaufklärung im Betreuungsverfahren.

Der Begriff des freien Willens im Konzept der Geschäftsunfähigkeit Volljähriger

Geschäftsunfähig ist gem. § 104 Nr. 2 BGB, „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 Rechtsprechung lehnt eine relative Geschäftsunfähigkeit ab [27]. Die Möglichkeit einer partiellen Geschäftsunfähigkeit, die sich auf bestimmte Lebensbereiche beschränkt, ist dagegen grundsätzlich anerkannt [28]. Die Geschäftsunfähigkeit „ist kein medizinischer Befund, sondern eine Rechtsfolge, deren Voraussetzungen das Gericht unter kritischer Würdigung des Sachverständigengutachtens festzustellen hat“ [29].

Der Versuch, die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Betreuer gegen den Willen des Betroffenen zu bestellen ist, vermittelt der Transplantation des zentralen Begriffes des Konzepts von Geschäftsunfähigkeit in eine betreuungsrechtliche Vorschrift zu entscheiden, musste aus zwei Gründen ins Leere laufen:

Aus der Welt des Beibringungsgrundsatzes in die Welt der Officialmaxime

§ 104 Nr. 2 BGB ist zwar eine Vorschrift materiellen Rechts, deren Obersatz einen Sachverhalt beschreiben soll, der in der sozialen Wirklichkeit gegeben oder nicht gegeben sein kann. Aber für diese Beschreibung gilt in besonderer Weise, was Busse so formuliert: „Nicht der Text als solcher ist normativ, sondern das, was wir mit ihm machen“ [30]. „Was wir mit ihm machen“ hängt u.a. von dem Prozessrecht ab, in dessen Rahmen über Geschäftsunfähigkeit entschieden wird. Im Zivilprozess gilt, dass derjenige eine Tatsache beweisen muss, der eine für ihn günstige Rechtsfolge aus ihr ableitet. Das Gesetz geht mit Eintritt der Volljährigkeit von Geschäftsfähigkeit aus [31]. Damit wird Geschäftsfähigkeit von Gesetzes wegen vermutet. Wer sich auf Geschäftsunfähigkeit beruft, trägt die subjektive Beweislast für deren Vorliegen. Das bedeutet, dass ein „die freie Willensbestimmung ausschließender Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit“ von der Rechtsprechung bis zum 1.7.2005 nur festgestellt werden konnte, wenn dieser Zustand *bewiesen* wurde.

Das Problem der exakten Abgrenzung von Geschäftsfähigkeit zu Geschäftsunfähigkeit stellt sich deshalb nicht. Denn die Gerichte können unter der Ägide des Beibringungsgrundsatzes nicht in die Situation kommen, diese Grenze ziehen zu müssen. Die Abgrenzung erfolgt nicht zwischen: *geschäftsunfähig* oder *geschäftsfähig*, sondern zwischen: ein die freie Willensbestimmung ausschließender Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit ist *bewiesen* oder *nicht bewiesen*.

Fälle, in denen möglicherweise einiges für Geschäftsunfähigkeit spricht, das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen aber im Zivilprozess nicht bewiesen werden kann, werden entweder einvernehmlich gelöst oder über die Beweislast entschieden. Die zivilgerichtliche Rechtsprechung hat den „die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit“ soweit präzisiert, wie ihr das möglich war oder wie sie es für richtig befunden hat. Soweit sie das Konzept nicht präzise genug fassen kann, um es für die zivilprozessuale Beweisführung zu operationalisieren, wird derjenige, der sich auf Geschäftsunfähigkeit beruft, an der Beweislast scheitern. Eine Beweislastentscheidung ist insofern keine *materielle* Entscheidung, als das Gericht offen lässt, ob die in Rede stehenden Tatsachen vorliegen oder nicht. Im Ergebnis heißt das, dass die Rechtsprechung Geschäftsunfähigkeit i. S. v. § 104 Nr. 2 BGB erst dann anerkennt, wenn sie ein Maß erreicht, das dazu führt, dass sie aus der Bereich der Unschärfe heraustritt, denn erst dann werden ihre tatbestandlichen Voraussetzungen beweisbar.

Den Betreuungsgerichten ist dieser Weg versperrt, denn sie unterliegen der Officialmaxime. Sie können sich auch nicht auf die Lehre von der objektiven Beweislast zurückziehen, die die Verwaltungs- und Sozialgerichte für Fälle unaufklärbarer Sachverhalte entwickelt haben [32]. Im betreuungsgerichtlichen Verfahren muss in *jedem* Fall, in dem die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Bestellung eines Betreuers vorliegen, der Betroffene sich jedoch gegen eine

Betreuung ausspricht, *materiell* entschieden werden, ob diese Entscheidung von einem „freien Willen“ getragen ist oder nicht. Damit gerät ein Bereich sozialer Realität in das Rampenlicht des Gerichtsverfahrens, der bislang im Schatten des „*jedenfalls nicht bewiesen*“ lag. An dieser Stelle heißt das zunächst, dass die Rechtsprechung zu § 104 Nr. 2 BGB entgegen der Erwartung des Bundesrates nicht geeignet ist, um die Grenze zu ziehen, jenseits derer eine Betreuung gegen den erklärten Willen des Betroffenen einzurichten ist.

Kontextsensibilität des Begriffes „Freier Wille“

Der für das Konzept der Geschäftsunfähigkeit des Volljährigen zentrale Begriff der freien Willensbestimmung ist unklar. Die Rechtsprechung zeigt einerseits eine Tendenz, den Begriff als medizinischen zu interpretieren. Andererseits zeigen die Beschreibungen, durch die er gefüllt wird, deutliche Spuren normativer Überlegungen. Der Begriff ist also schon in Bezug auf seine disziplinäre Zuordnung mehrdeutig. Die gängige und vom BGH immer wieder verwendete Formulierung „*seine Entscheidung von vernünftigen Erwägungen abhängig machen*“ [33] zeigt, wie unscharf das Konzept der Geschäftsunfähigkeit im Rahmen der Anwendung von § 104 Nr. 2 BGB hinsichtlich seiner normativen Seite ist [34]. Was noch als „vernünftige Erwägung“ gilt, ist in hohem Maße vom kulturellen Kontext abhängig. Das Konzept der Geschäftsunfähigkeit muss hingegen gegen gesellschaftliche und kulturell vermittelte Werturteile möglichst abgeschotet werden, weil abweichende Einstellungen dem Schutz des Art. 2 GG unterliegen und deshalb nicht als Resultat „unfreier Willensbestimmung“ zu denunzieren sind. Bei dieser Unschärfe musste es im Rahmen der Anwendung im Zivilprozess aus den oben dargelegten Gründen bleiben.

Mit diesem Befund ist weder Kritik an der Norm, noch an der Rechtsprechung zu § 104 Nr. 2 BGB verbunden. Am Beispiel des Begriffes der freien Willensbestimmung tritt nur die normative Schwäche gesetzlicher Vorschriften deutlich zutage [35]. Rechtsbegriffe haben

nicht an und für sich eine feste Bedeutung, die sie aus einem Kontext unbeschadet in einen anderen tragen könnten. Der Versuch, die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Betreuer gegen den erklärten Willen des Betroffenen zu bestellen ist, durch Transplantation des Begriffes des freien Willens aus § 104 Nr. 2 BGB in § 1896 BGB zu entscheiden, konnte deshalb nicht zum Erfolg führen. Denn ein Begriff wie der des freien Willens wird von der Rechtsprechung nicht aus seinem Kontext gelöst und in abstrakter Reinheit zu „Entscheidungsnormen“ [36] weiterentwickelt. Sondern: Die Rechtsprechung erarbeitet aus dem Konzept der Geschäftsunfähigkeit konkrete Entscheidungen – Urteile, Beschlüsse usw. – sind normativ. Nur sie greifen in die soziale Realität ein und wirken so konkret normsetzend.

Im so verstandenen Prozess der „Entscheidungsarbeit“ [37] ist es in Bezug auf den Begriff der „freien Willensbestimmung“ zum einen gar nicht zu einer im Kontext des Betreuungsrechtes operationalisierbaren Präzisierung des Begriffes gekommen. Zum Zweiten basiert der Versuch, den Begriff für die Frage nach der Betreuerbestellung gegen den Willen des Betroffenen fruchtbar zu machen, auf der unzutreffenden Annahme, der Begriff fungiere als Gefäß eines Inhaltes, der durch Mitnahme des Gefäßes andernorts verwendet werden könnte. Aber: „*Im Grund genommen gibt es also gar keine in sich vagen oder mehrdeutigen Ausdrücke, damit übrigens auch keine in sich bestimmten: ‚Wortbedeutungen sind weder wohlbestimmt noch vage: sie sind schlechtbestimmt,‘ und zwar ohne jeden pejorativen Beiklang. Das Problem der Vagheit und Mehrdeutigkeit stellt sich nur dort, wo man Ausdrücke von jeglichem Kontext und jeder Verwendungssituation isoliert betrachtet, also in einer kommunikativ völlig lebensfremden Lage*“ [38].

Mit anderen Worten: Die Bedeutung von Rechtsbegriffen ist kontextsensibel. „Freie Willensbestimmung“ im Kontext des Konzeptes der Geschäftsunfähigkeit ist schon aus prozessualen, aber auch aus materiellen Gründen etwas anderes als „freie Willensbestimmung“ oder „freier Wille“ im Kontext des Betreu-

ungsrechtes. Auf die prozessualen Unterschiede wurde oben schon eingegangen. Die materiellen sind noch gravierender: § 104 Nr. 2 BGB soll den Geschäftsunfähigen schützen. Die Schutzfunktion von § 104 Nr. 2 BGB steht im Konflikt mit dem Bestreben, Verlässlichkeit im Rechtsverkehr zu erzeugen. Die Abwägung von Schutz gegen Rechtssicherheit setzt dem Konzept der Geschäftsunfähigkeit Grenzen und führte z. B. dazu, dass die Annahme einer relativen Geschäftsunfähigkeit verworfen wurde [39]. Die partielle Geschäftsunfähigkeit wird zwar zugelassen, hat aber Ausnahmecharakter behalten [40].

Im Betreuungsrecht besteht dieses Problem nicht. Wie § 104 Nr. 2 BGB dient die rechtliche Betreuung dem Schutz des Betroffenen. Aber die Bestellung eines Betreuers gegen den Willen des Betroffenen schafft für den Rechtsverkehr weder generell weitere Sicherheit, noch generiert sie generell zusätzliche Unsicherheiten. Der Rechtsgüterkonflikt besteht sozusagen „in die andere Richtung“: Die Schutzfunktion der rechtlichen Betreuung steht im Konflikt mit dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen. Während die Judikatur zu § 104 Nr. 2 BGB im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs dazu tendiert, Willenserklärungen ihre Authentizität entweder für alle Bereiche oder gar nicht abzuerkennen, muss im betreuungsrechtlichen Kontext im Interesse der Autonomie des Betroffenen gerade umgekehrt gelten, dass Willenserklärungen so weit als möglich als wirksam anerkannt werden.

Der Annahme der Beeinträchtigung der freien Willensbestimmung nur hinsichtlich eines Lebensbereiches (partiell) oder der Reichweite (relativ), die im Kontext von § 104 Nr. 2 BGB ein seltener Ausnahmefall oder gänzlich unzulässig ist, muss deshalb unter § 1896 I a BGB zum Regelfall werden [41].

Bereits die hier angerissenen Unterschiede der Regelungskontexte zeigen, dass der Gehalt des Begriffes „freie Willensbestimmung“ bzw. „freier Wille“ sich durch die Transplantation verändert: Es ist – zum Beispiel – etwas anderes, ob die Willenserklärungen einer Person im Bereich der Vermögensangelegenheiten insgesamt nicht auf „ver-

nünftigen Erwägungen“ beruhen, oder ob das nur für die Willenserklärung in Bezug auf die Bestellung eines Betreuers für den Aufgabenkreis „Verwaltung des Mietobjektes des Betroffenen“ gilt. Die Formel aus der Gesetzesbegründung des Bundesrates – die Einsichtsfähigkeit des Betroffenen und dessen Fähigkeit, nach dieser Einsicht zu handeln – hilft nicht weiter: Wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Betreuerbestellung vorliegen, dann ist die Betreuung im wohlverstandenen Interesse des Betroffenen erforderlich. Die Erforderlichkeit ist ja gerade Teil der tatbestandlichen Voraussetzungen. Wenn der Betroffene sich dennoch gegen eine Betreuung ausspricht, dann kann das aus der Perspektive des Gerichtes – das die Erforderlichkeit der Betreuung ja bereits festgestellt hat, wenn die Frage nach § 1896 I a BGB entscheidungsrelevant wird – nur zwei Gründe haben: Entweder der Betroffene sieht die Notwendigkeit der Betreuung nicht ein, oder er ist nicht in der Lage, nach dieser Einsicht zu handeln. Eine solche Auslegung ist aber mit der Vorschrift kaum in Einklang zu bringen, denn sie soll gerade klarstellen, dass eben nicht in jedem Fall – möglicherweise sogar nur im Ausnahmefall – gegen den Willen des Betroffenen ein Betreuer bestellt werden darf. Die von der Rechtsprechung überwiegend übernommene und mit der Bezugnahme auf § 104 Nr. 2 BGB begründete Formel von der Einsichtsfähigkeit und der Fähigkeit, nach dieser Einsicht zu handeln, ist damit nutzlos. Sie belegt, dass der dem Konzept der Geschäftsunfähigkeit entlehnte Begriff der „freien Willensbestimmung“ im betreuungsrechtlichen Kontext „blind“ ist: Er kann die soziale Realität, die entscheidungsrelevant ist, nicht genau genug abbilden, um einen Tatbestand für die gerichtliche Entscheidungspraxis hinreichend genau zu erfassen.

Insofern – aber eben *nur* insofern – ist richtig, dass § 1896 I a BGB lediglich „klargestellt“ [42] habe, was vor dem 1.7.2005 auch schon galt. Die Vorstellung, dass man nun in Fällen eines entgegenstehenden Willens des Betroffenen in einem zweistufigen Verfahren [43] zunächst dessen Geschäftsfähigkeit zu prüfen habe und im zweiten Schritt im Fall von Geschäftsunfähig-

keit eine Betreuerbestellung nur dann in Betracht komme, wenn der Betroffene sich „mit seinen Wünschen in einer Weise schädigt, die die Rechtsordnung ihm nicht zugesteht“ [44], verkennt, dass das Konzept des § 104 Nr. 2 BGB der Natur der Sache nach nicht in den Kontext der rechtlichen Betreuung transplantiert werden kann, ohne dass die Bedeutung der begrifflichen Bestandteile des Konzeptes sich so stark wandelt, dass die Judikatur zur Geschäftsunfähigkeit ihre Anwendbarkeit nahezu vollständig einbüßt. Das Ziel, Betreuerbestellungen zu verhindern, die in illegitimer Weise in die Autonomie des Betroffenen eingreifen, wird so verfehlt. Allerdings ist die Behauptung, dass es in großer Zahl zu solchen Betreuerbestellungen komme, zwar an prominenter Stelle vorgetragen [45], aber bis heute nicht belegt worden.

Man könnte § 1896 I a BGB nun als eine Vorschrift abtun, die die Funktion, die ihr zugedacht ist, zwar nicht erfüllt, die aber auch nicht schadet – wenn sie nicht die Gefahr heraufbeschwören würde, dass eine Entscheidung, die auf einer *transparenten Rechtsgüterabwägung* basieren muss, an die Medizin delegiert und so der rechtsstaatlichen Kontrolle entzogen wird.

Kriterien zur Entscheidung über die Betreuerbestellung gegen den Willen des Betroffenen

Rechtsgüterabwägung

Die beiden nach Auffassung des Bundesrates „entscheidenden Kriterien“ zur Bestimmung des freien Willens i.S.v. § 1896 I a BGB sind zwar viel zu allgemein formuliert, um operationalisierbar zu sein, aber sie verweisen auf die entscheidende Kategorie: das Risiko der Selbstschädigung. Ins Rechtliche übersetzt bedeutet das: Das Risiko der Beeinträchtigung anderer Rechtsgüter wie z. B. des Rechts auf Gesundheit.

Die betreuungsrechtliche Debatte um das Problem der Betreuerbestellung gegen den Willen des Betroffenen neigt zu einer Verabsolutierung eines eng ausgelegten Selbstbestimmungsrechtes [46]. Damit wird das Recht aus Art. 2 GG verkürzt rezipiert. Die Grundrechte aus Art. 2 GG beschränken sich aber nicht auf das Recht auf (unmittelbare)

Selbstbestimmung. Die gesetzliche Formulierung garantiert vielmehr das Recht auf die „freie Entfaltung der Persönlichkeit“ und – auch das spielt hier eine Rolle – das Recht auf „Leben und körperliche Unversehrtheit“.

Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit geht weit über das Recht auf unmittelbare Selbstbestimmung hinaus. Wenn etwa ein psychisch Kranker in seinem gewohnten Lebensumfeld wohnen will, das aber nicht ohne Hilfe kann, dann ist dieser Wunsch ungeachtet seiner Hilfebedürftigkeit durch Art. 2 GG geschützt. Das gilt auch dann, wenn er die notwendigen Hilfen selbst nicht akquirieren und organisieren kann, die erforderliche Bestellung eines Betreuers aber ablehnt. Daraus folgt keineswegs, dass in einem solchen Fall stets ein Betreuer zu bestellen wäre. Daraus folgt aber, dass hier eine *Rechtsgüterabwägung* stattzufinden hat. Diese hat nicht nur die ablehnende Haltung des Betroffenen gegenüber der Betreuung zu respektieren, sondern in gleicher Weise seine Wünsche und seine diesbezügliche Hilfebedürftigkeit. Der Konflikt zwischen dem Wunsch auf möglichst selbstbestimmte Lebensführung in der eigenen Wohnung einerseits und der ablehnenden Haltung gegenüber dem Institut der Betreuung muss entschieden werden. Gerade aus grundrechtlicher Perspektive ist es nicht damit getan, den Betroffenen mit Verweis auf seine Entscheidung gegen die Unterstützung durch einen Betreuer seinem Schicksal zu überlassen.

Ebenso einseitig wie Art. 2 GG wird im betreuungsrechtlichen Kontext Art. 12 UN-BRK (gleiche Anerkennung vor dem Recht) rezipiert [47]. Die Betreuung ist aber nicht nur das Rechtsinstitut, das mit Art. 12 UN-BRK in Konflikt geraten kann [48], sondern auch das Institut, das entscheidend dazu beitragen kann, dass Menschen mit Behinderungen in den Genuss anderer Rechte kommen, die die BRK betont. Exemplarisch möchte ich hier vier Vorschriften nennen:

- Art. 19: „das gleiche Recht aller Menschen mit Behinderungen, mit gleichen Wahlmöglichkeiten wie andere Menschen in der Gemeinschaft zu leben“
- Art. 25: „das Recht auf das erreichbare Höchstmaß an Gesundheit ohne

Diskriminierung aufgrund von Behinderung“

- Art. 26: „Die Vertragsstaaten treffen wirksame und geeignete Maßnahmen, einschließlich durch die Unterstützung durch andere Menschen mit Behinderungen, um Menschen mit Behinderungen in die Lage zu versetzen, ein Höchstmaß an Unabhängigkeit, umfassende körperliche, geistige, soziale und berufliche Fähigkeiten sowie die volle Einbeziehung in alle Aspekte des Lebens und die volle Teilhabe an allen Aspekten des Lebens zu erreichen und zu bewahren.“
- Art. 28: „Die Vertragsstaaten anerkennen das Recht von Menschen mit Behinderungen auf einen angemessenen Lebensstandard für sich selbst und ihre Familien.“

Die Realisierung grundrechtlich geschützter Interessen ist das Alltagsgeschäft rechtlicher Betreuer: von der Gesundheit bis zur Existenzsicherung, von der unabhängigen Lebensführung bis zur Realisierung der Wunsch- und Wahlrechte des Rehabilitationsrechtes [49]. Dem steht der Eingriffscharakter der gesetzlichen Vertretung gegenüber.

Diese Ambivalenz der rechtlichen Betreuung muss dazu führen, dass die Frage, ob ein Betreuer gegen den Willen des Betroffenen bestellt wird, immer unter Abwägung des Eingriffs, der in der Betreuerbestellung liegt, gegen den Schaden, den der Betroffene ohne Betreuerbestellung zu erleiden droht, getroffen wird. Der Rekurs auf den Begriff der freien Willensbestimmung aus § 104 Nr. 2 BGB erweist sich dabei als nutzlos, weil allenfalls eine Grenze zwischen der bewiesenen und nicht der bewiesenen „die freie Willensbestimmung ausschließenden krankhaften Störung der Geistestätigkeit“, nicht aber die Grenze zwischen „freier“ und bloß „natürlicher“ Willensausübung bestimmt werden kann.

Die Medizin verfügt zwar über Konzepte von Krankheit, die den in seiner Diktion überholten Begriff der „krankhaften Störung der Geistestätigkeit“ ausfüllen können, nicht aber über ein Konzept „freier Willensbestimmung“ [50]. Die Rechtswissenschaft vermag es ebenso wenig, den Begriff des freien Willens

soweit zu substantiieren, dass der Begriff in einem betreuungsrechtlichen Verfahren, das Beweislastentscheidungen nicht zulässt, operationalisierbar würde. Den Schwierigkeiten, die die „Konkretisierung“ [51] der Vorgabe des § 1896 I a BGB bereitet, kann nur durch eine grundrechtlich reflektierte Rechtsgüterabwägung begegnet werden. *Jürgens* hat das schon 1992 treffend „richterliche Wertentscheidung“ genannt.

Wie in anderen Fällen von Eingriffen in grundgesetzlich geschützte Rechte kommt dabei dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besondere Bedeutung zu. Was das bedeutet, hat das BVerfG für das verwandte Problem der Zwangsbehandlung im Beschluss vom 23.3.2011 [52] durchdekliniert. Für die Frage der Betreuerbestellung gegen den Willen des Betroffenen „übersetzt“ ergibt sich daraus ergänzend zur Rechtsgüterabwägung:

- Die Bestellung eines Betreuers gegen den Willen des Betroffenen kann nur dann zulässig sein, wenn angenommen werden kann, dass die Tätigkeit des Betreuers tatsächlich geeignet ist, Schaden von dem Betroffenen abzuwenden oder seine Lebenslage in Bezug auf grundrechtlich relevante Aspekte signifikant zu verbessern [53]. Ob diese Voraussetzung vorliegt, ist eine *tatsächliche* Frage.
- Die Betreuerbestellung ist nur zulässig, wenn kein „milderes Mittel“ Erfolg verspricht. Das ergibt sich ohnehin aus dem Erforderlichkeitsgrundsatz aus § 1896 II BGB, ist aber in Fällen entgegenstehenden Willens des Betroffenen besonders streng zu prüfen. Das bedeutet zum Ersten, dass andere Hilfen – etwa die Eingliederungshilfe nach dem 6. Kapitel des SGB XII [54] oder Soziotherapie – ungeeignet sein müssen. Zum Zweiten heißt das, dass nicht anders als im Fall einer Zwangsbehandlung „der ernsthafte, mit dem nötigen Zeitaufwand und ohne Ausübung unzulässigen Drucks unternommene Versuch“ voranzugehen hat, eine „auf Vertrauen gegründete Zustimmung“ [55] des Betroffenen zu erreichen. Auch dies ist eine *tatsächliche* Frage.
- Der Aufgabenkreis ist so eng als möglich zu fassen [56].

Leider ist wenig darüber bekannt, wie die Tatsachengerichte in Fällen erforderlicher Betreuungen bei entgegenstehendem Willen des Betroffenen mit der Maßgabe des § 1896 I a BGB in der Praxis verfahren, weil nur veröffentlichte Rechtsprechung der Rechtsbeschwerdegerichte vorliegt [57]. Es ist möglich, dass Betreuungsgerichte das Verfahren kurzerhand einstellen, wenn der Betroffene sich gegen die Bestellung eines Betreuers ausspricht, ohne die erforderliche Rechtsgüterabwägung vorzunehmen. Das wäre fatal, denn es könnte in vielen Fällen dazu führen, dass erforderliche Hilfen viel zu lange nicht gewährt werden – mit katastrophalen Folgen für die Betroffenen.

Es ist auch möglich, dass pragmatisch unter dem Gesichtspunkt entschieden wird, was dem Betroffenen hilft, ohne philosophische Debatten über die Freiheit des Willens im Allgemeinen und im Besonderen zu führen. Ein solcher Pragmatismus wäre nicht nur zu begrüßen, sondern träge auch den Regelungsgehalt des § 1896 I BGB, wenn er grundrechtlich reflektiert ist – das heißt, auf einer inzidenten Abwägung *aller* grundrechtlich geschützten Interessen des Betroffenen beruht.

Obergerichtliche Rechtsprechung zu § 1896 I a BGB

Sechs Jahre nach Inkrafttreten des 2. BtÄndG liegen erste obergerichtliche Entscheidungen zu § 1896 I a BGB vor. Durch die Einführung des FamFG zum 1.9.2009 ging die Zuständigkeit für die Rechtsbeschwerde von den OLGs auf den BGH über [58].

Das OLG Köln hob am 21.11.2005 eine Entscheidung des LG Köln auf. Der Sachverständige hatte in seinem Gutachten darauf hingewiesen, dass es ihm wegen der weitgehenden Sprachlosigkeit des Betroffenen nicht gelungen sei, sich einen umfassenden Eindruck über dessen kognitive Fähigkeiten zu machen. Die vorliegenden gutachterlichen Stellungnahmen fassten sowohl Autismus, als auch eine schizophrene Psychose als mögliche Diagnosen ins Auge, jedoch ohne sich festzulegen. Damit war nach Auffassung des OLG nicht einmal ausreichend geklärt, ob überhaupt eine

Krankheit oder Behinderung iSd § 1896 I BGB vorlag [59].

In einer Entscheidung vom 25.1.2006 hob das OLG Köln einen Beschluss des LG Bonn auf, weil keine „ausreichenden Tatsachen dargelegt“ waren, „aus denen auf eine unfreie Willensbildung des Betroffenen geschlossen werden kann“. Das Landgericht habe den Sachverständigen zur Frage der freien Willensbildung nicht befragt. Die Ausführungen des Sachverständigen, nach denen der Betroffene sich dergestalt ambivalent verhalte, dass er einerseits die Hilfen des Betreuers in Anspruch nehme, andererseits aber dessen Bestellung ablehne, reichten für die Annahme unfreier Willensbildung nicht aus [60].

Das Brandenburgische OLG hat die Bestellung eines Betreuers gegen den Willen des Betroffenen am 16.1.2007 bestätigt. Die Sachverständigen hätten in der Anhörung ausgeführt, dass „die Beschwerdeführerin die Notwendigkeit der Betreuung krankheitsbedingt nicht einsehen“ könne und „jeder Betreuer in ihr Wahnsystem eingebaut“ werde. Im Zusammenhang mit den eigenen Wahrnehmungen des LG seien diese Ausführungen geeignet, um „von einem den freien Willen ausschließenden Zustand“ auszugehen [61].

Das OLG Hamm hat sich in einer Entscheidung vom 5.8.2008 ausführlicher mit den Kriterien, nach denen die Rechtsfrage des § 1896 I a BGB zu entscheiden ist, auseinandergesetzt. Das LG hatte eine durch die erste Instanz eingerichtete Betreuung im Beschwerdeverfahren aufgehoben. Diesen Beschluss hob das OLG im Rechtsbeschwerdeverfahren auf. Das OLG führt aus: „Das Vorliegen einer psychischen Erkrankung ist nach den Feststellungen des Landgerichts ebenso zu bejahen, wie ein Ausschluss der freien Willensbestimmung jedenfalls für die Bereiche, die die Wohnsituation des Beteiligten zu 1) auf seinem Grundstück betreffen. Ob die Beeinträchtigung des Betroffenen über diese Bereiche hinausgreift, ist derzeit unklar und bedarf der weiteren Aufklärung. Es geht dabei weniger um die medizinische Beurteilung der Krankheitsfolgen als vielmehr um die eher rein tatsächliche Frage, inwieweit die krankheitsbedingte Sammelleidenschaft auch zu selbstschä-

digenden Fehlreaktionen des Betroffenen in angrenzenden Sachbereichen führt, etwa in finanziellen Angelegenheiten oder dem Behördenverkehr“ [62].

Diese Entscheidung ist aus drei Gründen bemerkenswert: Zum Ersten kommt sie auf Grundlage der tatrichterlichen Feststellungen zu einem anderen Ergebnis als das Landgericht. Damit behandelt das OLG Hamm die Frage, ob eine Willenserklärung „frei“ i. S. v. § 1896 I a BGB ist, als *Rechtsfrage*, die es als Rechtsbeschwerdegericht abweichend von der Tatsacheninstanz und auf Grundlage von dessen Sachverhaltsaufklärung entscheiden kann, ohne einen Verfahrensfehler (mangelnde Ermittlung) zu inkriminieren. Das BayObLG ist dagegen zwar in einer Entscheidung so weit gegangen, den Ausschluss „freier Willensbestimmung“, zu dem die Tatsachengerichte sich nicht geäußert hatten, selbst und auf Grundlage der tatrichterlichen Ermittlungen festzustellen [63]. Es hat damit aus seiner Sicht aber lediglich eine Subsumption nachgeholt, die anhand des ermittelten Sachverhalts möglich war – nicht hingegen die Frage, ob der eine Willenserklärung „frei“ sei, aus Rechtsgründen entschieden. Das OLG Hamm dagegen hat genau das getan. Die Zurückverweisung an das LG durch das OLG ist damit begründet, dass *weiterer* Aufklärungsbedarf bestehe, der über die durch das Rechtsbeschwerdegericht entschiedene Frage hinausgeht.

Zum Zweiten bezieht das OLG Hamm das Konzept des Ausschlusses der freien Willensbestimmung in einer Weise eng auf bestimmte Lebenssachverhalte, die im Regelungszusammenhang des § 104 Nr. 2 BGB kaum denkbar wäre. Schließlich setzt das Gericht das Betreuungserfordernis ausdrücklich in Bezug zur Gefahr der Selbstschädigung: „Das primäre Ziel einer Betreuung in dem genannten Bereich [ist...] die Verhinderung einer gesundheitlichen und wirtschaftlichen Selbstschädigung des Betroffenen. Das Bewirken einer Verhaltensänderung bei dem Betroffenen ist hierfür zwar wünschenswert, aber nicht zwingend erforderlich. Vielmehr ist ein Betreuer aufgrund seiner gesetzlichen Vertretungsmacht grundsätzlich in der Lage, auch ohne die aktive Mitwirkung des Betroffenen geeignete Maßnah-

men zur Verbesserung der Wohnsituation durchzusetzen.“

Das Gericht bezieht zwar die Gefahr der Selbstschädigung nicht direkt auf das Konzept des freien Willens i. S. v. § 1896 I a BGB. Da aber für die Bestellung eines Betreuers gegen den Willen des Betroffenen „entscheidend ist [...], ob der Betroffene die Einsicht in den Grund, die Bedeutung und Tragweite einer Betreuung entwickeln [...] und im Weiteren auch *entsprechend dieser Einsicht handeln kann*“ [64], ist letztlich dann – und nur dann – von unfreiem Willen auszugehen, wenn ohne Betreuerbestellung Selbstschädigung relevanten Ausmaßes droht. Damit reduziert sich das Konzept des „freien Willens“ im Betreuungsrecht auf die Entscheidung, ob der mit Betreuerbestellung verbundenen Eingriff in die Privatautonomie oder die ohne die Hilfe durch einen Betreuer drohende Selbstschädigung überwiegt.

Der seit dem 1.9.2009 als Rechtsbeschwerdeinstanz fungierende BGH gibt in seiner Entscheidung vom 9.2.2011 ausführlich die oben zitierte Passage der Begründung des Bundesrates [65] und daneben eine Formulierung des OLG Hamm wieder [66]. Der Gedanke der Rechtsgüterabwägung wird auch hier, wenngleich nur sehr allgemein, formuliert: „Ebenso hat der Gesetzgeber darauf hingewiesen, dass jeder das Recht habe, sein Leben nach seinen Vorstellungen zu gestalten, soweit nicht Rechte Dritter oder andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtsgüter betroffen sind“ [67].

Weitere Entscheidungen der Obergerichte werden hier nicht genannt, weil sich aus ihnen nichts über den wiedergegebenen Befund hinaus gehendes ergibt. Die Obergerichte verzichten auf eine kritische Reflexion der Transplantation des Begriffs des freien Willens in das Betreuungsrecht. Sie haben die Unmöglichkeit der exakten Abgrenzung eines freien von einem bloß natürlichen Willen bislang nicht expressis verbis thematisiert. Insofern sie dazu tendieren, den Begriff als medizinischen zu verwenden, bestehen sie darauf, dass es nicht genügt, wenn der Gutachter lediglich mitteilt, der Wille sei frei oder nicht frei. Vielmehr muss das Gutachten erkennen lassen, woraus der Gutachter seine Schlüsse zieht [68].

Gerichte und Literatur gehen dabei aber nicht so weit, die Frage nach der Qualifikation einer Willensäußerung als frei oder unfrei *expressis verbis* als die normative Frage zu identifizieren, die sie jedenfalls im Geltungsbereich des § 1896 BGB ist. Die Entscheidung des OLG Hamm kann als erster Beleg dafür gelten, dass die Eigenlogik des Regelungszusammenhangs dazu führt, dass die Abwägung grundrechtlich geschützter Interessen ins Zentrum der Begründungszusammenhangs gerät, sobald ein Gericht den Versuch unternimmt, die Entscheidung, ob der Wille frei oder unfrei i. S. v. § 1896 I a BGB sei, substantiiert zu begründen, anstatt sich darauf zu beschränken, die allgemeinen Formulierungen aus der oben zitierten Bundestagsdrucksache zu repetieren.

Konsequenzen für die Interaktion von Betreuungsgerichten und Sachverständigen

§ 1896 I a BGB ist so auszulegen, dass über die Frage, ob eine erforderliche Betreuung gegen den erklärten Willen des Betroffenen eingerichtet wird, anhand einer Rechtsgüterabwägung zu entscheiden ist. Wenn die Gefahr der Selbstschädigung – sei es durch ein Tun oder durch ein Unterlassen –, die dem Betroffenen ohne die Unterstützung durch das Rechtsinstitut der Betreuung droht, schwerer wiegt als der mit der Betreuung verbundene Eingriff in die Privatautonomie, ist sein Wille in Bezug auf die Erklärung, mit der er sich gegen die Betreuerbestellung ausspricht, als nicht „frei“ iSv § 1896 I a BGB (und auch *nur* in diesem Sinne) zu klassifizieren. Dabei ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach Maßgabe der oben zitierten Entscheidung des BVerfG zu berücksichtigen.

Daraus ergeben sich Konsequenzen für die Sachverhaltsaufklärung im durch die *Offizialmaxime* determinierten Betreuungsverfahren:

a) Es ist Aufgabe des Gerichtes, die Begriffe, auf deren Grundlage es seine Entscheidung trifft, einer disziplinären Zuordnung zu unterziehen und diese Zuordnung transparent zu machen. Der Gutachtenauftrag an einen medizinischen Sachverständi-

gen soll sich auf Fragen beschränken, die die Medizin als Disziplin beantworten kann.

- b) Um die erforderliche Rechtsgüterabwägung treffen zu können, muss das Gericht wissen, welche Selbstschädigungsrisiken bestehen. Das ist eine tatsächliche Frage, die jedenfalls in vielen Fällen überwiegend in das Gebiet der Medizin fällt und daher vom Sachverständigen gem. § 280 FamFG zu beantworten ist.
- c) Das Gericht muss prüfen, ob die Bestellung eines Betreuers tatsächlich das geeignete Mittel ist, um das Risiko der Selbstschädigung wirksam zu mindern. Auch das ist eine tatsächliche Frage, zu deren Beantwortung der medizinische Sachverständige jedenfalls Entscheidendes beitragen kann.
- d) Das Gericht muss prüfen, ob mildere Mittel als die Betreuung zu Verfügung stehen, um das Risiko der Selbstschädigung wirksam zu mindern. Dabei genügt es aber nicht, dass *de jure* ein sozialrechtlicher Anspruch existiert, der geeignet wäre [69]. Es ist vielmehr erforderlich, dass die vorrangige Leistung, auf die ein Anspruch besteht, auch *de facto* zur Verfügung steht. Gegebenenfalls kann ein Betreuer auch zur Prüfung eines sozialrechtlichen Anspruches zu bestellen sein.
- e) Bevor entschieden werden kann, ob ein Betreuer gegen den Willen des Betroffenen zu bestellen ist, muss mit dem dafür erforderlichen Zeitaufwand ein ernsthafter Versuch unternommen worden sein, gemeinsam mit dem Betroffenen eine einvernehmliche Lösung zu finden. Das kann auch durch qualifiziertes Personal der Betreuungsbehörde geschehen. Im Rahmen dieses Versuches ist Betroffenen Gelegenheit zu geben, den Betreuer, der bestellt werden soll, kennenzulernen und ausführlich zu befragen.
- f) Die Aufklärung der Frage, ob der Wille „frei“ sei, ist nicht sachdienlich, denn die Medizin verfügt ebenso wenig wie die Rechtswissenschaft über ein tragfähiges Konzept eines freien Willens.
- g) Die Aufklärung der Geschäftsfähigkeit ist im Betreuungsverfahren unnötig.

Wenn diese Überlegungen nicht berücksichtigt werden, besteht jedenfalls die Gefahr, dass die Abwägung zwischen grundrechtlich geschützter Interessen des Betroffenen entweder durch den Sachverständigen und nicht durch das Gericht oder aber gar nicht vorgenommen wird. Eine „Entscheidung“ durch den Gutachter führt aber zur Verschleierung des normsetzenden Prozesses, als der ein gerichtliches Verfahren zu verstehen ist. Die normative Tätigkeit des Gerichtes gewinnt ihre Legitimität unter anderem aus der Transparenz des gerichtlichen Verfahrens und aus den durch das Verfahrensrecht vorgegebenen Kontrollmechanismen. Wenn eine Entscheidung wie diejenige über die Bestellung eines Betreuers, die in hohem Maße grundrechtlich relevant ist, aus dem diskursiven Raum des gerichtlichen Verfahren herausdefiniert und statt dessen als medizinische Tatsache apostrophiert wird, dann schadet das ihrer Legitimität auch dann, wenn im Einzelfall eine richtige Entscheidung fällt.

Zum Abschluss möchte ich diese theoretische Perspektive auf die Lebenssituation eines Betroffenen, der sich gegen eine erforderliche Betreuung ausspricht, beziehen: Die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters gegen den Willen des Betroffenen ist stets ein ernsthafter Eingriff in die Privatautonomie. Aber es ist ein großer Unterschied, ob dieser Eingriff damit begründet wird, dass ein medizinisches Gutachten *als eine Tatsache* festgestellt habe, dass der Betroffene seinen Willen nicht frei bestimmen könne, oder ob die Entscheidung auf eine nachvollziehbare Abwägung grundrechtlich geschützter Interessen des Betroffenen gestützt wird. Eine transparente Rechtsgüterabwägung eröffnet dem Betroffenen grundsätzlich die Möglichkeit, das Ergebnis zu diskutieren und in Frage zu stellen. Sie macht dem Adressaten der Entscheidung so deutlich als möglich, was den Ausschlag für die Entscheidung gab und gibt dem Betroffenen damit die Chance, sein Verhalten auf die gerichtliche Entscheidung zu beziehen, es zu ändern oder mit der gerichtlichen Abwägung strategisch umzugehen, um in einem neuen Verfahren eine andere Entscheidung zu bewirken.

Die Disqualifizierung des Willens des Betroffenen als bloß „natürlich“

dagegen schottet die richterliche Entscheidung hermetisch gegen die Einwände des Betroffenen ab [70]. Die Apostrophierung einer *Entscheidung als Wahrnehmung einer Tatsache* eröffnet nur den Raum für einen Streit um die Frage, ob die Tatsache wirklich vorliegt. Da das Vorliegen eines „freien Willens“ i. S. v. § 1896 I a BGB aber in Wirklichkeit keine Tatsache, sondern das Ergebnis einer Wertentscheidung ist, kann der Betroffene in diesem Streit nur verlieren. Die Apostrophierung als Tatsache ist deshalb in der kommunikativen Situation unfair gegenüber dem Betroffenen. Es ist eine interessante Frage, ob damit sogar der Rechtsanspruch auf eine faire Verfahren [71] tangiert ist.

Dass die Bestellung eines Betreuers für den Betroffenen grundsätzlich ein Stigma bedeutet, hat das BVerfG überzeugend festgestellt [72]. Die Disqualifizierung seines Willens kommt einer zweiten Stigmatisierung gleich. Über die Bestellung eines Betreuers gegen seinen Willen hinaus wird seinem Einspruch gegen die Betreuung bereits die Anerkennung als authentische Willensäußerung verweigert. Diese zweite Stigmatisierung ist nicht notwendig und damit auch nicht gerechtfertigt. Sie ist schließlich der Rehabilitation des Betroffenen abträglich. Denn die wertschätzende Anerkennung des Betroffenen [73] ist eines der wichtigsten Elemente in einem Umgang mit Menschen mit Behinderung, der der Rehabilitation verpflichtet ist. Ein essentielles Element im wertschätzenden Umgang mit dem Betroffenen ist die Anerkennung seiner Wünsche als authentisch – auch dann, wenn das Gericht (oder der Betreuer) im Einzelfall gegen einen Wunsch entscheiden.

Literatur

- 1 Im Entwurf der Bundesregierung zum 2. BtÄndG ist die Rede von „einem Gebrechen im Sinne des § 1896 Abs. 1 BGB“; BT-Drucksache 15/2494, 28
- 2 Brosey fasst Behinderungen, die eine Betreuung erforderlich machen, zusammen als „pathologische Phänomene“ (Brosey, Die Würdigung des Sachverständigengutachtens in Betreuungs- und Unterbringungssachen unter Berücksichtigung aktueller Rechtsprechung, BtPrax 2011, 141-144 <141>) Fast alle Autoren/innen übernehmen zwar den gesetzlichen Begriff der Behinderung, verwenden ihn aber konsequent im Sinne einer (bloß) medizinischen Tatsache. So mag es nahe liegen, „Behinderung“ und „psychische Krankheit“ i. S. v. § 1896 BGB als „pathologische Phänomene“ oder „Gebrechen“ zusammenzufassen. Beide Begriffe reflektieren ein Konzept von Behinderung, das durch das social model zu Recht überholt ist. vgl. Knittel, Kommentar zum BtG, 27. EL, § 1896 Rn 6; Winterstein, in: Jürgens ua, Betreuungsrecht kompakt, 6. Aufl. Rn 57; Jürgens, Betreuungsrecht, 3. Aufl., § 1896 BGB Rn 3 ff, Bienwald, ders. ua, Betreuungsrecht, 4. Aufl., § 1896, § 1896 BGB Rn 23 ff
- 3 Traustadóttir, Rannveig, Disability Studies, the Social Model and Legal Developments, in: Arnardóttir, O./Quinn, G, The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Leiden/Boston 2009, 3–16
- 4 Bienwald weist in seiner Kommentierung zwar auf Differenzierung von impairment und disability hin, kassiert diese Differenz aber wieder ein, wenn der im Anschluss formuliert: „Das Unvermögen zur Besorgung der eigenen Angelegenheiten muss auf die psychische Krankheit oder die körperliche, geistige oder seelische Behinderung unmittelbar zurückzuführen sein.“ Bienwald in: ders. ua, Betreuungsrecht, 4. Aufl., § 1896 BGB Rn 32, Hervorhebung RR
- 5 Oberloskamp, die Qualifikation des Sachverständigen gem. § 68 b FGG, BtPrax 1998, 18–21 (Die Ausführungen zu § 69 b FGG sind durch § 280 FamFG zT überholt.); Oberloskamp, Qualität von (medizinischen) Gutachten und Sozialberichten, BtPrax 2004, 123–128
- 6 Im Übrigen fängt auch die Sozialgerichtsbarkeit erst langsam an, sich mit der Frage auseinanderzusetzen, welche Folgen aus dem in § 2 SGB IX normierten zweidimensionalen Begriff der Behinderung für die Praxis der Rechtsprechung erwachsen; vgl. Heinz: Der Behinderungsbegriff des SGB IX und die neue Aufgabenstellung für Soziale Arbeit, Forum D, Beitrag D7-2011 unter www.reha-recht.de, 05.09.2011; Der Autor setzt sich insbesondere mit LSG Hessen, 7.5.2007, L 9 SO 54/06 ER auseinander
- 7 Jürgens, Betreuung wider Willen, BtPrax 1992, 47–49 <48> mwN
- 8 so Bienwald, Betreuungsgesetz, 1. Aufl., § 1899 BGB Rn 182 ff, zit. nach Jürgens aaO Fn 7
- 9 Jürgens, Betreuung wider Willen, BtPrax 1992, 47–49 <49>
- 10 „Unter welchen Voraussetzungen gegen den ausdrücklich erklärten Willen des Betroffenen eine (Zwangs-)Betreuung [...] eingerichtet werden darf, war bis zur Einfügung des § 1896 I a BGB zum 1.7.2005 durch das 2. BtÄndG umstritten.“ Bauer, in: HK-BUR, 64. EL 2008, § 1896 BGB Rn 158, dito Knittel: „Dies ist wohl eines der umstrittensten Grundsatzprobleme des Betreuungsrechts.“ in: ders. Kommentar zum BtG, 27. EL, § 1896 Rn 11)
- 11 BayObLG, 21.1.1993, 3Z BR 7/93
- 12 BT-Drucks. 11/4528, S. 146
- 13 BayObLG, Beschluss vom 1.4.1993, 3Z BR 9/93, Rn 10
- 14 BVerfG, Urteil vom 18.7.1967, 2 BvF 3/62 ua, Rn 129
- 15 §§ 73 II, III und 96 I 2 BSHG idF v. 30.6.1961
- 16 BVerfG, 2.7.2010, 1 BvR 2579/08, Rn 43
- 17 „Die Bestellung eines Betreuers gegen den Willen des Betroffenen bedeutet einen so schwerwiegenden Eingriff in dessen Rechte, dass es nicht gerechtfertigt erscheint, an seine Voraussetzungen weniger strenge Maßstäbe anzulegen, als an die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts.“ BayObLG, Beschluss vom 25.7.1994, 3Z BR 97/94, Rn 9; bestätigt ua durch: BayObLG, 17.8.1995, 3Z235/95; BayObLG, 29.3.1996, 3Z BR 21/06; BayObLG, 2.5.1996, 3Z BR 108/96; BayObLG, 2.5.2001, 3Z BR 74/01; OLG München, 6.4.2005, 33 Wx 32/05
- 18 Allenfalls finden sich sehr allgemein gehaltene Erläuterungen, z.B. in BayObLG, 23.10.2002, 3Z BR 180/02: „Ohne das Einverständnis des Betroffenen ist die Erweiterung nur zulässig, wenn der Betroffene krankheits- oder behinderungsbedingt nicht imstande ist, seinen Willen frei zu bestimmen (vgl. BayObLGZ 1994, 209/211; BayObLG FamRZ 2000, 189 und 1524), d.h. seinen Willen unbeeinflusst von der Krankheit oder Behinderung zu bilden und nach zutreffend gewonnenen Einsichten zu handeln (vgl. BGH NJW 1996, 918/919). Die erforderlichen Feststellungen sind aufgrund eines Sachverständigengutachtens (vgl. § 68b Abs.1 Satz 1 FGG) zu treffen; bei psychischen Krankheiten und geistigen/seelischen Behinderungen ist grundsätzlich ein Facharzt für Psychiatrie oder Neurologie zu beauftragen, zumindest aber ein in der Psychiatrie erfahrener Arzt (BayObLG FamRZ 1993, 351/352).“ Rn 9
- 19 Winterstein, in: Jürgens ua, Betreuungsrecht kompakt, 6. Aufl. Rn 63b
- 20 Knittel führt aus, weitere OLGs hätten sich dieser Auffassung angeschlossen und führt an 1. OLG Köln, 16.4.1999, 16 Wx 44/99 – tatsächlich aber hat das OLG Köln eine Vorratsbetreuung ausgeschlossen. Die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen im Fall eines akuten Betreuungserfordernisses eine Betreuung einzurichten ist, war nicht zu entscheiden, weil die Betreuung zum entscheidungsgegenständlichen Zeitpunkt gar nicht erforderlich war. 2. OLG Hamm, 30.8.1994, 15 W 237/94 – das OLG Hamm hat sich dem BayObLG jedoch nur teilweise angeschlossen und formulierte vorsichtig: „Vielmehr muß die Erkrankung bzw. Behinderung einen solchen Grad erreichen, dass die Fähigkeit des Betroffenen zur Wahrnehmung seines Selbstbestimmungsrechts ausgeschlossen oder so erheblich beeinträchtigt ist, dass er für die Aufgabenkreise der einzurichtenden Betreuung zu eigenverantwortlichen Entscheidungen nicht in der Lage ist. Ob es sich insoweit entsprechend der Auffassung des Bayerischen Obersten Landesgerichts um eine selbständige, ungeschriebene Voraussetzung für eine Betreuerbestellung nach § 1896 BGB handelt, oder ob das Erfordernis des Ausschlusses der Fähigkeit des Betroffenen zur Ausübung seines Selbstbestimmungsrechtes sich bereits aus einer sachgerechten Auslegung des § 1896 Abs. 1 BGB herleiten lässt, kann dahingestellt bleiben.“ (Rn 21)

3. Nur das OLG Frankfurt (17.10.1996, 20 W 320/96) hat sich dem BayObLG tatsächlich uneingeschränkt angeschlossen. (Knittel, in: ders. Kommentar zum BtG, 27. EL, § 1896 Rn 15a)
- 21 Zur Entstehungsgeschichte der Norm und den zugrundeliegenden Motiven im Einzelnen: Rosenow, *Der freie Wille – ein schwieriger Begriff*, BtMan 2009, 3-9; online unter <http://www.srif.de/sozialrecht-personen/roland-rosenow/veroeffentlichungen/>
- 22 seit der Einführung des FamFG: Betreuungsgerichte
- 23 „Wohl keine andere Norm des Betreuungsrechtes ist in der alltäglichen Praxis so weitgehend Fehlinterpretationen ausgesetzt wie § 1896 BGB. Die Obergerichte sind mit konstanter Regelmäßigkeit gezwungen, unter anderem folgende Eckpfeiler zum Verständnis des § 1896 BGB herauszustellen:
- ‚Altersstarrsinn‘ und ‚Alkoholismus‘ sind kein Krankheitsbild, dass die Bestellung eines Betreuers rechtfertigt.
 - Eine psychische Erkrankung, geistige oder seelische Behinderung führt nur und insoweit zur Bestellung eines Betreuers, wenn und in welchem Umfang ein Regelungsbedarf besteht.
 - Ein Betreuer darf nur bestellt werden, wenn der Betroffene auf Grund seiner psychischen Erkrankung seinen Willen nicht frei bestimmen kann.
 - Ein Betreuungsbedürfnis besteht nicht, wenn auch ein gesunder Mensch sich der Hilfe eines anderen (Rechtsanwalts, Steuerberaters usw.) bedienen würde, um seine Angelegenheiten zu regeln.
 - Die Aufgabenkreise des Betreuers sind eng zu fassen.
 - Eine Betreuerbestellung ‚auf Vorrat‘ ist ausgeschlossen.“
- Zum Beleg der „konstanten Regelmäßigkeit“ führt das Autorenkollektiv des Abschlussberichtes ganze sieben Entscheidungen des BayObLG aus den Jahren 1997 bis 2002 an. Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Betreuungsrecht“ zur 74. Konferenz der Justizministerinnen und -minister Juni 2003, in: Vormundschaftsgerichtstag eV (Hg.), *Betreuungsrecht* 6, Recklinghausen 2003, S. 89
- 24 aaO; Der Vormundschaftsgerichtstag eV [jetzt Betreuungsgerichtstag] äußerte sich kritisch zu diesen Ausführungen: „Bei der Darstellung von Mängeln des geltenden Rechtes wird in Verbindung mit der stark gestiegenen Zahl der Betreuungen der Eindruck erweckt, es gebe zu viele Betreuungen. Betrachtet man nun aber die epidemiologischen Daten, relativiert sich dieser Eindruck. Nach dem Vierten Altenbericht der Bundesregierung vorgelegten Daten ist von über 950.000 an Altersdemenz erkrankten Menschen im Jahr 2000 auszugehen. Die Zahl der volljährigen chronisch psychisch erkrankten/behinderten Menschen (ohne Altersdemenz und ohne Suchtkranke) wird auf rund 500.000 geschätzt. Desweiteren sind insbesondere noch die mindestens 250.000 volljährigen Menschen mit geistiger Behinderung zu berücksichtigen. Bezieht man noch weitere Erkrankungen wie zum Beispiel chronische Suchterkrankungen ein, wird schnell deutlich, dass die Zahl der Betreuungen bei einer ‚abstrakten‘ Betrachtungsweise nicht zu hoch ist. Damit soll und kann nicht in Abrede gestellt werden, dass es in Einzelfällen zu Betreuerbestellungen gekommen ist, die bei näherer Betrachtung nicht erforderlich gewesen wären; diese Zahl dürfte aber durch die Fälle mehr als kompensiert werden, bei denen die Bestellung eines Betreuers zum Wohl der betroffenen Person erforderlich aber noch nicht angeregt worden ist.“ (Vormundschaftsgerichtstag e. V. (Hg.), *Betreuungsrecht* 7, Recklinghausen 2004, S. 63)
- 25 BT-Drucks. 15/2494, S 28
- 26 OLG Köln, 21.11.2005, 16 Wx 183/05, Rn 5; OLG Köln, 21.1.2006, 16 Wx 5/06, Rn 7; Brandenburgisches OLG, 16.1.2007, 11 Wx 66/06, Rn 10; OLG Schleswig, 21.1.2007, 2 W 229/96, Rn 3 („... in der Lage ist, anhand nachvollziehbarer realistischer Erwägungen Entscheidungen zu treffen“); BGH, 9.2.2011, XII ZB 526/10, Rn 7; differenzierter OLG Hamm, 5.8.2008, 15 Wx 181/08, Rn 9 ff; vgl. a. Bauer, in: HK-BUR, 64. EL, § 1896 Rn 158, S. 56a
- 27 BGH, 19.6.1970, IV ZR 83/69; BGH, 18.5.2001, V ZR 126/00; Palandt, 69. Aufl., § 104 BGB Rn 6
- 28 BGH, 13.5.1959, V ZR 151/58; BGH, 2.10.1970, V ZR 125/68, hier führt der BGH zur Abgrenzung von partieller zu relativer Geschäftsunfähigkeit aus: „Aber eine partielle Geschäftsunfähigkeit in dem Sinn, dass ein Mensch für besonders schwierige Handlungen geschäftsunfähig, für einfachere jedoch geschäftsfähig wäre, wird von der Rechtsprechung nicht anerkannt [...]. Rechtlich möglich ist allerdings, die Geschäftsfähigkeit für einen nicht schwierigkeitsmäßig, sondern gegenständlich abgegrenzten Kreis von Angelegenheiten zu verneinen und im übrigen zu bejahen, wenn nämlich die geistige Störung auf ein bestimmtes Schlüsselerebnis zurückgeht.“ (Rn. 10). Allerdings wirken die wenigen Fälle, in denen die Rechtsprechung eine partielle Geschäftsunfähigkeit wirklich anerkannt hat, eher skurril und bestätigen damit den Ausnahmecharakter dieser Konstruktion: Querulantenwahn für die Prozessführung, krankhafte Eifersucht für Fragen der Ehe, wahnhaftige Verarbeitung der Beziehung zu einer Prostituierten für einen Prozess im Zusammenhang mit dieser Beziehung. Palandt, 69. Aufl., § 104 BGB Rn 6
- 29 BGH, 18.5.2001, V ZR 126/00, Rn 9
- 30 Busse, *Juristische Semantik*, Berlin 1993, S. 231, zit nach: Müller/Christensen, *Juristische Methodik* Bd. 1, 10. Aufl. 2009, S. 234
- 31 Jürgens, *Betreuungsrecht*, 3. Aufl. 2005, § 104 Rn 1 BGB
- 32 In der Verwaltungs- und Sozialgerichtsbarkeit gilt i.d.R. Dispositionsmaxime und Untersuchungsgrundsatz. Das bedeutet verkürzt: Der Kläger verfügt darüber, welche Rechtsfragen er dem Gericht vorlegt und begrenzt so den Raum der gerichtlichen Überprüfung. Aber anders als im Zivilprozess erforscht das Gericht der Sachverhalt von Amts wegen. Die Lehre von der materiellen oder objektiven Beweislast besagt: Wenn ein Tatbestand sich als unerforschlich erweist, also auch durch das Gericht nicht aufgeklärt werden kann, dann geht zu Lasten dessen, der ein Recht aus diesem Tatbestand ableitet. Für die Geschäftsunfähigkeit vgl. Palandt, 69. Aufl., § 104 BGB Rn 8
- 33 BGH, 5.11.2004, IXa ZB 76/04, Rn 13 mwN; ob eine Erwägung „vernünftig“ ist oder nicht, ist eine normative, keine medizinische Frage; vgl. a. Palandt, 69. Aufl., § 104 BGB Rn 5
- 34 „Auch Damrau/Zimmermann halten den Begriff der Geschäftsfähigkeit für ‚einerseits zu starr, andererseits zu unscharf‘. Sie sei im Grenzbereich nicht eindeutig feststellbar.“ Knittel, Kommentar zum BtG, 27. EL, § 1896 Rn 14; Knittel verweist hier auf: Damrau/Zimmermann, *Betreuungsrecht*, 3. Aufl. 2001 [Zitat nicht geprüft, RR]
- 35 „Die in Gesetzblättern und Gesetzessammlungen stehenden Wortlaute von Vorschriften, also die Normtexte, sind nicht normativ. Sie sind unfähig, den jeweils vorliegenden konkreten Rechtsfall verbindlich zu lösen.“ Müller/Christensen, *Juristische Methodik* Bd. 1, 10. Aufl. 2009, S. 232 f.
- 36 Müller/Christensen, *Juristische Methodik* Bd. 1, 10. Aufl. 2009, S. 238
- 37 Müller/Christensen, *Juristische Methodik* Bd. 1, 10. Aufl. 2009, S. 237 ff
- 38 Müller/Christensen, *Juristische Methodik* Bd. 1, 10. Aufl. 2009, S. 343 f.
- 39 „Eine allgemein auf besonders schwierige Rechtsgeschäfte beschränkte Geschäftsunfähigkeit kann daher grundsätzlich nicht anerkannt werden. Eine Person, die in der Lage ist, ihren Willen frei zu bestimmen, deren intellektuelle Fähigkeiten aber nicht ausreichen, um bestimmte schwierige rechtliche Beziehungen verstandesmäßig zu erfassen, ist deswegen noch nicht geschäftsunfähig. Es muss ihr vielmehr überlassen bleiben, auf welche Weise sie mit besonderen Lagen fertig werden will. Wenn sie sich dem Rat einer dritten Person fügt, so ist dies aufgrund einer vernünftigen freien Willensentschließung geschehen, sie steht dann auch insoweit nicht unter einem ihre eigene Willensfreiheit ausschließenden Einfluss eines anderen. Der entgegengesetzte, vom Berufungsgericht vertretene Rechtsstandpunkt, der insoweit eine partiell beschränkte Geschäftsunfähigkeit annimmt, würde zu einer für den Rechtsverkehr schwer erträglichen Rechtsunsicherheit führen. Es lässt sich dann keine klare Grenze zwischen Geschäftsfähigkeit und Geschäftsunfähigkeit ziehen. Schon die geistigen Fähigkeiten einer Person werden von verschiedenen Beurteilern je nach den Anforderungen, die sie stellen, unterschiedlich beurteilt. Außerdem ist der Schwierigkeitsgrad einzelner Rechtsgeschäfte unbeschadet ihrer typischen rechtlichen Merkmale durchweg sehr unterschiedlich.“ BGH, 19.6.1970, IV ZR 83/69 Rn 13 f. (der Ausdruck „partiell“ wird in diesem Kontext vom BGH nicht einheitlich verwendet)

- 40 s. Fn 10
- 41 So auch die bisherige Rechtsprechung zu § 1896 I a BGB, s.u.
- 42 Winterstein, in: Jürgens ua, *Betreuungsrecht kompakt*, 6. Aufl. 2007, S. 20
- 43 so wohl Winterstein, in: Jürgens ua, *Betreuungsrecht kompakt*, 6. Aufl. 2007, S. 20
- 44 Winterstein, in: Jürgens ua, *Betreuungsrecht kompakt*, 6. Aufl. 2007, S. 20
- 45 s. Fn 23
- 46 Diese Position wird besonders von Bienwald seit vielen Jahren konsequent vertreten, der den Anstieg der Betreuungszahlen für eine „Katastrophe“ hält. Bienwald, *Die betreute Republik*, BtPrax 2002, 3–7; dazu: Rosenow, *Warum es jedes Jahr mehr Betreuungen gibt*, BtPrax 2002, 111–113. Auch Lipp legt das Recht auf Selbstbestimmung in dem Sinne sehr eng aus, dass er Selbstbestimmung nahezu gleichsetzt mit der Möglichkeit, im Rechtsverkehr anerkannte Willenserklärungen abzugeben; Lipp, *Rechtliche Betreuung und das Recht auf Freiheit*, BtPrax 2008, 51–56
- 47 Einen Überblick über die aktuelle Debatte gibt: Diekmann/Oeschger (Hg.), *Menschen und Rechte – Behindertenrechtskonvention und Betreuung*, Betrifft Betreuung 11, Köln 2011
- 48 zur Anwendbarkeit von Art. 12 UN-BRK vgl. BVerfG, 23.3.2011, 2 BvR 882/09, Rn 52 ff. mit Bezug auf BVerfG, 14.10.2004, 2 BvR 1481/04 (Görgülü)
- 49 vgl. § 9 SGB IX
- 50 vgl. Habermeyer, *Der „freie Wille“ aus medizinischer Sicht*, BtPrax 2010, 69–71; Warmbrunn/Stolz, *Wann ist der Wille „frei“?*, BtPrax, 2006, 167–170
- 51 Müller/Christensen, *Juristische Methodik Bd. 1*, 10. Aufl. 2009, S. 467 ff.
- 52 2 BvR 882/09
- 53 vgl. BVerfG, 23.3.2011, 2 BvR 882/09, Rn 57
- 54 Zum Verhältnis Eingliederungshilfe – Betreuung: Rosenow, *Vertretung im Sozial- und Betreuungsrecht – Abgrenzungen*, BtPrax 2007, 108–113
- 55 BVerfG, 23.3.2011, 2 BvR 882/09, Rn 58
- 56 vgl. aaO Rn 59
- 57 Der Beschluss, durch den ein Betreuer bestellt wird, enthält normalerweise nur eine formulärmäßige Begründung, sodass sich aus der Auswertung von Beschlüssen, durch die eine Betreuung eingerichtet wird, auch nichts erkenne ließe. Entscheidungen der ersten Beschwerdeinstanz sind jedenfalls in juris nicht veröffentlicht
- 58 § 70 FamFG
- 59 OLG Köln, 21.11.2005, 16 Wx 183/05 = FamRZ 2006, 279
- 60 OLG Köln, 25.1.2006, 16 Wx 5/06 = FamRZ 2006, 889 = FGPrax 2006, 117
- 61 Brandenburgisches OLG, 16.1.2007, 11 Wx 66/06
- 62 OLG Hamm, 5.8.2008, 15 Wx 181/08 = OLGR Hamm 2009, 324 = FGPrax 2009, 111 = FamRZ 2009, 1436, Rn 10
- 63 BayObLG, 2.5.2001, 3Z BR 74/01; vgl. a. BayObLG, 2.6.2004, 3Z BR 65/04
- 64 aaO Rn 9, *Hervorhebung RR*
- 65 BGH, 9.2.2011, XII ZB 526/10, Rn 7
- 66 „Die Einsichtsfähigkeit in den Grund der Betreuung setzt dabei denknötwendig voraus, dass der Betroffene seine Defizite wenigstens im Wesentlichen zutreffend einschätzen kann. Nur dann ist es ihm nämlich möglich, die für und gegen eine Betreuung sprechenden Umstände gegeneinander abzuwägen.“ aaO Rn 8
- 67 aaO Rn 6, *Hervorhebung RR*; Die Entscheidung des BVerfG vom 2.7.2010, 1 BvR 2579/08, setzt sich zwar mit § 1896 I a BGB kurz auseinander, trägt aber zur Klärung, wie ein freier Wille im Sinne dieser Vorschrift von einem bloß natürlich abzugrenzen ist, nichts Nennenswertes bei
- 68 Brosey, *Die Würdigung des Sachverständigen-gutachtens in Betreuungs- und Unterbringungs-sachen unter Berücksichtigung aktueller Rechtsprechung*, BtPrax 2011, 141–144 mwN
- 69 vgl. dazu Northoff, *BEOPS – Soziale Arbeit macht sich bezahlt*, BtPrax 2010, 259–262
- 70 Sie kann darüber hinaus zu einer unzulässigen Beschränkung des Rechtswegs führen, denn die (vermeintliche) Tatsache der unfreien Willensbestimmung ist im Rechtsbeschwerdeverfahren nur auf Verfahrensfehler zu prüfen. Die Rechtsgüterabwägung dagegen ist eine Rechtsfrage, die der Beurteilung des Rechtsbeschwerdegerichtes unterliegt. Die oben zitierte Entscheidung des OLG Hamm zeigt exemplarisch, dass die Rechtsgüterabwägung im Rechtsbeschwerdeverfahren anders ausfallen kann als beim Tatsachengericht.
- 71 Art. 6 EMRK iVm Art. 19 IV GG
- 72 „Gleichwohl hat auch die Anordnung der Betreuung für den Betroffenen stigmatisierende Wirkung im sozialen und beruflichen Umfeld. Denn mit der Einrichtung einer Betreuung ist notwendigerweise die Einschätzung verbunden, dass der Betroffene zumindest in einem bestimmten Rahmen nicht in der Lage ist, seine eigenen Angelegenheiten selbstständig zu besorgen.“ BVerfG, 2.7.2010, 1 BvR 2579/08, Rn 34
- 73 zur Bedeutung der Anerkennung für die psychische Gesundheit: Thomas Keller/Roswitha Schug, *Wertschätzung als Produktivkraft*, S. 74 f., in: Klaus G. Deissler/Kenneth J. Gergen (Hg.), *Die wertschätzende Organisation*, Bielefeld 2004, S. 73–84; zur rehabilitativen Wirkung der Anerkennung im Rahmen der rechtlichen Betreuung vgl. Rosenow, *Vertretung im Sozial- und Betreuungsrecht – Abgrenzungen*, BtPrax 2007, 108–113

KONGRESSANKÜNDIGUNG

Interdisziplinäres Seminar

- Thema:** Medizinische Sachverständigen-gutachten im Sozialgerichtsverfahren
- Zielgruppe:** Ärzte, Rechtsanwälte, Prozessbevollmächtigte, Sozialversicherungsträger, Richter
- Ort und Datum:** Leipzig, 03.09.2012 und Berlin, 09.11.2012 jeweils 10.30 bis 17.00 Uhr
- Mehr unter:** www.boorberg.de/alias/gutachten
- Kontakt:** Boorberg Fachakademie,
Irene Jauß, Scharrstr. 2, 70563 Stuttgart
Tel: 07 11 / 73 85 -204
Fax: 07 11 / 73 85 -100
seminare@boorberg.de