

Josef Franz Lindner (Hrsg.)

Selbstbestimmung durch und im Betreuungsrecht



Nomos

Schriften zum Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Marion Albers
Prof. Dr. Ivo Appel
Prof. Dr. Ulrich M. Gassner
Prof. Dr. Henning Rosenau

Band 35

Josef Franz Lindner (Hrsg.)

Selbstbestimmung durch und im Betreuungsrecht



Nomos

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

ISBN 978-3-8487-5498-4 (Print)

ISBN 978-3-8452-9683-8 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die Selbstbestimmung des Einzelnen bildet die ethische und verfassungsrechtliche Grundlage des Medizinrechts. Selbstbestimmung kann heute als das Paradigma des Medizinrechts angesehen werden. Allerdings hat die Selbstbestimmung offene Flanken; vgl. dazu bereits den letztjährigen Band 30 im Rahmen dieser Schriftenreihe: Lindner (Hrsg.), *Selbst oder bestimmt? Illusionen und Realitäten des Medizinrechts*, 2017. Eine davon liegt beim „informed consent“. Dieser ist rechtliche Ausprägung der Selbstbestimmung des Einzelnen und Schlüssel zur Rechtfertigung ärztlicher Maßnahmen. Das Konzept der informierten Einwilligung stößt jedoch an seine Grenzen, sobald die Einwilligung an Mängeln wie z.B. der Einwilligungsunfähigkeit leidet und damit nicht belastbar ist. An dieser Stelle knüpft das Betreuungsrecht an und versucht, die konfligierenden Interessen in Ausgleich zu bringen. Einerseits muss das Betreuungsrecht dem Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen trotz fehlender Einwilligungsfähigkeit Rechnung tragen. Auf der anderen Seite sind Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht unvermeidbar. Was bedeutet Bestimmung über sich selbst im Falle der Einwilligungsunfähigkeit? Gibt es Wege, über die mangelnde Einwilligung hinwegzuhelfen? Wann sind Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht betreuter Personen unausweichlich und gerechtfertigt? Welche Drittinteressen stehen der Selbstbestimmung Betreuer entgegen?

Diesen Kontroversen widmete sich eine Tagung des Instituts für Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht in Kooperation mit dem Zentrum für Interdisziplinäre Gesundheitsforschung der Universität Augsburg im November 2017. Unter dem Titel „Selbstbestimmung durch und im Betreuungsrecht“ erfolgte eine rechtliche und ethische Betrachtung der Thematik über die nationalen Grenzen hinaus. Die Mehrzahl der auf dieser Tagung gehaltenen Referate sind in diesem Band versammelt. Im Anhang ist zusätzlich ein Tagungsbericht abgedruckt.

Ein herzliches Wort des Dankes gilt den Referentinnen und Referenten für ihre Teilnahme an der Tagung und für die Überlassung ihrer Manuskripte für diesen Band sowie Frau Franziska Huber und Frau Sarah Stolz für die redaktionelle Aufbereitung der Beiträge.

Augsburg, im November 2018

Josef Franz Lindner

Inhalt

<i>Adrian Schmidt-Recla</i> Einführung in das deutsche Betreuungsrecht	9
<i>Klaus Arntz</i> Selbstbestimmung entscheidungsunfähiger Personen aus ethischer Sicht	25
<i>Steffen Augsberg</i> Grundrechtliche(r) Status der betreuten Person	43
<i>Erhan Temel</i> Zwangsbehandlung betreuter Personen	63
<i>Dorothea Magnus</i> Patientenverfügung und natürlicher Wille	93
<i>Erwin Bernat</i> Fürsorge und Selbstbestimmung im Spannungsfeld: Die Entscheidungskompetenz für ärztliche Eingriffe bei ein- willigungsunfähigen Erwachsenen – Ein österreichischer Landesbericht –	119
<i>Franziska Sprecher und Aline Hofer</i> Die Rechtsstellung des einwilligungsunfähigen erwachsenen Patienten in der Schweiz	163

Inhalt

Anhang <i>Franziska Huber und Victoria Seeliger</i> Tagungsbericht	233
Autoren- und Herausgeberverzeichnis	239

Einführung in das deutsche Betreuungsrecht

Adrian Schmidt-Recla

Dieser Beitrag führt überblicksartig in das (deutsche) Betreuungsrecht ein. Er besteht aus zwei Teilen, die jeweils untergliedert sind. Zunächst soll geklärt werden, was rechtliche Betreuung ist. Dabei ist auf die drei Instrumente, die das Betreuungsrecht bietet und auf drei Probleme, die dieses Instrumentarium hervorruft, einzugehen. Anschließend wird skizziert, an welchen acht Prinzipien rechtliche Betreuung orientiert ist.

I. Was rechtliche Betreuung ist

Das die rechtliche Betreuung regelnde Gesetz, das BGB, spricht in § 1901 Abs. 1 BGB von „*rechtlicher*“ Betreuung. Damit stellt es klar, dass sein Ziel Fürsorge mit (privat-) rechtlichen Mitteln ist.¹ Dazu kommen drei Instrumente in Frage:

1. Stellvertretung als Basis

In ihrer Handlungsfähigkeit eingeschränkte Personen benötigen, soweit und solange die Einschränkung reicht und soweit sie selbst nicht in der Lage sind, Abhilfe zu schaffen, für ihre Teilhabe an der bürgerlichen Gesellschaft durch den Rechtsverkehr vor allem eine Person, die als gesetzlicher Vertreter (§ 1902 BGB) für sie handeln kann. Es geht also darum, den gestörten Willen etwa psychisch kranker Personen durch die Einsicht eines Verantwortlichen zu ersetzen² - oder zu unterstützen. Dazu wird in einem Verfahren vor einem Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch einen mit

1 *Schmidt-Recla*, in: Beck Online-Großkommentar zum BGB, Stand 1.6.2018, § 1896 Rn. 2. Zu diesem Bezugsrahmen auch *Schmidt-Recla*, Unterstützung vor Vertretung. Begriff, Aufgaben und Grenzen rechtlicher Betreuung, in: Diekmann/Oeschger (Hrsg.), 20 Jahre Betreuungsrecht - da geht noch mehr! Selbstbestimmung achten - Selbstständigkeit fördern, 2012, S. 64-73 m.w.N. zu den widerstreitenden Positionen.

2 BVerfG NJW 1982, 691 (693) = BVerfGE 58, 208 (209).

Rechtsmitteln korrigierbaren Individualbeschluss eines Richters eine geeignete Person zum gesetzlichen Vertreter, zum Betreuer, bestellt.

Im Verfahren prüft der Richter, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen der Betreuerbestellung, die durch eine psychische Störung, eine geistige, seelische oder körperliche Behinderung ausgelöste Betreuungsbedürftigkeit einerseits und ein konkreter Betreuungsbedarf andererseits, vorliegen. Darum (um diese Voraussetzungen der Betreuerbestellung) soll es in diesem Beitrag aber nicht gehen - das Gericht beschafft das Tatsachenmaterial, indem es die betroffene Person (und weitere Beteiligte) anhört und sie begutachten lässt, so dass es letztlich die angehörten Personen (dazu gehört insbesondere die Betreuungsbehörde) und der Sachverständige in der Hand haben, die rechtliche Betreuung herbeizuführen.

Der Betreuer ist verpflichtet, die Angelegenheiten der zu betreuenden Person „rechtlich zu besorgen“ (§ 1897 Abs. 1 BGB). Er ist nicht verpflichtet, die betroffene Person tatsächlich zu betreuen (oder zu pflegen), er ist nicht Haushälter, Einkäufer, Vorleser, Reinigungsdienst, Pfleger oder Arzt der betroffenen Person³ oder anders: Angelegenheiten, für die einem Betreuer keine *Rechtsmacht* zustehen kann, sind von der Betreuung ausgenommen.⁴ Soll das zu den Pflichten des Betreuers gehören, ist das besonders anzuordnen.

2. Einwilligungsvorbehalt

In ihrer rechtlichen Handlungsfähigkeit eingeschränkte Personen können in vermögensrechtlicher Hinsicht eines weitergehenden Schutzes (vor sich selbst) bedürfen – ebenso wie der Rechtsverkehr vor Erklärungen geschützt werden muss, die Personen abgeben, die schwer vom Durchschnitt aller Handlungsfähigen abweichen. Hierauf kann das Privatrecht (nur) reagieren, indem es solche Erklärungen für nichtig erklärt oder anordnet, dass sie nur wirksam sein sollen, wenn eine dritte Person (der Betreuer) in sie einwilligt oder sie genehmigt.⁵ Diese vom Gesetz ebenfalls beschrittene Methode findet sich beim Einwilligungsvorbehalt des § 1903 BGB. Praktisch (nicht rechtlich) entmündigt er betroffene Personen bereichsspezifisch; hier zeigt

3 Schwab, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. München 2017, § 1901 Rn. 6.

4 S. dazu Jürgens, Der Betreuer zwischen rechtlicher Vertretung und persönlicher Betreuung, BtPrax 1998, 129; Schwab, Betreuung und private Fürsorge, in: Lange (Hrsg.), FS Gernhuber, 1993, S. 815-826.

5 Schmidt-Recla (Fn. 1), § 1896 Rn. 4.

sich nach wie vor deutlich, dass das Betreuungsrecht entmündigungsähnliche Eingriffsinstrumente bereithält.

3. Bestimmungsbefugnisse

Weiter muss dafür gesorgt werden, dass in ihrer rechtlichen Handlungsfähigkeit eingeschränkte Personen sich infolge eines Defizits nicht persönlich (also nicht nur mit ihrem Vermögen) gefährden. Um das abzuwenden, kann es notwendig sein, an Leib und Leben gefährdete Personen zu beaufsichtigen und/oder zu behandeln – und zwar entweder teilweise dort, wo sie sich aufhalten oder ganz in einer geschlossenen Einrichtung. Die dritte Säule betreuungsrechtlicher Maßnahmen bilden die so genannten Bestimmungsbefugnisse. Bei ihnen handelt es sich glasklar um Eingriffsrecht, das sich zB. vom Freiheitsentzug nach StGB aber dadurch unterscheidet, dass keine rechtswidrige Anlasstat begangen sein muss.⁶ Das Gesetz nennt Unterbringung und unterbringungsähnliche Maßnahmen, auch die ärztlichen Eingriffe (inklusive der Zwangsbehandlung), die Sterilisation und die Kündigung eines Mietverhältnisses gehören in diese Kategorie. Es geht hier auch um ganz handgreifliche Gewalt, um Fesseln, Zwangsjacken, vergiftete Fenster und Beruhigungsspritzen. Und weil es sich um Eingriffsrecht handelt, ist für jede Bestimmungsbefugnis eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage notwendig und benötigt der Betreuer oft die Genehmigung des Betreuungsgerichts – sein Handeln wird, soweit es die betreute Person persönlich ergreift, staatlich kontrolliert.

Diese drei Instrumente erzeugen drei ganz grundsätzliche Probleme:

4. Abstraktion der Vertretungsmacht

§ 1902 BGB ordnet gesetzliche Vertretung im Außenverhältnis an, ohne zu berücksichtigen, ob die betreute Person damit generell oder im Einzelfall einverstanden ist. Folgt der Betreuer dem Willen und/oder den Wünschen der betreuten Person nicht, bewirkt das nach überwiegender Ansicht nicht, dass seine Erklärung unwirksam wäre. Eine intern pflichtwidrige Amtsführung des Betreuers ist nur insoweit relevant, als das Gericht aufsichtlich dagegen vorgehen und den Betreuer entlassen kann, was die betreute Person

6 *Schmidt-Recla* (Fn. 1), § 1896 Rn. 5.

beantragen kann. Der Grundsatz gilt auch unabhängig davon, ob die betreute Person geschäftsfähig oder geschäftsunfähig war/ist (s. sogleich unten I.5.). Eine betreute Person, deren Willen übergegangen wurde, ist daher auf Schadensersatzansprüche im Innenverhältnis verwiesen. Begründet wird das damit, dass es schwierig sein kann, zu entscheiden, ob Wohl, Wille und Wunsch der betreuten Person identisch sind und dass der Bestand eines vom Betreuer geschlossenen Rechtsgeschäfts nicht davon abhängen dürfe. Das ist eindeutig autonomiefeindlich. Verkehrsinteressen und ein generalisiertes Mündelinteresse, sicher und kreditwürdig vertreten zu werden, sind aus dem Vormundschaftsrecht stammende Begründungen dafür, Innen- und Außenverhältnis zu trennen. Praktische Schwierigkeiten lassen sich zwar mit dem Prioritätsgedanken lösen oder mit Appellen an den guten Willen nach dem Motto: Bei gutem persönlichen Kontakt zum Betreuten kommt es selten zu widersprechenden Erklärungen des Betreuers – aber bereits hier stellt sich die Frage, ob Fürsorgekontexte systemisch Rechtlosigkeit erzeugen.

5. Verhältnis zur Geschäftsfähigkeit

Anders als das Minderjährigenrecht es vorsieht, wirkt sich Betreuung nicht auf die Geschäftsfähigkeit einer betreuten Person, aus (Entkoppelungs-idee).⁷ Diese „Entkoppelungs-idee“ war das zentrale Anliegen des BtG; sie soll das moderne Betreuungsrecht vom Vormundschaftsrecht klar trennen. Wer volljährig ist, ist, wenn nicht die Voraussetzungen des § 104 Nr. 2 BGB vorliegen, geschäftsfähig. Niemand wird dadurch, dass ihm ein Betreuer bestellt wird, geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig. Umgekehrt setzen Betreuungsmaßnahmen nicht Geschäftsunfähigkeit voraus. Praktisch ist es freilich oft so, dass Geschäftsunfähigkeit und Betreuungsbedürftigkeit nebeneinander bestehen,⁸ weil die Störung, von der die Person betroffen ist, die Voraussetzungen beider Rechtsbegriffe erfüllt – das muss aber nicht so sein. Gleiches gilt für die Testierfähigkeit und für die Fähigkeit, Ehen oder Lebenspartnerschaften eingehen zu können.⁹ Wird daher

7 BT-Drs. 11/4528, 208, 227; Müller, *Betreuung und Geschäftsfähigkeit*, 1998, S. 49 ff.; Lipp, *Freiheit und Fürsorge. Der Mensch als Rechtsperson*, 2000, S. 20; Prinz von Sachsen-Gessaphe, *Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige*, 1999, S. 2, 22 f.

8 Bürgle, *Auf dem Weg zu einem neuen Betreuungsrecht*, NJW 1988, 1881 (1883f.).

9 Lipp (Fn. 7), S. 20.

eine volljährige, geschäftsfähige Person rechtlich betreut, ist neben ihr auch ihr Betreuer in der Lage, Rechtsgeschäfte im Namen der betreuten Person zu schließen, wenn ihm diese Aufgabe übertragen ist. Diese Doppelkompetenz ist nicht nur schwer zu erklären; sie kann auch real Konflikte erzeugen.¹⁰ Nur dann, wenn ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet ist, wird die betroffene Person soweit vom Rechtsverkehr ausgeschlossen, wie der Einwilligungsvorbehalt reicht. Es ist eine *crux* des Betreuungsrechts, einerseits die Geschäftsunfähigkeit auszublenden (um der Entrechtungstendenz des Vormundschaftsrechts zu entgehen¹¹) und andererseits mit der Stellvertretungslösung zu operieren. Alle Diskussionen um die Janusköpfigkeit des zwischen Fürsorge und Eingriff pendelnden Betreuungsrechts wurzeln hier.¹² *Walter Zimmermann* kritisiert, dass der Umstand, dass das BtG von einem die personale Handlungsmacht umschreibenden Rechtsbegriff wie der Geschäftsfähigkeit „nichts wissen wolle“, die zu diesem Begriff gehörenden Lebenssachverhalte nicht beseitige:¹³ Viele betroffene Personen setzen Betreuung nach wie vor mit Entmündigung gleich.¹⁴ Das ist sicher ein traditionelles Verständnis – es folgt aber der Überzeugung, wonach es nicht angeht, dass Personen, die Fähigkeiten aufweisen, die sie geschäftsfähig machen, durch Betreuungsmaßnahmen daran gehindert werden, ihre Persönlichkeit frei zu entfalten.¹⁵ Das Gesetz anerkennt das in § 1896 Abs. 1a BGB – freilich nur, weil das ehemalige BayObLG hartnäckig insistiert hat.¹⁶ Mit § 1896 Abs. 1a BGB ist aber – zu Ende gedacht – die Entkopplungsidee aufgegeben und, ohne dass das im Gesetz erkennbar wäre, für die meisten Betreuungsfälle der Gleichlauf zwischen Betreuungsbedürftigkeit und Geschäftsunfähigkeit hergestellt: Die Rechtsprechung hat das sozialtherapeutische Konzept des BtG gewissermaßen auf den harten Boden des BGB zurückgeholt.¹⁷

10 *Schmidt-Recla* (Fn. 1), § 1896 Rn. 7.

11 In diesem Sinne *Prinz von Sachsen-Gessaphe* (Fn. 7), S. 22.

12 *Schmidt-Recla* (Fn. 1), § 1896 Rn. 8.

13 *Damrau/Zimmermann*, *Betreuungsrecht*. Kommentar, 4. Aufl. Stuttgart 2011, § 1896 Rn. 30.

14 Das hat sich auch bis ins Parlament herumgesprochen: BT-Drs. 15/2494, 1.

15 *Schmidt-Recla* (Fn. 1), § 1896 Rn. 8.

16 Von BayObLG FamRZ 1994, 1551 (1552) = BayObLGZ 2994, 209 bis zu BayObLG FamRZ 2005, 63; alle Nachweise bei *Schmidt-Recla* (Fn. 1), § 1896 Rn. 127.

17 *Schmidt-Recla* (Fn. 1), § 1896 Rn. 8.

6. Betreuungsrecht ist nicht öffentlich-rechtliche Daseinsfürsorge

Diese bisherige Skizze grenzt das Betreuungsrecht als Privatrecht vom öffentlichen Recht ab. Seine Instrumente bieten keine öffentlich-rechtliche Daseinsvorsorge für Lebensrisiken und keine Gefahrenabwehr im öffentlichen Interesse.¹⁸ Das (und die Tatsache, dass Betreuer weder Amtsträger noch für den öffentlichen Dienst verpflichtete Personen sind¹⁹) scheint selbstverständlicher zu sein als es ist – denn es ist Fakt, dass der Betreuung seit 1991 Aufgaben übertragen und von der Betreuungspraxis übernommen und/oder eingefordert worden sind,²⁰ die ein bürgerlich-rechtlich organisiertes Fürsorgerecht überfordern. Deswegen wird gefordert, das BGB zu verlassen und das Fürsorgerecht für den betroffenen Personenkreis als Teil einer allgemeinen Daseinsvorsorge dem öffentlichen Recht zuzuordnen.²¹ Die Rede „*Von der justizförmigen zur sozialen Betreuung*“,²² die schon die 1970er Jahre kennzeichnete, illustriert das. Öffentliches Fürsorgerecht könnte – ausgehend von der Teilhabegarantiefunktion der Grundrechte – in einem „Erwachsenenhilfegesetz“, das (wie das KJHG) bei bestimmten Tatbeständen Hilfen als Ansprüche vorsähe, gebündelt werden. Dazu könnten die bestehenden Vorsorge- bzw. Fürsorgewege (Versicherungs- oder Steuerfinanzierung) genutzt bzw. erweitert werden. Vielleicht könnte das paternalistische Rechtsfürsorge durch rehabilitierende, integrierende und inkludierende Fürsorge ersetzen.²³ Diese Forderung wird gern mit dem Schreckensszenario bald endemischer Demenz untermauert.²⁴ Der Gesetzgeber hat sich dem bislang verschlossen, soweit es um das materielle Recht geht – vielleicht genau wissend, dass auch ein solches Konzept an seinen Enden harte Eingriffsinstrumente benötigt.

18 Schmidt-Recla (Fn. 1), § 1896 Rn. 9.

19 Damrau/Zimmermann (Fn. 13), § 1896 Rn. 3.

20 Das deutet (m.E. zutreffend) Werner Bienwald an; vgl. Bienwald/Sonnenfeld/Harm, *Betreuungsrecht* Kommentar, 6. Aufl. Bielefeld 2016, Einführung Rn. 1.

21 So Pitschas, Für ein neues Konzept des Betreuungsrechts, FPR 2012, 61 (62); Marschner, Von der rechtlichen zur sozialen Betreuung – Konsequenzen aus der UN-Behindertenrechtskonvention, R&P 2013, 63.

22 Arbeitskreis „Von der justizförmigen zur sozialen Betreuung“, Diskussionsvorschläge zum SPD-Antrag Reform des Betreuungsrechtes: von der justizförmigen zur sozialen Betreuung BT-Drs. 13/10 301 vom 1.4.1998, BtPrax 1999, 182.

23 So Schulte, Betreuung: Rechtsfürsorge im Sozialstaat aus sozialrechtlicher Perspektive, in: Zander (Hrsg.), *Rechtsfürsorge im Sozialstaat*, 2005, S. 29 (60).

24 Pitschas (Fn. 21), 62 f.

II. An welchen Prinzipien rechtliche Betreuung orientiert ist

1. Erforderlichkeitsprinzip

Rechtliche Betreuung ist keine Selbstverständlichkeit; niemand steht bedingt unter Betreuung oder hat einen generellen Anspruch darauf. Betreuung ist nach § 1896 Abs. 1 und 2 BGB daran gebunden und dadurch begrenzt, dass sie erforderlich ist.²⁵ Die Erforderlichkeit ist Eingriffsvoraussetzung – und nicht aufschiebende Bedingung.²⁶ Der Entwurf zum 2. BtÄndG drückt das so aus:

„Psychische Erkrankungen oder geistige oder seelische Behinderungen führen nur und insoweit zur Bestellung eines Betreuers, wenn und in welchem Umfang ein Regelungsbedarf besteht; ein Betreuer darf nur bestellt werden, wenn die betroffene Person aufgrund ihrer psychischen Erkrankung ihren Willen nicht frei bestimmen kann; ein Betreuungsbedürfnis besteht nicht, wenn auch ein gesunder Mensch sich der Hilfe eines anderen bedienen würde, um die betreffende Angelegenheit zu regeln; die Aufgabenkreise des Betreuers sind eng zu fassen und Betreuerbestellungen auf Vorrat sind ausgeschlossen. Betreuungsrechtliche Maßnahmen dürfen nur so weit gehen, wie das zwingend ist, um die betroffene Person rechtlich handlungsfähig zu machen, sie dürfen nicht darüber hinausgehen und sie dürfen ihren freien Willen weder brechen noch überhaupt antasten.“²⁷

Der Erforderlichkeitsgrundsatz besagt weiter, dass Betreuung nicht nur gegenständlich auf einen oder mehrere Aufgabenkreise beschränkt, sondern auch zeitlich befristet sein muss.²⁸ Kein Volljähriger darf länger als nötig einem Eingriff ausgesetzt werden und zugunsten keiner volljährigen Person müssen Unterstützungsanstrengungen länger als nötig unternommen werden. Die zeitlichen Grenzen folgen aus dem Prozessrecht (§ 294 Abs. 3, 295 Abs. 2 FamFG).²⁹ Es verpflichtet das entscheidende Gericht, bei der Anordnung den Zeitpunkt anzugeben, an welchem spätestens entschieden werden muss, ob die Betreuungsmaßnahme fort dauern muss oder beendet werden kann.

25 BT-Drs. 11/4528, 120 f.

26 *Schmidt-Recla* (Fn. 1), § 1896 Rn. 12.

27 BT-Drs. 15/2494, 17; klärend auch OLG Köln NJWE-FER 1999, 324 = FamRZ 2000, 908 und BGH NJW-RR 2011, 1506 (1507).

28 *Schmidt-Recla* (Fn. 1), § 1896 Rn. 13.

29 S. dazu *Schmidt-Recla*, in: Münchener Kommentar zum FamFG, 2. Aufl. München 2013, § 294 Rn. 6.

2. Subsidiaritätsprinzip

Aus dem Erforderlichkeitsgrundsatz folgt als zweites Grundprinzip der Betreuung ihre Subsidiarität.³⁰ Sie ist ausgedrückt in § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB. Kann der Hilfebedarf anders erfüllt werden als durch betreuungsrechtliche Maßnahmen, dann geht die andere Hilfe immer vor³¹ – Betreuung soll nicht an die Stelle vorhandener eigener Fähigkeiten treten.³² Auch soll die Betreuung vorhandene Hilfen und Unterstützungen in Familie und Alltag nicht verdrängen. Die Gemeinschaft ist nicht berufen, fremder Missgunst oder eigener Bequemlichkeit durch (für die „betroffene Person“ evtl. kostenlose) rechtliche Betreuungsangebote zu dienen und dafür Mittel einzusetzen.³³ Das heißt vor allem, dass jede Person, die eigene Angelegenheiten gleich welcher Art nicht selbst vornehmen will oder lediglich räumlich oder zeitlich verhindert ist, sie vorzunehmen, auf rechtsgeschäftliche Stellvertretung verwiesen ist. Deswegen geht die Vorsorgevollmacht als Mittel der privatautonomen Vorsorge der Betreuung vor,³⁴ wenn die betreffende Person rechtlich handlungsfähig ist und eine Vorsorgevollmacht entweder errichtet hat oder errichten könnte. Beide Prinzipien – Erforderlichkeit und Subsidiarität – führen als Zielvorgaben zu praktischen Problemen. Sie können streng genommen nur verwirklicht werden, wenn Betreuer, Betreuungsbehörden und Betreuungsgerichte jede Betreuung konzeptionell koordiniert anordnen und führen. Die personelle und finanzielle Ausstattung und auch die Binnenstruktur der an dieser Aufgabe beteiligten Institutionen erlaubt das nicht generell.³⁵ Deshalb wird gefordert, die Kooperation der beteiligten Professionen zu institutionalisieren.³⁶ Für das bürgerliche Recht wird festgehalten werden müssen, dass ein auf das Stellvertretungskonzept aufgebautes Rechtsinstitut nur Aufgaben erfüllen kann, die der Stellvertretung sinnvollerweise überlassen werden können – und nicht mehr.³⁷

30 Eingehend *Klie/Bauer*, Wie ist eine Betreuung vermeidbar? FPR 2004, 672; *Pitschas* (Fn. 21), 61.

31 BT-Drs. 11/4528, 121 f.

32 *Bienwald/Sonnenfeld/Harm* (Fn. 20), Einführung Rn. 10.

33 S. zB. BayObLG MDR 2005, 1055 = BeckRS 2005, 04191.

34 BGH NJW 2011, 2135 = FGPrax 2011, 179.

35 *Jurgeleit*, in: *Jurgeleit* (Hrsg.), *Betreuungsrecht*, 4. Aufl. Baden-Baden 2018, Einleitung Rn. 24.

36 *Jurgeleit* (Fn. 35), Einleitung Rn. 26.

37 *Schmidt-Recla* (Fn. 1), § 1896 Rn. 26.

3. Person des Betreuers

Betreuung ist grundsätzlich Einzelbetreuung durch eine natürliche Person, § 1897 Abs. 1 BGB. Sie ist orientiert am Leitbild der Hilfe von Menschen für Menschen:³⁸ Eine der nicht voll handlungsfähigen Person nahestehende Person übernimmt die Defizitlage und füllt sie durch ihre eigene Person aus, weil sie ein Interesse daran hat. Das verweist Betreuung grundsätzlich in das personale Nahfeld der betreuungsbedürftigen Person und führt dazu, dass der Betreuer zunächst und zuerst in der Familie der betroffenen Person oder bei altruistisch handelnden (mitunter in einem Verein zusammengeschlossenen) Personen gesucht wird,³⁹ denn die Betreuung ist ein Ehrenamt, das unentgeltlich geführt wird, wie sich aus §§ 1897 Abs. 6, 1908i Abs. 1 S. 1, 1836 Abs. 1 S. 1 BGB ergibt. (Kostenlose) Ehrenamts- bzw. Angehörigenbetreuung ist aber nicht mehr die weit überwiegende Regel – (auch Einzel-) Betreuungen werden oft als Berufsbetreuungen geführt. Kann die betreuungsbedürftige Person durch eine natürliche Person nicht hinreichend betreut werden, weil der Betreuungsbedarf so groß ist, dass er dadurch nicht aufgefangen werden kann, kommt zunächst die Mit-, dann die Vereins- und/oder die Amts- oder Behördenbetreuung in Betracht (in dieser Reihenfolge⁴⁰). Die betroffene Person kann Vorschläge zur Person des Betreuers zu machen. Nur unter besonderen Voraussetzungen kann von diesen Vorschlägen abgewichen werden (§ 1897 Abs. 4 BGB). Es gibt auch einzelne Bestellungsverbote (§ 1897 Abs. 3, § 1900 Abs. 5 BGB).

4. Höchstpersönlichkeit

Die zum Betreuer bestellte Person hat die betreute Person persönlich zu betreuen, § 1897 Abs. 1 BGB. Rechtliche Betreuung ist keine Fürsorge nach Aktenlage und keine „anonyme Fallverwaltung“⁴¹, bei der rechtlich relevante Entscheidungen für den Privatrechtsverkehr der betroffenen Person fern von ihr und ohne Rücksicht auf sie getroffen werden. Vielmehr fordert

38 *Schmidt-Recla* (Fn. 1), § 1896 Rn. 9.

39 So auch die Materialien zum BtG; vgl. BT-Drs. 11/4528, 124.

40 *Bienwald/Sonnenfeld/Harm* (Fn. 20), Einführung Rn. 12; *Damrau/Zimmermann* (Fn. 13), § 1900 Rn. 15.

41 *Bienwald/Sonnenfeld/Harm* (Fn. 20), Einführung Rn. 12.

das persönliche Betreuen den direkten Kontakt zwischen Betreuer und betreuter Person.⁴² Der Betreuer muss die betreute Person kennen, er muss mit ihr kommunizieren – und er muss (§ 1901 BGB) ihren Wünschen grundsätzlich entsprechen. Das ist nur möglich, wenn eine persönliche Kommunikationsbeziehung besteht. Diese Vorstellung basiert auf der Idee, dass Fürsorge mit den Mitteln des Privatrechts am besten dann funktioniert, wenn die Aufgaben eines Betreuers von Personen übernommen werden, die wegen ihrer ohnehin schon bestehenden persönlichen Beziehung zur betreuten Person ein besonderes Interesse daran haben, wie es bei Angehörigen in vielen Fällen die Regel ist.⁴³ Das Gebot höchstpersönlicher Betreuung gibt auch für die Berufsbetreuung und die Vereins- bzw. Amtsbetreuung die Leitidee ab.⁴⁴

5. Aufgabenkreisbindung

Der Erforderlichkeitsgrundsatz wird konkretisiert durch § 1896 Abs. 2 BGB. Rechtlich betreut wird weder auf Vorrat noch umfassend (also total), sondern nur in Bereichen, in denen die betreute Person ihre Angelegenheiten nicht selbst besorgen kann. Das wird mit dem Terminus vom Aufgabenkreis umschrieben. Die Aufgabenbereiche müssen einzeln gelistet und übertragen werden (Enumerationsprinzip).⁴⁵ Jenseits eines Aufgabenkreises (oder mehrerer) endet die Rechtsmacht eines Betreuers und besteht alleinige Handlungsfähigkeit der betreuten Person. Problematisch ist der Zuschnitt der einzelnen Aufgabenkreise, innerhalb derer ein Betreuer handelt, bzw. die Möglichkeit, Totalbetreuungen „durch die Hintertür“ dadurch zu erreichen, dass entweder wenige zu weit gefasste oder so viele eng gefasste Aufgabenbereiche formuliert und übertragen werden, dass kein Lebensbereich offen gelassen wird, in welchem die betreute Person noch allein rechtlich handlungsfähig wäre, auch wenn das nicht notwendig ist.⁴⁶ Die einzelnen Aufgabenkreise lassen sich immer entweder der Personensorge oder der Vermögenssorge zuordnen – mit der Ausnahme der Entscheidung über den Fernmeldeverkehr der betreuten Person und über die Entgegennahme, das

42 BT-Drs. 11/4528, 53; *Bienwald*, in: Staudinger Kommentar zum BGB, Neubearbeitung Berlin 2013, Vor § 1896 Rn. 42.

43 *Schmidt-Recla* (Fn. 1), § 1896 Rn. 20.

44 *Schmidt-Recla* (Fn. 1), § 1896 Rn. 20.

45 *Schmidt-Recla* (Fn. 1), § 1896 Rn. 21.

46 *Schmidt-Recla* (Fn. 1), § 1896 Rn. 21.

Öffnen und das Anhalten der Post der betreuten Person; diese bilden einen eigenen Aufgabenkreis.

6. Betreuermehrheiten

Obwohl das Gesetz durchweg im Singular vom Betreuer spricht, sind mehrere Personen als Betreuer möglich, wie § 1899 BGB zeigt. Dabei ist es sowohl möglich, verschiedene Aufgabenkreise je verschiedenen Personen zuzuweisen, als auch verschiedene Personen mit der gemeinschaftlichen Betreuung eines oder mehrerer Aufgabenkreise/s zu betrauen. In ersterem Fall besteht ein echtes Nebeneinander von beschränkten Vertretungsbefugnissen. Letzteres – die Mitbetreuung – ist die Regel bei betreuungsbedürftigen jüngeren Volljährigen, die beide Elternteile haben. Hier setzt sich mit der Vollendung des 18. Lebensjahres in den meisten Fällen die elterliche Sorge in anderem Gewand fort. Grundregel bei der Mitbetreuung ist die Gesamtvertretung, die aber sowohl die Mitbetreuer durch Vereinbarung als auch das Gericht durch Entscheidung modifizieren können. Eine vorgegebene Variante ist die Ersatzbetreuung, bei der ein Mitbetreuer darauf beschränkt ist, für den anderen Mitbetreuer nur und erst bei dessen rechtlicher oder tatsächlicher Verhinderung tätig zu werden.⁴⁷ Schließlich ist es möglich, einen rechtlichen Betreuer an die Mitwirkung/Kontrolle eines weiteren Betreuers zu binden. Ein solcher Gegen- oder Kontrollbetreuer ist jedoch (ebenso wenig wie der Gegenvormund ein Vormund ist) kein Betreuer der betreuten Person und hat auch keine Vertretungsmacht. Seine Aufgabe besteht darin zu prüfen, ob der Betreuer seine Aufgabe/n pflichtgemäß erfüllt. Er handelt damit gewissermaßen an Stelle des staatlichen „Obervormunds“.⁴⁸

7. Betreuungsziel Rehabilitation (§ 1901 Abs. 4 S. 1 BGB)

Rechtliche Betreuung erfüllt ihren Zweck, wenn sie sich selbst entbehrlich macht. Eingriffe in das jeder volljährigen Person eigene Selbstbestimmungsrecht sind legitimiert, wenn sie darauf abzielen, die betroffene Person (wieder) in die Lage zu versetzen, ihre Angelegenheiten selbst und ohne fremde Fürsorge zu besorgen. § 1901 Abs. 4 S. 1 BGB gibt deshalb dem Betreuer auf, innerhalb des übertragenen Aufgabenkreises die einzelnen

47 *Schmidt-Recla* (Fn. 1), § 1896 Rn. 24.

48 Allgemein zur Obervormundschaft *Schmidt-Recla* (Fn. 1), § 1896 Rn. 23.

Angelegenheiten grundsätzlich so zu besorgen, dass die betreute Person möglichst rehabilitiert werde bzw. unter mehreren Varianten der Aufgabenerledigung die zu wählen, die die betreute Person weniger betreuungsbedürftig mache.⁴⁹ Damit ist angeordnet, dass der Betreuer die betreute Person nicht ihrem Zustand überlassen darf, dass er sich nicht darauf beschränken darf, den *status quo praesens* zu zementieren; jedoch ist in vielen Fällen damit schon viel gewonnen.⁵⁰ Die Regel scheint auf die Gesundheitsfürsorge zugeschnitten zu sein, ordnet hier aber nur an, was selbstverständlich ist:⁵¹ Wenn Krankheit betreuungsbedürftig macht, dann soll der/die Kranke so behandelt werden, dass Krankheitssymptome verschwinden, sich nicht verschlimmern oder dass Krankheitsfolgen gemildert werden. Die Regel gilt auch in anderen Aufgabenbereichen.⁵² Der Betreuer folgt ihr in der Vermögenssorge, wenn er es erreicht, dass die betreute Person daran mitwirkt, die eigenen Angelegenheiten zu besorgen oder wenn er, indem er der betreuten Person einzelne Aufgaben überträgt, diese befähigt, das schrittweise mehr und mehr selbst zu übernehmen.⁵³ Das wird freilich selten genug gelingen. § 1901 Abs. 4 S. 1 BGB begründet jedoch keinen eigenen Aufgabenkreis „Rehabilitation“⁵⁴ – es handelt sich nicht, wie leicht angenommen werden könnte (und praktisch nicht selten von Berufsbetreuern, die sich als „Sozialingenieur“ verstehen und die Betreuung mit Gegenständen überfrachten, die ihrer Struktur nicht entsprechen oder von Angehörigenbetreuern, die es schwer ertragen, dass die betreute Person „sich nicht bessert“, angenommen wird), um eine „Kompetenzkompetenz“, mit der der Betreuer sich in Angelegenheiten einmischen könnte, die ihm nicht übertragen sind.⁵⁵

49 Schmidt-Recla (Fn. 1), § 1901 Rn. 65.

50 Schmidt-Recla (Fn. 1), § 1901 Rn. 65.

51 Jürgens, in: Jürgens (Hrsg.), *Betreuungsrecht*, 5. Aufl. München 2014, § 1901 Rn. 15.

52 Müller-Engels, in: Beck Online-Kommentar zum BGB, Stand 1.11.2017, § 1901 Rn. 13.

53 BT-Drs. 11/4528, 134; MüKo-Schwab (Fn. 3), § 1901 Rn. 24.

54 Bienwald/Sonnenfeld/Harm (Fn. 20), § 1901 Rn. 13; Bienwald, *Die Verpflichtung des Betreuers aus § 1901 IV BGB*, RPfleger 2003, 229; Damrau/Zimmermann (Fn. 13), Rn. 24.

55 Schmidt-Recla (Fn. 1), § 1901 Rn. 67; MüKo-Schwab (Fn. 3), § 1901 Rn. 24.

8. Betreutenwohl

Das „Wie“ der Betreuung ist ausgerichtet am „Wohl der betreuten Person“, § 1901 BGB. Wie beim Kindeswohl kann auch beim Betreutenwohl nicht allgemein verlässlich bestimmt werden, worin es besteht.⁵⁶ Was „Betreutenwohl“ sei und wie es erreicht/gefördert werden könne, ist die umstrittenste Frage des Betreuungsrechts.⁵⁷ In Vermögensangelegenheiten helfen die aus dem Vormundschaftsrecht bekannten Positivierungen. Die Literatur arbeitet darüber hinaus mit rechtlichen und außerrechtlichen Bezugspunkten, die den §§ 1896 ff. BGB vorgegeben seien, bzw. mit Funktionsanalysen:⁵⁸

(1) Unzweifelhaft kann es beim Betreutenwohl nur um das Wohl der konkreten betreuten Person, nicht des Betreuers (nicht um seine Vergütungsinteressen⁵⁹), nicht der Angehörigen der betreuten Person und nicht um das Wohl Dritter (Erbprätendenten,⁶⁰ Gläubiger⁶¹ oder der Allgemeinheit⁶²) gehen.⁶³ Deswegen ist der Betreuer etwa kein Garant dafür, dass die betreute Person keine Straftaten begeht.⁶⁴ (2) Ferner kann es nur um das Wohl der betreuten Person in ihrer momentanen (gesundheitlichen, finanziellen) Lebenssituation gehen⁶⁵ und nicht um Eventualitäten oder Optimalzustände: Fürsorge mit privatrechtlichen Mitteln garantiert nicht, dass mit einem Betreuer „alles so bleibt wie es ist“ oder „jetzt alles besser wird“. ⁶⁶ (3) Und weil Betreuer es mit Personen zu tun haben, deren Individualgenese abge-

56 Zum Problem auch *Schmidt-Recla*, in: Rehmann-Sutter/Schües (Hrsg.), *Rettende Geschwister*, 2015, S. 113.

57 *Lipp* (Fn. 7), S. 150.

58 So *Lipp* (Fn. 7), S. 152.

59 OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 1677 (1678) = FamRZ 1999, 1166.

60 OLG München FamRZ 2006, 62 = RPfleger 2006, 14; LG Arnsberg FamRZ 2016, 578.

61 BGH NJW 1995, 1213 (1214).

62 *Lipp* (Fn. 7), S. 161 und *Kollmer*, *Selbstbestimmung im Betreuungsrecht*, 1992, S. 128 f.

63 *Damrau/Zimmermann* (Fn. 13), § 1901 Rn. 4f.

64 *Kieß*, in: *Jurgeleit* (Hrsg.), *Betreuungsrecht*, 4. Aufl. Baden-Baden 2018, § 1901 Rn. 32; aA. aber OLG Celle NJW 2008, 1012 (1013) (übermäßige Kaninchenhaltung).

65 MüKo-Schwab (Fn. 3), § 1901 Rn. 10.

66 *Schmidt-Recla* (Fn. 1), § 1901 Rn. 16.

geschlossen ist, sind Betreuer (anders als Eltern und Vormünder) nicht berechtigt, betreute Personen zu bessern,⁶⁷ zu erziehen,⁶⁸ anzupassen oder umzugestalten. In diesem auch von der Position der betreuten Person als Träger des Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG), definierten⁶⁹ Licht kann das Gesetz unter „Betreutenwohl“ nicht verstehen, dass die betreute Person dazu gebracht wird, sich so zu verhalten, wie der Betreuer, ihre Angehörigen, ihr Arzt, Bankberater oder Sachbearbeiter in einer Behörde sich das vorstellt.⁷⁰

Das stimmt übrigens (4) mit dem Rehabilitationsgebot überein, denn Rehabilitation bedeutet nicht, dass die betreute Person über die ihr gegebenen Ressourcen hinausgelangt (sich besser ausbildet, einen besseren Job annimmt, weniger trinkt, affektiv besser gestimmt ist oder weniger destruktive Stimmen imaginiert), sondern dass sie in die Lage versetzt wird, ihre Ressourcen im Rechtsverkehr nutzen zu können.⁷¹ Es kann also beim Betreutenwohl immer nur um ein individuell-konkretes Ziel gehen und nie darum, sozial akzeptierte Standards oder so etwas wie Normalität zu erreichen.⁷²

Die Frage, ob ein Betreuerhandeln dem Betreutenwohl dient, muss daher aus der Sicht der betreuten Person und anhand subjektiver Kriterien beantwortet werden – es gibt nach hier vertretener Ansicht in der Verfassungswirklichkeit des GG für die Rechtsfürsorge keinen anderen als den subjektiven Maßstab aus der Betreutenperspektive.⁷³ Zu den Kriterien, aus denen sich diese Perspektive speist, gehören alle rechtlich bedeutsamen Verhältnisse, in denen die betreute Person steht – auch ihr Vermögen, das die materielle Basis dafür ist, versorgt zu sein und wie eine nicht betreute Person leben zu können.⁷⁴ Aus diesen Bezugspunkten und aus der Struktur der Betreuung als Fürsorge mit privatrechtlichen Mitteln folgt, dass das für den Betreuer handlungsleitende Betreutenwohl nicht mehr (aber auch nicht weniger!) sein kann, als das aus der Perspektive der betreuten Person bestimmte Interesse dieser Person, mit ihren Ressourcen mit den gleichen

67 BayObLG FamRZ 1995, 26 und *Bürgele* (Fn. 8), 1885.

68 *Prinz von Sachsen-Gessaphe* (Fn. 7), S. 150, 180.

69 Das heben auch BGHZ 182, 116 = NJW 2009, 2814 (2816) und OLG Köln FamRZ 2003, 188 = NJOZ 2002, 2685 hervor.

70 *Kieß* (Fn. 64), § 1901 Rn. 31.

71 *Schmidt-Recla* (Fn. 1), § 1901 Rn. 18.

72 In diesem Sinne noch immer richtig *Frommann*, Keine oder kleine Reform? NDV 1992, 2 (4); ähnlich *Voigt*, Die Pflichten des Betreuers, 1994, S. 80.

73 *Schmidt-Recla* (Fn. 1), § 1901 Rn. 19 und *Kieß* (Fn. 64), § 1901 Rn. 29; a.A. BGH NJW 1995, 1213 = FamRZ 1995, 282 (283); *Frommann* (Fn. 72), 4.

74 *Schmidt-Recla* (Fn. 1), § 1901 Rn. 19.

Rechten am Rechtsverkehr teilnehmen zu können wie nicht betreute Personen.⁷⁵

Das darf indessen nicht missverstanden werden. Wer sich als Betreuer damit beruhigt, dass der Betreutenwille generell vorgehe, wird eher dazu neigen, kritische Entscheidungen der betreuten Person zu überlassen, die infolge der Störung, die sie betreuungsbedürftig macht, mit diesen Entscheidungen überfordert sein kann, als derjenige, der prüft, was oder wie eine nicht betreute Person an der Stelle der betreuten Person entscheiden würde und das mit der betreuten Person zu besprechen versucht.⁷⁶

§ 1901 Abs. 2 S. 2 BGB, das Autonomiegebot, hebt das noch hervor. Es anerkennt die Garantie des Art. 2 Abs. 1 GG für das Betreuungsrecht und stellt klar, dass psychisch kranke, geistig, seelisch oder körperlich behinderte und deswegen betreuungsbedürftige Personen, mögen sie aus der Sicht nicht kranker oder behinderter Personen in ihren (rechtlichen, nur darauf kommt es an) Möglichkeiten noch so eingeschränkt sein, dasselbe Recht wie nicht betreute Personen haben, am Rechtsverkehr teilzunehmen und, indem sie an diesem Verkehr teilnehmen, ihr Leben so zu gestalten, wie sie sich das vorstellen.⁷⁷ Wohl und Wille bilden nach dem Gesetz keine Gegensätze:⁷⁸ Es ist dem Betreuer nicht erlaubt, die betreute Personen in ihrer Lebensführung so zu beschränken, dass jede nicht betreute Person das berechtigterweise von sich weisen würde, weil sie weder sich selbst noch Dritte dadurch gefährdet. Jeder ist (aus Rechtsgründen!) frei, sein Vermögen lebzeitig restlos zu verbrauchen, die gut bezahlte Stelle zu kündigen, Haus, Weib und Kind zu verlassen, die Wohnung nicht aufzuräumen, die Chemotherapie abzulehnen, sich zu berauschen und auch „der Alkohol- oder Drogenkranke hat allein darüber zu befinden, ob er geheilt werden will“⁷⁹. Wo ein selbstverantwortetes Recht auf Luxus, Unangepasstheit, coolness oder Krankheit endet, wird übrigens von jeder Generation neu ausgehandelt. Der aus Rechtsgründen im Staat des Grundgesetzes, der die UN-BRK in innerstaatliches Recht umgesetzt hat, selbstverständliche Appell § 1902 Abs. 2 S. 2 BGB ist sinnvoll, weil die Realität oft anders aussieht als die Rechtsordnung in ihren Grundpfeilern gebaut ist und weil das Selbstbestimmungsrecht betreuter Personen alltäglich aus den verschiedensten

75 *Schmidt-Recla* (Fn. 1), § 1901 Rn. 20.

76 *Schmidt-Recla* (Fn. 1), § 1901 Rn. 21.

77 *Schmidt-Recla* (Fn. 1), § 1901 Rn. 22.

78 *MüKo-Schwab* (Fn. 3), § 1901 Rn. 11.

79 OLG Frankfurt NJW 1998, 1527 (1528).

Gründen heteronom übergangen wird.⁸⁰ Und spätestens an dieser Stelle öffnen sich die bekannten Problemkreise „Selbstbestimmung“, „natürlicher Wille“, „grundrechtlicher Status betreuter Personen“ und „Zwangsbehandlung“, zu denen sich die folgenden Beiträge einzeln äußern.

80 *Schmidt-Recla* (Fn. 1), § 1901 Rn. 23.