

Frederike C. A. Faupel
Die Betreuungsverfügung

This work is licensed under the [Creative Commons](#) License 3.0 “by-nd”, allowing you to download, distribute and print the document in a few copies for private or educational use, given that the document stays unchanged and the creator is mentioned. You are not allowed to sell copies of the free version.



erschienen in der Reihe der Universitätsdrucke
im Universitätsverlag Göttingen 2010

Frederike C. A. Faupel

Die Betreuungsverfügung

Ein Instrument zur
privatautonomen Ausgestaltung
der gesetzlichen Betreuung



Universitätsverlag Göttingen
2010

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Anschrift des Autors

Frederike C. A. Faupel

e-mail: frederike_faupel@web.de

Dieses Buch ist nach einer Schutzfrist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den OPAC der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek (<http://www.sub.uni-goettingen.de>) erreichbar und darf gelesen, heruntergeladen sowie als Privatkopie ausgedruckt werden. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion. Es ist nicht gestattet, Kopien oder gedruckte Fassungen der freien Onlineversion zu veräußern.

Satz und Layout: Frederike C. A. Faupel, Franziska Lorenz
Umschlaggestaltung: Franziska Lorenz

© 2010 Universitätsverlag Göttingen
<http://univerlag.uni-goettingen.de>
ISBN: 978-3-941875-82-1

Meinen Eltern

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Dezember 2009 fertig gestellt und im Wintersemester 2009/2010 von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen als Dissertation angenommen. Sie entstand im Rahmen des von der *Deutschen Forschungsgemeinschaft* (DFG) geförderten Projektes „*Perspektiven der Selbstbestimmung in der alternden Gesellschaft*“ (Geschäftszeichen: LI 892/2-1). Danken möchte ich der *Dr.-Carl-Böse-Stiftung* zu Lübeck für die Übernahme der Druckkosten.

Mein herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. *Volker Lipp*, der diese Arbeit angeregt hat. Während ihrer Erstellung wusste er in zahlreichen Diskussionen neue Impulse zu setzen. Für anregende Gespräche nahm er sich stets Zeit und erbrachte – im besten Sinne des Wortes – eine exzellente Betreuung. Auch darüber hinaus förderte er mich während meiner Tätigkeit an seinem Lehrstuhl stets großzügig und stand meiner Beteiligung an weiterführenden wissenschaftlichen Tätigkeiten und Diskussionen stets offen und unterstützend gegenüber.

Auch danke ich Frau Prof. Dr. *Barbara Veit* für die Anfertigung des Zweitgutachtens.

Weiter danke ich *Monika Schiller*, geb. *Burchardt* für die geführten Diskussionen und die gemeinsame Arbeit im Rahmen des DFG Forschungsvorhabens „*Perspektiven der Selbstbestimmung in der alternden Gesellschaft*“. Für die Unterstützung und stets aufmunternden Worte danke und ich darüber hinaus dem ehemaligen Lehrstuhl-

kolleginnen und -kollegen, den Sekretärinnen Frau *Marie-France Hesse* und Frau *Susanne Kirchhoff* und den Kollegen *Schirin Rieger* und *Andreas Lönner* sowie *Annemarie Faupel* für die Korrektur der Arbeit.

Die Arbeit widme ich meinen Eltern, deren unerschütterliches Vertrauen und bedingungslose Liebe mich nicht nur durch das Studium und die Promotion begleitet haben.

Zuletzt möchte ich meinen herzlichen Dank meinem langjährigen Freund und heutigen Ehemann *Florian* aussprechen. Er hat mir Studium und Promotion nahe gelegt und sich mit mir über deren Sinn und Inhalte über die Jahre in zahllosen Diskussionen auseinandergesetzt und mich dadurch fortwährend liebevoll und hilfreich unterstützt.

Lübeck, im Oktober 2010

Frederike C.A. Faupel, geb. Klein

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	1
A. Problembeschreibung.....	1
I. Abgrenzung zur Vorsorgevollmacht und zur Patientenverfügung	3
II. Möglichkeiten der Betreuungsverfügung.....	5
B. Weiterer Gang der Untersuchung	7
§ 2 Betreuungsverfügung als Instrument zur Ausübung des Selbstbestimmungsrechts	9
A. Verfassungsrechtliche Grundlagen des Selbstbestimmungsrechts	9
B. Ausübung des Selbstbestimmungsrechts im Betreuungsrecht gem. §§ 1896 ff.....	10
I. Betreuung als Fremd- bzw. Selbstbestimmung	10
II. Aufgaben und Ziele der Betreuung	11
1. Rechtliche Stellung des Betreuten	12
2. Aufgaben, Handlungs- und Entscheidungsmaßstab des Betreuers.....	12

3. Private Vorsorge als Ziel der Gesetzgebung.....	13
III. Selbstbestimmungsrecht in der Betreuung	15
C. Antizipierte Ausübung des Selbstbestimmungsrechts	
mittels der Betreuungsverfügung	15
I. Inhalt der Betreuungsverfügung	15
II. Wirkung der Betreuungsverfügung.....	17
1. Wunsch des Betroffenen.....	17
a) Einwilligungs- und Geschäftsfähigkeit des Betroffenen	18
b) Auslegung der Betreuungsverfügung	20
c) Wirkung der Betroffenenwünsche	22
aa) Innenwirkung	22
bb) Außenwirkung.....	22
d) Zwischenergebnis	23
2. Geltung antizipiert geäußerter Wünsche in der Betreuung	23
a) Vorrang des aktuellen Wunsches	23
b) Beachtlichkeit antizipiert geäußerter Wünsche.....	24
c) Voraussetzung für die Bindung.....	26
d) Fehlender Widerruf.....	27
e) Zwischenergebnis	29
3. Entfallen der Bindung an den Betroffenenwunsch	29
a) Fehlender freier und eigenverantwortlicher Wille	30
b) Drohende Selbstschädigung	30
c) Zwischenergebnis	31
4. Zusammenfassung.....	31
III. Reichweite der Betreuungsverfügung	31
1. Wohl des Betroffenen gem. § 1901 Abs. 3 S. 1	32
a) Problemerkörterung	32
b) Verständnis von „Wohl“ in der Betreuung.....	34
c) Zwischenergebnis	35
2. Zumutbarkeit für den Betreuer gem. § 1901 Abs. 3 S. 1	36
3. Gesetzlich zwingende Regelungen	37
4. Zusammenfassung.....	37
IV. Form der Betreuungsverfügung.....	37
V. Sicherstellen der Wirkung der Betreuungsverfügung.....	39
1. Registrierung im Zentralen Vorsorgeregister.....	39
2. Ablieferung der Betreuungsverfügung	
bei Gericht gem. § 1901c	41
3. Beratung beim Abfassen der Betreuungsverfügung	44
D. Zusammenfassung.....	46

§ 3 Einfluss der Betreuungsverfügung auf die Auswahl des Betreuers	49
A. Auswahl des Betreuers gem. §§ 1897 ff.....	50
I. Vorschlag gem. § 1897 Abs. 4 S. 1	50
1. Einzelperson, Personenkreis oder -gruppe	50
2. Gegenbetreuer	53
3. Ersatzbetreuer.....	55
4. Kontrollbetreuer.....	55
II. Vorschlag gem. § 1897 Abs. 4 S. 2.....	56
B. Gesetzliche Anforderungen gem. §§ 1896 ff.	58
I. Eignung der vorgeschlagenen Person gem. § 1897 Abs. 1.....	59
II. Vorrang der privaten, auch berufsmäßigen Einzelbetreuung gem. §§ 1897 Abs. 1 S. 1, 1900	61
1. Stufenverhältnis gem. §§ 1897, 1900.....	61
2. Auswahl von Vereinsmitgliedern gem. § 1900 Abs. 2 S. 2.....	63
III. Ausschluss der in § 1897 Abs. 3 genannten Personen.....	63
IV. Ehrenamtliche Betreuung gem. § 1897 Abs. 6 S. 1	66
V. Übernahmepflicht und Bereiterklärung gem. § 1898.....	68
VI. Geschäftsfähigkeit und Volljährigkeit des Betreuers.....	71
VII. Keine eigene Betreuungsbedürftigkeit des Betreuers	72
VIII. Zusammenfassung	73
C. Ergebnis zu § 3.....	73
§ 4 Einfluss der Betreuungsverfügung auf das Verfahren der Betreuerbestellung.....	75
A. Umfang der Betreuung.....	76
I. Bestimmung der Aufgabenkreise gem. § 1901 Abs. 1.....	76
II. Typisierung der Aufgabenkreise nach Rechtsprechung und Literatur.....	77
III. Zwischenergebnis	79
B. Verfahrenspfleger gem. § 276 FamFG	82
I. Vorschlag in der Betreuungsverfügung	83
1. Auswahl einer Person	83
2. Ausschluss einer Person.....	85

II. Vermeidung der Verfahrenspflegschaft durch privatautonome Bevollmächtigung eines Dritten oder Verzicht auf den Verfahrenspfleger.....	86
1. Bevollmächtigte Verfahrensvertreter	86
2. Verzicht auf den Verfahrenspfleger	87
a) Bestellung eines Verfahrenspflegers trotz Verfahrensbevollmächtigten	87
b) Bestellung eines Verfahrenspflegers gegen den Betroffenenwillen	87
III. Vergütung des Verfahrenspflegers	89
C. Anhörung des Betroffenen gem. § 278 FamFG	92
I. Unterbinden einer Anhörung.....	92
II. Anhörungsort gem. § 278 Abs. 1 FamFG	94
III. Hinzuziehung von Vertrauenspersonen und Ausschluss Dritter von der Anhörung gem. §§ 278 f. FamFG	96
1. Hinzuziehung von Vertrauenspersonen	96
2. Ausschluss Dritter	99
IV. Anhörung von Vertrauenspersonen und Ausschluss der Anhörung Dritter gem. §§ 278, 274 FamFG	100
D. Sachverständigengutachten gem. §§ 280 ff. FamFG	102
I. Verweigerung oder Verzicht der Begutachtung	102
II. Auswahl und Ausschluss des Gutachters	104
E. Gerichtliche Zuständigkeit	106
F. Gefahr in Verzug gem. §§ 301 f. FamFG.....	107
G. Ergebnis zu § 4	108

§ 5 Einfluss der Betreuungsverfügung auf die Betreuung gem. §§ 1901 ff.	109
A. Führung der Betreuung.....	109
I. Pflichten des Betreuers gem. § 1901	110
1. Aufgabenkreis und persönliche Betreuung	110
2. Wünsche und Vorstellungen des Betreuten.....	111
II. Medizinische Behandlung gem. §§ 1901a, 1901b	112

III. Genehmigungsvorbehalte der §§ 1904 – 1908, 1908i	113
1. Sterilisation des Betreuten gem. § 1905	115
2. Unterbringung des Betreuten gem. § 1906.....	116
3. Übrige Angelegenheiten des Betreuten.....	118
a) Fragen der Gesundheit	118
b) Fragen des Aufenthalts und des Wohnraums.....	120
c) Vermögenssorge	122
d) Sonstige Angelegenheiten	127
4. Zwischenergebnis.....	127
IV. Stellung, Aufsicht und Pflichten des Betreuers	128
B. Vergütung des Betreuers	129
I. Mittellosigkeit des Betreuten	129
II. Vermögende Betreute	130
1. Individuelle Vergütung des Berufsbetreuers.....	130
a) Vormünder- und Betreuervergütungsgesetz	130
b) Alternative Vereinbarungen.....	132
2. Individuelle Vergütung des ehrenamtlich tätigen Betreuers.....	133
a) Gestaltungsmöglichkeiten durch die Betreuungsverfügung.....	133
b) Individuelle Bestimmung der Vergütungshöhe.....	134
3. Zwischenergebnis.....	135
C. Ergebnis zu § 5	135
§ 6 Missachtung der Betreuungsverfügung.....	137
A. Durch das Gericht	137
I. Missachtung der Wunschbefolgungspflicht	137
II. Rechtsfolgen und Beschwerdeberechtigung	138
1. Einrichtung der Betreuung von Amts wegen	139
a) Gesetzesbegründung	140
b) Beschwerderecht des abgelösten Betreuers.....	141
c) Rechtsinstitut Vorsorgevollmacht.....	142
d) §§ 1776, 1779 und Art. 6 Abs. 1 GG	144
e) Zwischenergebnis	146
2. Einrichtung der Betreuung auf Antrag des Betroffenen.....	147

B. Durch den Betreuer	148
I. Missachtung der Wunschbefolgungspflicht	148
II. Rechtsfolgen	149
C. Ergebnis zu § 6	151
§ 7 Ergebnis und Ausblick.....	153
Literaturverzeichnis.....	157
Anhang: Auszug aus dem ABGB	175
Lebenslauf	179

Abkürzungen

Es werden die üblichen Abkürzungen nach Hildebert *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 6. Auflage, Berlin 2008 und *Wermke*, Matthias/*Kunkel-Razum*, Kathrin/ *Scholz*-*Stubenrecht*, Werner, DUDEN Band 1, Die deutsche Rechtschreibung, 25. Auflage, Mannheim, Leipzig, Wien, Zürich 2009 verwendet.

§ 1 Einleitung

A. Problembeschreibung

Ein schwerer Unfall und seine gesundheitlichen Folgen oder das Auftreten einer gravierenden Krankheit verändern das Leben eines Menschen zumeist unerwartet und nachhaltig. Mit dem Alter nehmen körperliche Gebrechlichkeit sowie alters-typische Krankheiten, wie z.B. Demenz, zu und beeinträchtigen das Leben dauerhaft. Den Betroffenen und sein soziales Umfeld trifft dies häufig überraschend und unvorbereitet. Sein Leben ändert sich gegen seinen Willen und ohne sein Zutun. Er bedarf fortan fremder Hilfe zur Bewältigung seines Alltags.

Besonders ältere Menschen sind in der Besorgung ihrer Angelegenheiten eingeschränkt. Die reguläre, altersbedingte medizinische Degeneration von geistigen und körperlichen Fähigkeiten, aber auch spezielle Alterserkrankungen begründen ihre Hilfsbedürftigkeit. Nicht nur die Besorgung ihrer Angelegenheiten, sondern auch die Fähigkeit, selbst zu entscheiden, wie das eigene Leben ausgestaltet sein soll, nimmt ab. Zunehmend fällt es schwerer, eigene Entscheidungen zu treffen, sie umzusetzen und anderen gegenüber zu verteidigen. Durch den demographischen Wandel steigt die Zahl der Betroffenen stetig an. Der Anteil der über 65jährigen lag in der Bevölkerung der Bundesrepublik Deutschland im Jahr 2005

bei knapp 20 Prozent, im Jahr 2050 wird er voraussichtlich bei über 33 Prozent liegen.¹

Die Situation, in der der Einzelne nicht mehr fähig ist, eigene Entscheidungen zu treffen bzw. getroffene Entscheidungen umzusetzen, bereitet rechtliche Schwierigkeiten. Fraglich ist, wer die erforderliche Hilfe leistet und die notwendigen rechtlichen Angelegenheiten an Stelle des Betroffenen übernimmt. Das Gesetz sieht hierfür in den §§ 1896 ff. BGB² die Betreuung vor. Der rechtliche Betreuer³ erhält im erforderlichen Aufgabenbereich im Außenverhältnis kraft Gesetz Stellvertretungsbefugnis, um die Angelegenheiten des Betroffenen rechtswirksam umzusetzen, vgl. § 1896 Abs. 1 und 2, § 1902. Diese hat der Betreuer so zu erledigen, wie es den Wünschen des Betreuten entspricht, vgl. § 1901 Abs. 2 und 3. Ein gutes Verhältnis zwischen beiden ist als Kommunikationsgrundlage hilfreich, aber nicht Voraussetzung. Ist der Betreuer eine Person des Vertrauens des Betreuten, erleichtert dies die Situation. Kennt der Betreuer den Betroffenen aus „seinem früheren Leben“, kennt er auch dessen Lebensgewohnheiten und seinen Alltag. § 1897 Abs. 4 und § 1901 Abs. 2 sehen vor, dass der Betroffene Vorschläge zur Auswahl seines Betreuers und Wünsche zur Einrichtung und Führung seiner Betreuung abgeben kann. Ist er dazu nicht mehr in der Lage und können seine Wünsche auch nicht über Dritte erfragt oder sonst herausgefunden werden, können sie nicht berücksichtigt werden. Ihr Fehlen zwingt das Betreuungsgericht⁴ und den Betreuer auf einen objektiven Maßstab zurück zu greifen und im besten Sinn „für“ den Betroffenen zu entscheiden. Bleiben nur Sekundärinformationen durch Angehörige und Bekannte des Betroffenen, könnten deren Aussagen aufgrund anderweitiger Interessen nicht ausschließlich auf das Wohl des Betroffenen, sondern beispielsweise auf das eigene (Erb-) Interesse gerichtet sein.

Diese Gefahr der Fremdbestimmung kann der Betroffene abwenden, indem er vorab im Rahmen einer Betreuungsverfügung seinen Wunschbetreuer bestimmt und Wünsche betreffend der Einrichtung sowie der Führung der Betreuung festhält, die das Gericht und der Betreuer dann ihren Entscheidungen zugrunde legen können. Die Bedeutung der antizipierten Äußerung von derartigen Wünschen in

¹ *Statistisches Bundesamt*, S. 57.

² Alle folgenden Paragrafen ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

³ Zur besseren Lesbarkeit wird im Folgenden für die Personenbezeichnung das generische Maskulinum gewählt, gleichwohl sind männliche und weibliche Personen gleichermaßen gemeint.

⁴ Durch das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) wurde die sachliche Zuständigkeit für Betreuungssachen gem. § 23a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 GVG zum 01.09.2009 geändert. Unverändert ist die Zuständigkeit der Amtsgerichte. Bei diesen werden gem. § 23c Abs. 1 GVG Abteilungen für Betreuungssachen, Unterbringungssachen und betreuungsgerichtliche Zuweisungssachen gebildet, sog. Betreuungsgerichte. Die vorherige Bezeichnung Vormundschaftsgericht wird nicht mehr verwandt. In der vorliegenden Arbeit wird entsprechend der aktuellen gesetzlichen Regelung die Bezeichnung Betreuungsgericht genutzt. Bei Verweisen aus früherer Zeit, werden die Gerichtsbezeichnungen synonym verwandt und daher grundsätzlich entsprechend aktuell angeglichen. Sollte dies nicht möglich sein, wird ausdrücklich darauf hingewiesen.

Form der Betreuungsverfügung wird mit Blick auf die stetig zunehmende Zahl zu betreuender Menschen deutlich.⁵ Eine individuelle und zeitintensive Betreuung, die am Wunsch und am Interesse des Betreuten ausgerichtet ist und diese gewissenhaft ermittelt, scheint bedroht. Waren es im Jahr 1995 noch knapp 625.000,⁶ gab es im Jahr 2005 bereits mehr als 1.2 Mio. Betreute:⁷ Dies ist ein Anstieg von fast 100 % in nur zehn Jahren. Dabei dominieren demenzielle Erkrankungen mit 46 % die Gründe der Betreuerbestellung.⁸ 32 % der eingerichteten Betreuungen betreffen über 70jährige.⁹ Mit dem demographischen Wandel steigt auch das Bedürfnis nach adäquaten rechtlichen Regelungsmöglichkeiten der auftretenden tatsächlichen Probleme. Dabei ist die grundlegende Frage, wer die Entscheidungen für und an Stelle des Betreuten über dessen Angelegenheiten des alltäglichen Lebens trifft. Ist er dazu tatsächlich nicht mehr in der Lage, hat er die Entscheidungen aber bereits antizipiert im Rahmen der Betreuungsverfügung getroffen, müsste auf diese zurückgegriffen werden können. Deren Verbindlichkeit und mögliche Inhalte sowie die Voraussetzungen des Rechtsinstituts Betreuungsverfügung, werden in der vorliegenden Arbeit untersucht.

I. Abgrenzung zur Vorsorgevollmacht und zur Patientenverfügung

Kann eine Person ihre Rechtsangelegenheiten nicht mehr erledigen, bedarf sie der Hilfe Dritter. Unsere Rechtsordnung sieht für diesen Fall mehrere Lösungen vor. Zum einen erklärt sie den Betroffenen nach §§ 104, 105 für einwilligungs- und geschäftsunfähig.¹⁰ Zum anderen eröffnet sie mittels so genannter Vorsorgeinstrumente dem Einzelnen die Möglichkeit einer antizipierten Regelung seiner Rechtsangelegenheiten und stellt ihm darüber hinaus die rechtliche Betreuung nach §§ 1896 ff. zur Seite. Zwischen den privatrechtlichen Vorsorgeinstrumenten – der Vorsorgevollmacht und der Patientenverfügung – und der gesetzlich umfassend geregelten und staatlich kontrollierten rechtlichen Betreuung ist zu unterscheiden.

Eine rechtliche Betreuung wird durch das Betreuungsgericht eingerichtet. Dieses kontrolliert als Organ der Rechtspflege die Notwendigkeit und Führung der Betreuung und hebt sie ggf. auf, vgl. § 1896 Abs. 1, 2, §§ 1908d, 1908i i.V.m. § 1837 Abs. 1 – 3.

Die Vorsorgevollmacht stellt eine echte Alternative zur Betreuung dar, vgl. § 1896 Abs. 2 S. 2. Mit ihr erteilt der Vollmachtgeber dem Vollmachtnehmer (auch) für die Zeit künftiger eigener Hilflosigkeit die rechtliche Stellung, alle in der

⁵ Zum Einfluss der Demographie auf die Betreuungszahlen: *Korte FPR* 2004, 643, 646.

⁶ *Sellin/Engels/Holzhauser* S. 21.

⁷ *Deinert BtPrax* 2007, 3; vgl. auch *Köller/Sellin/Engels* S. 32 ff.

⁸ *Sellin/Engels/Holzhauser* S. 54.

⁹ *Sellin/Engels/Holzhauser* S. 53.

¹⁰ Unter Beachtung der Ausnahmeregelung § 105a, wonach ein volljähriger Geschäftsunfähiger Geschäfte des täglichen Lebens wirksam abschließen kann.

Vollmacht genannten Angelegenheiten des Vollmachtgebers für ihn und an dessen Stelle zu erledigen.¹¹ Der Vollmachtnehmer erhält in den benannten Angelegenheiten Vertretungsbefugnis nach den allgemeinen Regeln des Vertretungsrechts.¹²

Rechtswissenschaftlich ist die Vorsorgevollmacht ausführlich untersucht,¹³ tatsächlich aber trotz vielfältiger Fördermaßnahmen relativ wenig verbreitet¹⁴. Dies dürfte darin begründet sein, dass die Vorsorgevollmacht angesichts der restriktiven Praxis zum Rechtsberatungsgesetz (RBerG)¹⁵ nur dem Ehegatten, dem Lebenspartner, einem engen Verwandten oder einem Rechtsanwalt erteilt werden durfte.¹⁶ Darüber hinaus setzt die Vollmachtserteilung wegen der Gefahr des Missbrauchs¹⁷ ein hohes Maß an Vertrauen in den Vollmachtnehmer voraus. Dieser muss sich nur dem Vollmachtgeber gegenüber rechtfertigen. Zu dieser Kontrolle ist der Vollmachtgeber in den Situationen, für die er eine Vollmacht erteilt, jedoch häufig gerade nicht mehr in der Lage. Eine der Betreuung vergleichbare Kontrolle durch das Betreuungsgericht ist im Rahmen der Vorsorgevollmacht grundsätzlich nicht gegeben.¹⁸

Mit Hilfe einer Patientenverfügung möchte der künftige Patient vorsorglich das „Ob“ und „Wie“ einer späteren medizinischen Behandlung festlegen. Ihre Reichweite und ihre rechtliche Bindungswirkung waren in Rechtsprechung und Wissenschaft, aber auch rechtspolitisch sehr umstritten.¹⁹ Ihre Verbindlichkeit wurde durch das 3. Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts (3. BtÄndG) nun in den §§ 1901a Abs. 1, 1901b festgelegt.²⁰ Beim Abfassen einer Patientenverfügung wird meist übersehen, dass sie nur einige wenige, wenngleich wichtige ärztliche Maßnahmen vorsorglich regeln kann, alle anderen nicht medizinischen Fragen

¹¹ *Walter* S. 2.

¹² *Zimmermann* Rn. 26 ff.

¹³ Aktueller Überblick bei *Staudinger/Bienwald* § 1896 Rn. 114 ff.; weitergehend für die Vollmacht: *Bauer* S. 27 ff.; *Langenfeld* S. 5 ff. und *Walter* S. 43 ff.; i.Ü. *MünchKommBGB/Schwab* § 1896 Rn. 47 ff.; *Abrens* BtPrax 2005, 163 ff.; *Bienwald* BtPrax 1998, 164 ff. und 2002, 227 ff.; *Binschus* Der Amtsvormund 1998, 275 ff.; *Bühler* BWNotZ 1990, 1 ff.; *Coeppicus* Sterbehilfe S. 111 ff.; *Milzger* NJW 2003, 1836 ff.; *Perau* MittRhNotK 1996, 285 ff.; *Rieger* FS Schwab S. 1043 ff.; *Schwab* K 27 ff.; *Uhlenbruck* Selbstbestimmtes Sterben S. 326 ff.; *Zimmermann* S. 41 ff.

¹⁴ *Köller/Sellin/Engels* S. 42 ff.; *Simon/Meran/Fangerau* Der Hautarzt 2004, 721, 724. V.a. die Akzeptanz bei Banken und Sparkassen ist nicht gewährleistet (BT-Drucks. 15/2494 S. 15).

¹⁵ Das Rechtsberatungsgesetz (RBerG) wurde mit Wirkung zum 01.07.2008 durch das Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistung (RDG) ersetzt. Ob die restriktive Praxis zur Vollmachtserteilung auch nach dem RDG nur gegenüber diesem Personenkreis möglich ist, ist fraglich.

¹⁶ Noch zum RBerG: *Abrens* BtPrax 2005, 163, 166; *Lipp* FS Bienwald S. 177.

¹⁷ Vgl. *Bienwald* BtPrax 1998, 164 ff. und BtPrax 1999, 92 ff.; *Bauer* Versorgung und Vorsorge S. 27 ff.; *Walter* S. 160 ff.

¹⁸ Anders ist dies im Fall des Kontrollbetreuers nach § 1896 Abs. 3, vgl. dazu § 3 A. I. 4.

¹⁹ BGHSt 40, 257 ff.; BGHZ 154, 205 ff.; BGHZ 163, 195 ff.; *Taupitz* A 36 ff.; *Verrel* C 46 ff.; ausführlich *Lipp* Patientenautonomie S. 21 ff.; Anhörung im Rechtsausschuss des Bundestag am 04.03.2009 zur Debatte über die Gesetzesentwürfe zur Regelung von Patientenverfügungen, vgl. BT-Drucks. 16/13314; Der Spiegel 2008 Nr. 48 S. 164 ff.

²⁰ Zum 3. BtÄndG und der neuen Regelungen zur Patientenverfügung vgl. § 5 A. II. und Fn. 78, 684.

aber unbeantwortet bleiben, wie etwa die finanziellen Angelegenheiten oder der Umzug in ein Pflegeheim. Sie macht daher die Bestellung eines Betreuers i.d.R. nicht entbehrlich.²¹ Im Übrigen deuten Studien darauf hin, dass die Patientenverfügung von der Bevölkerung wenig genutzt wird.²²

II. Möglichkeiten der Betreuungsverfügung

Die Betreuungsverfügung ist in der Diskussion um die privatautonome Vorsorge bislang weitgehend außer Acht geblieben. Mittels der Betreuungsverfügung kann jeder Einzelne zum einen dem Betreuungsgericht eine Person als Betreuer vorschlagen, vgl. §§ 1897 Abs. 1, 1901c, zum anderen Wünsche für die Führung der Betreuung äußern, die der spätere Betreuer zu beachten hat, vgl. §§ 1901 Abs. 3 S. 2, 1901c. Die Betreuungsverfügung eröffnet dem Einzelnen somit die Möglichkeit, die gesetzliche Betreuung privatautonom auszugestalten und stellt eine Möglichkeit zur antizipierten Ausübung des Selbstbestimmungsrechts dar.

Die Betreuungsverfügung unterliegt nicht den genannten Beschränkungen der Vorsorgevollmacht. Vielmehr kann in ihr jede Person als Betreuer vorschlagen werden, § 1897 Abs. 1 und 4.²³ Auch sind die Missbrauchsmöglichkeiten geringer, weil der rechtliche Betreuer durch das Betreuungsgericht kontrolliert wird bzw. diesem regelmäßig Rechenschaft ablegen muss, vgl. §§ 1904 Abs. 1, 1906 Abs. 1, 1907 Abs. 1, 1908i Abs. 1. Sie verschafft daher all denjenigen die Möglichkeit zur vorsorglichen Ausübung ihrer Rechte, die keine Person ihres Vertrauens haben oder dieser aus Rechtsgründen keine Vollmacht erteilen können.²⁴

Somit wird das Rechtsinstitut Betreuungsverfügung durch eine Mischung aus Privatautonomie und staatlicher Kontrolle charakterisiert. Vereint sie die jeweiligen Vorteile, könnte sie eine einzigartige Möglichkeit zur antizipierten Ausübung des Selbstbestimmungsrechts sein.

Seit Inkrafttreten des Betreuungsrechts im Jahr 1989 fanden zahlreiche Gerichtsverfahren statt, in denen sich die Gerichte mit einschlägigen Fragen des Betreuungsrechts auseinander setzen mussten. Viele dieser Verfahren beschäftigten sich mit dem Willen des Betreuten und den gesetzlichen Grenzen seiner Umsetzbarkeit.²⁵ Nur in wenigen Fällen war der in Form einer Betreuungsverfügung antizipiert geäußerte Wille Gegenstand der Entscheidung. Selbst wo dies der Fall

²¹ Lipp Patientenautonomie S. 32 f. In vielen Fällen wird trotz einer Patientenverfügung ein Betreuer auch für Gesundheitsangelegenheiten bestellt, was das BVerfG für verfassungsgemäß erachtete (BVerfG NJW 2002, 206).

²² Deutsche Hospizstiftung S. 3; van Oorschot, Ethik in der Medizin 2004, 112 ff.

²³ Eignung wird hier als faktischer Begriff verstanden (vgl. die Ausführungen zu 3. A. I.).

²⁴ Dodegge/Roth C. Rn. 80 ff.

²⁵ Vgl. nur OLG Schleswig BtPrax 2008, 36; LG Zweibrücken BtPrax 2006, 154 f.; OLG Köln OLGR 2002, 337 f.

war, wurde der einschlägige Sachverhalt in der (Fach-) Öffentlichkeit überwiegend nicht als Frage der Betreuungsverfügung wahrgenommen.²⁶

Rechtswissenschaftlich wird die Betreuungsverfügung v.a. als Mittel zur Absicherung einer Vorsorgevollmacht diskutiert.²⁷ Als eigenständiges Vorsorgeinstrument ist sie nur ansatzweise,²⁸ ihre Grenzen und Möglichkeiten rechtswissenschaftlich so gut wie nicht erforscht. Eine umfassende Auseinandersetzung liegt nicht vor.²⁹ Dieser Aufgabe stellt sich die vorliegende Arbeit. Hier sollen die wesentlichen, in Verbindung mit dem Rechtsinstitut der Betreuungsverfügung stehenden juristischen Fragen aufgeworfen, ihre Problematik erörtert und Antworten gefunden werden.

In rechtstatsächlicher Hinsicht hat die eigenständige Betreuungsverfügung nach ersten durchgeführten stichprobenartigen Untersuchungen³⁰ vermutlich so gut wie keine Verbreitung gefunden.³¹ Die Gründe dafür sind in der fehlenden rechtswissenschaftlichen Untersuchung und der sich darin begründenden fehlenden Kenntnis über die Möglichkeiten und die Reichweite des Instruments zu vermuten. Dies bewirkt eine fehlende bzw. falsche Aufklärung über ihre Anwendungsmöglichkeiten. Dem widerspricht, dass bei 78,57 % der Eintragungsanträge³² im Zentralen Vorsorgeregister³³ des Jahres 2008 angegeben wurde, dass auch eine Betreuungsverfügung bestehe. Aufgrund der sich abzeichnenden Unkenntnis in der Bevölkerung und in Fachkreisen ist zu vermuten, dass mit diesen Angaben zumeist nicht die Betreuungsverfügung im Sinne des Gesetzes oder die Betreuungsverfügung in ihrer rudimentären Grundstruktur gemeint ist. Unter letzterem ist die Betreuungsverfügung im Rahmen sog. Vorsorgepakete zu verstehen,³⁴ die

²⁶ Vgl. nur BGHZ 154, 205 ff. – Die Entscheidung wurde jedoch als Frage der Verbindlichkeit der Patientenverfügung wahrgenommen (*Uhlenbruck* NJW 2003, 1710 ff.; *Deutsch* NJW 2003, 1567 ff.; *Lipp* BtPrax 2004, 18 ff.).

²⁷ V.a. wird sie in sog. Vorsorgepaketen genannt, bezieht sich dann aber zumeist ausschließlich auf die Benennung des Wunschbetreuers, vgl. nur *Verbraucherzentrale NRW e.V.* S. 50 ff.; *Klinger/Klinger* S. 100 ff.; *Jülicher/Klinger* S. 32 ff.; weitergehend bereits: *Müller/Renner* Rn. 318 ff. und *Bittler* S. 75 ff.; *Geckle* S. 76 f.; *Birmanns* Muster in NWB Nr. 52/53 vom 21.12.1998 S. 4355 f.; *Winkler* S. 55 ff.

²⁸ Überblick bei *Lipp* FS Bienwald S. 177 ff. und Vorsorgeverfügungen § 18; vgl. i.Ü. *Bienwald* BtPrax 1998, 164 ff.; *Epple* BWNotZ 1992, 27 ff. und BtPrax 1993, 156 ff.; *Langenfeld* S. 156 ff.; *Perau* MittRhNotK 1996, 285 ff.; *Uhlenbruck* Patiententestament S. 16 ff. und Selbstbestimmtes Sterben S. 320 ff.; *Zimmermann* S. 30, 209 ff.; *Binschus* ZfF 2000, 80 ff.; v. *Looz* BtPrax 2002, 179 ff.

²⁹ Siehe jedoch: *Lipp* FS Bienwald S. 177 ff.; *Epple* BWNotZ 1992, 27 ff. und BtPrax 1993, 156 ff.; *Perau* MittRhNotK 1996, 285 ff.

³⁰ Erhebungen der Stadt Göttingen, Fachbereich Soziales aus dem Jahr 2004 (unveröffentlicht).

³¹ Zu dieser Feststellung kommt auch *Rieger* FS Schwab S. 1044.

³² Die Zahl der Eintragungsanträge bezieht sich dabei lt. des Jahresberichts der Bundesnotarkammer auf Vorsorgevollmachten. Davon wurden im Jahr 2008 insgesamt 181.233 Vorsorgevollmachten neu registriert. Jahresbericht 2008 der Bundesnotarkammer, <http://www.elrv.info/de/zvr/index.php> (Stand: Dezember 2009).

³³ www.vorsorgeregister.de (Stand: Dezember 2009).

³⁴ Siehe obige Ausführungen § 1 A. II.

bei unterschiedlichen Institutionen als Vordrucke erhältlich sind,³⁵ und sich inhaltlich zumeist ausschließlich auf die namentliche Nennung des Wunschbetreuers beschränken. Die vorliegende Arbeit soll die aufgezeigte Lücke schließen.

B. Weiterer Gang der Untersuchung

Im Folgenden soll untersucht werden, inwieweit der Einzelne Wünsche, die seine Betreuung betreffen, antizipiert formulieren und sie für die Entscheidungen des Gerichts und des Betreuers verbindlich vorgeben kann. Es ist zu untersuchen, ob und in welchem Rahmen dies mit dem Rechtsinstitut Betreuungsverfügung für die Einrichtung, Führung und Überwachung einer später eventuell erforderlichen Betreuung möglich ist.

In § 2 dieser Arbeit wird zunächst die Möglichkeit untersucht, mit Hilfe der Betreuungsverfügung das Recht auf Selbstbestimmung antizipiert für eine mögliche Betreuung auszuüben, indem diese durch die Wünsche und Vorstellungen des Betroffenen individuell ausgestaltet wird. Zur Verdeutlichung der Rechtsfragen soll dabei an den grundlegenden Stellen der Vergleich zum österreichischen Sachwalterrecht gezogen werden. Die §§ 268 ff. des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs (ABGB)³⁶ wurden 1983 neu gefasst und galten als Vorbild bei der Entwicklung des deutschen Betreuungsrechts der §§ 1896 ff.³⁷ Ein Vergleich wird jedoch nur dort gezogen, wo sich Unterschiede in den rechtlichen Regelungen ergeben, um die einzelnen Besonderheiten im deutschen Recht herauszuarbeiten. Er bietet sich an, weil die Rechtsordnungen eine wechselseitige Vorbildfunktion hatten. Das Sachwalterrecht hatte für das deutsche Betreuungsrecht Vorbildcharakter, kannte selbst aber ursprünglich kein Äquivalent zur Betreuungsverfügung. Die Sachwalterverfügung wurde erst später nach dem Vorbild der deutschen Betreuungsverfügung in das österreichische ABGB eingeführt.

Aus dieser Untersuchung sind die Voraussetzungen der Betreuungsverfügung sowie die Wirkung in ihr enthaltener antizipiert geäußerter Wünsche zu entwickeln. Im Anschluss werden in den folgenden Paragraphen der gesetzlich mögliche Einfluss des Einzelnen auf die Auswahl des Betreuers (§ 3), das allgemeine Verfahren der Betreuerbestellung (§ 4) sowie die Führung der Betreuung (§ 5) mittels der Betreuungsverfügung und die Folgen ihrer Missachtung (§ 6) untersucht, bevor in § 7 die wichtigsten Ergebnisse der Arbeit zusammenzufassen sind.

³⁵ Vgl. nur „Vorsorgevollmacht und Betreuungsrecht“ Mecklenburg Vorpommern, Justizministerium Schwerin 2003; „Wie kann ich vorsorgen?“ Freistaat Thüringen Justizministerium, Erfurt 2008; „Das Betreuungsrecht“ Niedersachsen Justizministerium, Hannover 2005.

³⁶ Die einzelnen Paragraphen des ABGB sind abrufbar unter: <http://www.ris.bka.gv.at/Bundesrecht/> (Stand: Dezember 2009).

³⁷ Mit dem Sachwalterrechts-Änderungsgesetz (SWRÄG), in Kraft seit dem 01.07.2007, wurde 2006 die erste große Novellierung des Sachwalterrechts vorgenommen, vgl. Erläut. RV 1420 BlgNr. XXII. GP 12.

§ 2 Betreuungsvorfügung als Instrument zur Ausübung des Selbstbestimmungsrechts

In den Situationen der eigenen Hilflosigkeit ist der Einzelne den Entscheidungen Dritter ausgesetzt. Fraglich ist, ob die Betreuungsvorfügung dabei hilft, diese Entscheidungen Dritter nach den eigenen Wünschen und dem eigenen Wohl zu gestalten. Es ist zu untersuchen, ob die Betreuungsvorfügung dem Einzelnen die Möglichkeit bietet, das Selbstbestimmungsrecht für die mögliche eigene spätere Betreuung antizipiert auszuüben.

A. Verfassungsrechtliche Grundlagen des Selbstbestimmungsrechts

Das Selbstbestimmungsrecht bildet den Kern der durch das Grundgesetz (GG) in Art. 1 geschützten Menschenwürde.³⁸ Menschenwürde und Selbstbestimmung steht jedem Menschen in gleicher Weise zu, auch Alten, Kranken und Behinderten, vgl. Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 S. 1 GG.³⁹ Das von der Menschenwürde umfasste Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen bezieht sich auf die Eigenverant-

³⁸ BGHZ 154, 205, 210; Dreier/*Dreier* Art. 1 GG Rn. 137.

³⁹ BK/*Lorenz* Art. 1 GG Rn. 381; Epping/*Hillgruber* Art. 1 GG Rn. 3 f.; BVerfGE 52, 131 ff.

wortlichkeit in Lebensentscheidungen und den Kern individueller Selbstdarstellung nach außen.⁴⁰ Träger des Rechts zur Selbstbestimmung ist gem. Art. 1 Abs. 1 GG jede natürliche Person von Beginn ihrer Existenz an.⁴¹ Es bedarf aber der Ausübung des Rechts, d.h. irgendeiner Form der Umsetzung im Rechtsverkehr.⁴²

Der Wille des Betroffenen ist damit auch aus verfassungsrechtlichen Gründen grundsätzlich zu beachten. Jede Beschränkung bedarf daher einer Rechtfertigung. Zu rechtfertigen ist damit nicht die privatautonome Gestaltungsmöglichkeit mittels der Betreuungsverfügung, sondern ihre Beschränkung und ihre Grenzen.

B. Ausübung des Selbstbestimmungsrechts im Betreuungsrecht gem. §§ 1896 ff.

I. Betreuung als Fremd- bzw. Selbstbestimmung

Die Frage, ob ein gesetzlicher Vertreter das Selbstbestimmungsrecht eines anderen ausüben kann, wird schon ebenso lange wie kontrovers geführt.⁴³ Dabei geht es allein um die Frage der Rechtsausübung. Mittlerweile ist anerkannt, dass das Recht auf Selbstbestimmung unabdingbar einer Person zusteht. Jeder Mensch hat daher das Recht, seine eignen Angelegenheiten frei und ohne Einmischung Dritter – insbesondere der von staatlicher Stelle – zu regeln.

Nach herrschender Meinung kann der gewillkürte Stellvertreter das Selbstbestimmungsrecht eines anderen ausüben.⁴⁴ Die Vertretungsmacht des Stellvertreters beruht dabei auf dem Willensakt des Vollmachtgebers. Ein gesetzlicher Stellvertreter hingegen werde kraft Gesetzes und nicht durch den Willensakt des Vollmachtgebers legitimiert.⁴⁵ Er treffe also eigene und daher für den Betroffenen fremde Entscheidungen, bestimmt diesen somit fremd.⁴⁶ Schon aus diesem Grund könne der gesetzliche Vertreter nicht das Selbstbestimmungsrecht eines anderen ausüben.⁴⁷ Das Recht auf Selbstbestimmung bliebe nur erhalten, solange seine Ausübung durch den Betroffenen erfolge. Dies ist für Betreute häufig gerade nicht mehr möglich. Selbstbestimmung und Betreuung schließen sich daher auf den

⁴⁰ Maunz/Dürig/Herdegen Art. 1 GG Rn. 80.

⁴¹ Epping/Hillgruber Art. 1 GG Rn. 3, 4, 12.

⁴² Lipp S. 53 f.

⁴³ Vgl. nur Müller-Freienfels FS Coing S. 395, 399 f.; MünchKommBGB/Schramm Vor § 164 Rn. 67; grundlegend zur Stellvertretung Staudinger/Schilken Vorbem. §§ 164 ff. Rn. 3 ff.

⁴⁴ Gessaphe S. 181 ff.; Müller-Freienfels FS Coing S. 395, 399.

⁴⁵ Gessaphe S. 181 ff.

⁴⁶ Vgl. statt vieler MünchKommBGB/Schwab Vor § 1896 Rn. 14, § 1896 Rn. 130 ff., § 1902 Rn. 1, jeweils m.w.N.; noch zum alten Recht: Müller-Freienfels FS Coing S. 395, 400; kritisch: Lipp S. 40 ff., 118 ff.

⁴⁷ Gessaphe S. 181 ff.

ersten Blick aus.⁴⁸ Rechtliche Betreuung wäre demnach reine Fremdbestimmung. Dass sie dies gerade nicht ist, ergibt sich bereits aus § 1901 Abs. 2 S. 3 und § 1897 Abs. 4 S. 3, wonach Betroffenenvorschlägen zu entsprechen ist.

II. Aufgaben und Ziele der Betreuung

Betreute können aufgrund psychischer Krankheit, körperlicher, geistiger oder seelischer Behinderung ihre Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen, vgl. § 1896 Abs. 1 S. 1. Nach dem Betreuungsrecht bezieht sich dies nicht auf die tatsächliche Besorgung ihrer Angelegenheiten,⁴⁹ sondern nur auf die beschränkte oder unmögliche Wahrnehmung ihrer Rechte. Das gilt auch für das Selbstbestimmungsrecht. Es bedarf nicht nur der Ausübung sondern auch der Behauptung gegen Eingriffe Dritter. Das Betreuungsrecht kompensiert dieses Defizit des Betreuten durch zwei Grundziele: Zum einen soll der Betreuer verlorene Fähigkeiten der Rechtsausübung seitens des Betreuten kompensieren. Zum anderen soll er den Schutz der Rechte und Interessen des Betroffenen gewährleisten.⁵⁰

Diese Ziele des Betreuungsrechts spiegeln sich in dem gesetzlich festgelegten Grundsatz der Erforderlichkeit wider: Demnach ist ein Betreuer nur für die Aufgabenkreise zu bestellen, in denen der Betroffene aufgrund geistiger, körperlicher oder seelischer Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht mehr besorgen kann,⁵¹ vgl. § 1896 Abs. 1 S. 1, Abs. 2. Damit soll der Eingriff in die Rechte des Betroffenen minimal erfolgen und der Erhalt seiner vorhandenen Fähigkeiten maximal gefördert werden. Der Grundsatz der Subsidiarität ergänzt dieses Ziel: Die Einrichtung einer Betreuung ist nicht möglich, soweit die Angelegenheiten des Volljährigen durch einen Bevollmächtigten oder durch andere Hilfen, bei denen kein gesetzlicher Vertreter bestellt wird, ebenso gut wie durch eine Betreuung besorgt werden können, vgl. § 1896 Abs. 2 S. 2.

⁴⁸ *Gessaphe* sieht in der Einrichtung der Betreuung die Beschränkung des Selbstbestimmungsrechts (S. 54 ff.).

⁴⁹ Tatsächliche Angelegenheiten des Betroffenen zu besorgen, wie z. B. der hygienischen Körperpflege, ist nicht Aufgabe der rechtlichen Betreuung, sondern z. B. der von Pflegediensten (vgl. nur BR-Drucks. 960/96 S. 33); HK-BUR/*Bauer* § 1901 Rn. 6; *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1901 Rn. 1.

⁵⁰ BT-Drucks. 11/4528 S. 52 f., 59 ff., 125; *Lipp* S. 40 ff.; *Gessaphe* S. 181 f.; *May/Geißendörfer/Simon/Strätling/Lipp* S. 45.

⁵¹ *Lipp* S. 14 f.; *Staudinger/Bienwald* Vorbem. zu §§ 1896 ff. Rn. 38.

1. Rechtliche Stellung des Betreuten

Der Gesetzgeber wollte mit dem „Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige“ von 1992⁵² v.a. die Entrechtung der Betroffenen als grundlegenden Mangel des bisherigen Rechts beenden.⁵³ Das Betreuungsgesetz ersetzte die bis dahin geltende (Gebrechlichkeits-) Pflegschaft, Entmündigung und Vormundschaft über Volljährige. Schutz der Rechte und verfahrensmäßigen Positionen der betroffenen kranken und behinderten Menschen ist Inhalt des Betreuungsrechts.⁵⁴ Die Art und Weise der Betreuung soll individuell, persönlich und nicht anonym erfolgen,⁵⁵ wobei die rechtlichen Bedürfnisse des Volljährigen im Mittelpunkt stehen. In Abkehr zum alten Recht hat die Bestellung eines Betreuers keine Auswirkungen auf die rechtliche Handlungsfähigkeit des Betreuten.⁵⁶ Seine Geschäfts- und Einwilligungsfähigkeit bleiben bestehen. I.d.R. besteht somit eine doppelte Vertretungsbefugnis: einerseits kann der Betreute selber für sich entscheiden, andererseits hat auch der Betreuer Vertretungsbefugnis. Lediglich bei einer „*erheblichen Gefahr für die Person oder das Vermögen*“ kann das Betreuungsgericht nach § 1903 Abs. 1 S. 1 einen Einwilligungsvorbehalt des Betreuers anordnen. Soweit dieser reicht, bedürfen Willenserklärungen des Betreuten, die den Aufgabenkreis des Betreuers betreffen, seiner Einwilligung.

2. Aufgaben, Handlungs- und Entscheidungsmaßstab des Betreuers

Der Betreuer vertritt den Betreuten gerichtlich und außergerichtlich, vgl. § 1902. Er ist in seinen Entscheidungen und seinem Handeln an die Wünsche und Vorstellungen des Betreuten gebunden, vgl. § 1901 Abs. 2 und 3. Er trifft zwar eigene Entscheidungen, eine inhaltliche Entscheidungskompetenz steht ihm jedoch nur bedingt zu. Denn er setzt die Wünsche des Betreuten um und dessen Rechte durch. Dies gilt sowohl für die Bestellung des Betreuers als auch für die Führung der Betreuung, vgl. nur §§ 1896 Abs. 1a, 1897 Abs. 4, 1901 Abs. 3. Die Wünsche und Vorstellungen sind für den Betreuer Entscheidungs- und Handlungsmaßstab,⁵⁷ wenn sie in den bestellten Aufgabenkreis fallen,⁵⁸ soweit dies dem Betroffenenwohl nicht zuwider läuft und dem Betreuer zumutbar ist, vgl. § 1901 Abs. 3. Der Betreute soll im Rahmen seiner Fähigkeiten sein Leben nach seinen eigenen Wünschen und Vorstellungen selbst gestalten, vgl. § 1901 Abs. 2 S. 2 a.E. Darin ist er

⁵² Das Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz) wurde vom Bundestag am 25.04.1990 beschlossen, der Bundesrat stimmte am 01.06.1990 zu. Das Gesetz trat am 01.01.1992 in Kraft und führte den Begriff „Betreuung“ ein. Vgl. zum Gesetzgebungsverfahren ausführlich *Bienwald* BtG, 3. Aufl. Einführung Rn. 47 ff.

⁵³ BT-Drucks. 11/4528 S. 49 ff., 52; *Lipp* S. 49 f.

⁵⁴ Staudinger/*Bienwald* Vorbem. zu §§ 1896 ff. Rn. 38 ff.; BT-Drucks. 11/4528 S. 52 ff.

⁵⁵ BT-Drucks. 11/4528 S. 125.

⁵⁶ *Keilbach* FamRZ 2003, 969.

⁵⁷ Vgl. dazu die Ausführungen unter § 2 C. II.

⁵⁸ *Jurgeleit/Deusing* § 1901 Rn. 14; *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1896 Rn. 132; *Lipp* FS *Bienwald* S. 177, 180; *Knittel* § 1901 Rn. 8.

vom Betreuer zu unterstützen.⁵⁹ Die Erklärungen des Betreuten bedürfen der Umsetzung seines gesetzlichen Vertreters, des Betreuers.

Damit der Betreuer die erwünschte Unterstützung im Interesse und nach den Wünschen des Betreuten erbringen kann, muss sich der Betroffene ihm gegenüber in irgendeiner Form mitteilen.⁶⁰ Eine ausdrückliche Äußerung ist nicht Voraussetzung für die Beachtlichkeit seiner Erklärungen.⁶¹ Somit kann der Betreute sich ebenso durch konkludentes Handeln erklären.

Die ausdrückliche gesetzliche Regelung in § 1901 Abs. 3 zur rechtlichen Geltung aktueller und antizipierter Wünsche des Betreuten ist auch als Reaktion des Gesetzgebers auf die kritisierte Tatsache zu bewerten, dass unter dem alten Vormundschafts- und Pflegschaftsrecht der Wille der Betroffenen wenig geachtet wurde.⁶² Nach früherem Recht spielten Erklärungen des Volljährigen, der unter Vormundschaft und Pflegschaft stand, keine Rolle.⁶³ Das Rechtsinstitut Betreuung soll im Gegensatz dazu allgemein nicht als Bevormundung im Sinne einer Fremdbestimmung, sondern als Hilfe und Sicherung der Selbstbestimmung angesehen werden.⁶⁴

3. *Private Vorsorge als Ziel der Gesetzgebung*

Mit dem 1. Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts⁶⁵ wurde das Bestreben gestärkt, private Vorsorge als vorrangiges Instrument vor der rechtlichen Betreuung⁶⁶ zu verbreiten.⁶⁷ Seitdem sind Betreuungsbehörden nach § 6 S. 2 Betreuungsbehördengesetz (BtBG), Betreuungsvereine nach § 1908f Abs. 1 S. 1 verpflichtet, planmäßig über die Betreuungsverfügung und über die Möglichkeiten der privaten Vorsorge in Form der Vorsorgevollmacht zu informieren und die Aufklärung über diese Instrumente zu fördern.⁶⁸ Darin zeigt sich das Interesse des Gesetzgebers an einem eigenständigen und bedachten Bürger, der sich frühzeitig Gedanken über seine private Vorsorge in Form der Vorsorgevollmacht als Alternative zur Betreuung oder der individuellen Ausgestaltung einer möglicherweise

⁵⁹ BT-Drucks. 11/4528 S. 53; Staudinger/*Biernwald*, § 1901 Rn. 25.

⁶⁰ HK-BUR/*Bauer* § 1901 Rn. 34, § 1897 Rn. 59; *Knittel* § 1901 Rn. 7; Palandt/*Diederichsen* § 1901 Rn. 5.

⁶¹ Dies sieht *Bauer* zumindest für Wünsche bei ärztlichen Behandlungsmaßnahmen anders, vgl. HK-BUR/*Bauer* § 1901 Rn. 34; allgemein für Vorschläge des Betroffenen: *Dodegge*/Roth B. Rn. 51; BayObLG BtPrax 2000, 260; *Perau* MittRhNotK 1996, 285, 286.

⁶² BT-Drucks. 11/4528 S.53, 67; *Langenfeld* S. 156; *Taupitz* JuS 1992, 9.

⁶³ *Epple* BWNotZ 1992, 27; BtG-DiskE S. 36 ff.

⁶⁴ BT-Drucks. 11/4528 S. 125.

⁶⁵ Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 25.06.1998, trat im Wesentlichen als 1. Betreuungsrechtsänderungsgesetz mit Wirkung zum 01.01.1999 in Kraft.

⁶⁶ *Chauwistré* S. 20.

⁶⁷ Zudem gab es weitere Änderungen im Verfahrensrecht, vgl. *Biernwald* BtG, 3. Aufl. Einführungen Rn. 48 ff.

⁶⁸ Siehe zur Beratung durch Betreuungsbehörden: *Binschus* ZfF 2000, 80 ff.; vgl. dazu ausführlich § 2 C. V. 3.

erforderlichen Betreuung mittels der Betreuungsverfügung macht. Das Gesetz nennt die Vorsorgevollmacht in § 1908f Abs. 1 Nr. 2a und § 6 Abs. 1 S. 2 BtBG gleichstehend mit der Betreuungsverfügung. Während durch die Bevollmächtigung eines Dritten die Erforderlichkeit der Betreuung entfällt und gezielt vermieden werden soll, ermöglicht die Betreuungsverfügung die frühzeitige individuelle Ausgestaltung der Betreuung. Mit der Änderung dieser Regelungen sollte hauptsächlich die Alternative zur Betreuung in Gestalt der Vorsorgevollmacht aufgezeigt werden.⁶⁹ Durch die Änderung in § 1908f und § 6 BtBG wurde die Betreuungsverfügung – mit dieser Bezeichnung – erstmals im Gesetz genannt.

Die Stärkung der privaten Vorsorge war ein Hauptziel der 2. Reform des Betreuungsrechts⁷⁰ – wiederum mit dem Bestreben der Betreuungsvermeidung⁷¹. Die ursprüngliche Verpflichtung der Betreuungsbehörden nach § 6 Abs. 1 BtBG zur Aufklärung über die Vorsorgevollmacht und die Betreuungsverfügung wurde um die Möglichkeit der Beglaubigung beider Instrumente durch die Behörde nach Abs. 2 – 6 erweitert. Diese Änderungen führten zur weiteren gesetzlichen Aufwertung der Instrumente.⁷²

Bereits aus § 1901 Abs. 2 S. 3 und § 1897 Abs. 4 S. 3 ergibt sich, dass Betroffenenwünschen – also auch in einer Betreuungsverfügung formulierten Wünschen – zu entsprechen ist. Mit Einführung des Betreuungsrechts wurde dem Vorschlag des Betroffenen aufgrund dieser gesetzlichen Regelung Bedeutung und Verbindlichkeit zugeschrieben.⁷³ Wenn die in der Betreuungsverfügung festgehaltenen Wünsche verbindlich sind, ist sie ein Instrument, die gesetzlich geregelte Betreuung privatautonom auszugestalten. Damit könnte sie ein hohes Maß an Selbstbestimmung in der Betreuung gewährleisten. Rechtliche Betreuung wäre dann schon deshalb keine Fremd-, sondern Selbstbestimmung.⁷⁴

Weil Wünsche des Betreuten immer der Umsetzung durch den Betreuer bedürfen, birgt die Betreuung aus zwei Gründen die Gefahr der Fremdbestimmung: Zum einen könnte der Betreuer die Wünsche des Betreuten nicht beachten oder sie aufgrund subjektiver Wertung verändern. Zum anderen besteht die Gefahr, dass der Betreuer den – aus Sicht des Betroffenen unerwünschten – Einfluss durch Dritte nicht abwendet. In beiden Fällen wird das Leben des Betroffenen entgegen seiner Wünsche fremdbestimmt. Er kann es nicht so führen, wie er

⁶⁹ BT-Drucks. 15/2494 S. 15, 44.

⁷⁰ Das 2. Betreuungsrechtsänderungsgesetz (2. BtÄndG) wurde vom Bundestag am 18.02.2005 verabschiedet. Der Bundesrat stimmte am 18.03.2005 zu (BR-Drucks. 121/05). Das 2. BtÄndG trat am 01.07.2005 in Kraft und wurde am 21.04.2005 veröffentlicht (BGBl. I S. 1073; BT-Drucks. 15/4874).

⁷¹ Zweiter Themenkomplex des 2. BtÄndG war die Neuregelung des Rechts der Vergütung und des Aufwendungsersatzes. Die Abrechnung des Betreuers wurde von der Stundenvergütung auf die sog. Fallpauschale umgestellt (BT-Drucks. 15/4874).

⁷² Siehe dazu: *Binschus* ZfF 2000, 80 ff.

⁷³ BT-Drucks. 11/4528 S. 127; Vgl. dazu ausführlich unter § 2 C. II. 1. und 2.

⁷⁴ Vgl. nur *Lipp* S. 48 ff.

selbst bestimmt hat. Nicht nur die Ausübung seines Selbstbestimmungsrechts muss gewährt werden, es ist auch gegen Eingriffe Dritter zu schützen.

III. Selbstbestimmungsrecht in der Betreuung

Durch die Einrichtung einer Betreuung kommt der Staat seinem Fürsorgeauftrag nach und sichert zugleich das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen. Die Einrichtung einer Betreuung ist ein Eingriff in die Rechte des Betroffenen und bedarf daher der Rechtfertigung.⁷⁵ Das Recht auf Selbstbestimmung des Betreuten wird zunächst gegenüber der Betreuung insgesamt dadurch gewährt, dass ihre Einrichtung gegen seinen freien Willen nicht möglich ist, vgl. § 1896 Abs. 1a.⁷⁶ In Rahmen der Einrichtung und Führung der Betreuung wird das Selbstbestimmungsrecht dann dadurch gewährleistet, dass die Betreuung gem. § 1901 Abs. 2, 3 und § 1901a nach den Wünschen und Vorstellungen des Betroffenen zu gestalten ist und nur zu seinem Wohl erfolgen darf. Diese Ausrichtung auf das Betroffenenwohl sieht das Gesetz darüber hinaus in den einzelnen Regelungen des Betreuungsrechts vor, schützt somit vor Fremdbestimmung und ermöglicht Selbstbestimmung in der Betreuung.⁷⁷

C. Antizipierte Ausübung des Selbstbestimmungsrechts mittels der Betreuungsverfügung

I. Inhalt der Betreuungsverfügung

§ 1901c S. 1⁷⁸ bestimmt, dass Schriftstücke, in denen jemand für den Fall seiner Betreuung Vorschläge zur Auswahl des Betreuers oder Wünsche zur Wahrnehmung der Betreuung geäußert hat, an das Betreuungsgericht abzuliefern sind. Nach §§ 1897 Abs. 4, 1901 Abs. 3 S. 1 hat der Betreuer den Wünschen des Betreuten zu entsprechen. Dies gilt gem. § 1901 Abs. 3 S. 2 entsprechend § 1897 Abs. 4 S. 3 auch für solche, die vor der Bestellung des Betreuers geäußert wurden. Aus §§ 1897 Abs. 4, 1901e S. 1 i.V.m. § 1901 Abs. 3 S. 2 ergibt sich für den Einzelnen damit die Möglichkeit, antizipiert Wünsche in Bezug auf seine eigene Betreuung zu formulieren. Dies kann in Absehbarkeit der eigenen Betreuung oder unabhängig davon geschehen. Nach der gesetzlichen Formulierung handelt es sich

⁷⁵ Die Frage, ob die gesetzliche Grundlage des mit der Betreuerbestellung staatlichen Eingriffs in die Rechtsstellung des Betroffenen hinreichend bestimmt sei, wurde vor der Einführung umfassend diskutiert, vgl. nur *Bürgle* NJW 1988, 1881, 1883; *Pardey* S. 3, 66, 86.

⁷⁶ Erfolgt die Einrichtung der Betreuung ohne oder gegen den Willen des Betroffenen, besteht besonders die Gefahr der Fremdbestimmung des Betreuten durch den Betreuer, vgl. BVerfGE 10, 302 ff.

⁷⁷ Diese dazu ausführlich *Lipp* S. 40 ff.; *Gessapbe* S. 54 ff.

⁷⁸ Durch die Normierung der Patientenverfügung wurden durch das 3. BtÄndG die §§ 1901a und 1901b in das Gesetz eingefügt. Der vorherige § 1901a wurde zu § 1901c.

im Rahmen der Betreuungsverfügung dabei nicht um Wünsche und Vorstellungen, die der Betreute während der Betreuung äußert, sondern ausschließlich um solche, die vor der Einrichtung der Betreuung gefasst wurden. Das Gesetz umschreibt somit das Rechtsinstitut Betreuungsverfügung, formuliert aber keine Wirksamkeitsvoraussetzungen.

§ 1901 Abs. 3 sieht keine thematische Beschränkung für antizipiert geäußerte Wünsche und somit für den Inhalt der Betreuungsverfügung vor. Danach können sich die Wünsche auf alle Angelegenheiten der Betreuung beziehen. Die Betreuungsverfügung enthält keine auf unmittelbare Rechtsgestaltung gerichtete Erklärung, ist also keine Willenserklärung.⁷⁹ Mit ihr soll vielmehr Einfluss auf die Entscheidungen anderer genommen werden, nämlich auf die Entscheidungen des Betreuungsgerichts und des Betreuers. Damit stellt die Betreuungsverfügung eine besondere Form der Vorsorgeverfügung dar: Sie enthält keine antizipierte Regelung der Rechtsverhältnisse des Betreuten, sondern gestaltet die gesetzliche Betreuung als staatliche Rechtsfürsorge nach den eigenen Vorstellungen des Betreuten, d.h. privatautonom, aus.

Mit §§ 1897 Abs. 4, 1901 Abs. 3 S. 2 wollte der deutsche Gesetzgeber Betreuungsverfügungen ausdrücklich anerkennen,⁸⁰ auch wenn die Bezeichnung „Betreuungsverfügung“ nur in § 1908f Nr. 2 und in § 6 Abs. 1 und 2 BtBG verwendet wird. Während das deutsche Recht die Betreuungsverfügung (nur) inhaltlich beschreibt, enthält das österreichische ABGB seit dem Sachwalterrechts-Änderungsgesetz (SWRÄG) 2006⁸¹ in § 279 ABGB eine Legaldefinition der mit der Betreuungsverfügung vergleichbaren Sachwalterverfügung. Diese enthält *„Wünsche der behinderten Person, insbesondere solche, die sie vor Verlust der Geschäftsfähigkeit und Einsichts- und Urteilsfähigkeit geäußert hat.“*

Unter der behinderten Person versteht § 273 Abs. 1 ABGB die volljährige Person, die an einer psychischen Krankheit leidet oder geistig behindert ist. Dies ist nach dem Sachwalterrecht die sog. besachwaltete Person. Mit der gesetzlichen Formulierung von § 273 ABGB hebt das Sachwalterrecht für die Sachwalterverfügung einige Besonderheiten hervor. Durch die Wortwahl „insbesondere“ wird deutlich, dass von der Sachwalterverfügung auch solche Wünsche erfasst sein können, die nach Eintritt der psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung entstanden sind. Nach dem Wortlaut des § 1901c S. 1 werden von der Betreuungsverfügung hingegen nur solche Wünsche erfasst, die der Betroffene vor der Betreuung und somit vor dem Vorliegen einer psychischen Krankheit oder seelischen, körperlichen oder geistigen Behinderung gefasst hat. Im Unterschied zu der österreichischen Regelung wird in den §§ 1897 Abs. 4, 1901, 1901c die Geschäfts-, Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Betroffenen nicht aufgeführt.

⁷⁹ BT-Drucks. 11/4528 S. 127; Lipp Vorsorgeverfügungen § 18 Rn. 5; Langenfeld S. 157 f.; Münch-KommBGB/Schwab § 1901 Rn. 11, 13.

⁸⁰ Vgl. BT-Drucks. 11/4528 S. 128, 134.

⁸¹ Vgl. zum SWRÄG Fn. 37.

II. Wirkung der Betreuungsverfügung

Allgemein anerkannt ist, dass der Betroffene Wünsche zur Ausgestaltung seiner Betreuung äußern kann und diese rechtliche Anerkennung erfahren. Dies gilt auch für antizipiert geäußerte Wünsche und bezieht sich sowohl auf Wünsche in Bezug auf die Umstände der Einrichtung einer Betreuung als auch auf ihre Führung. Der Betreuer und das Betreuungsgericht haben sich an diese Vorgaben im Rahmen der gesetzlichen Grenzen zu halten. Damit bietet die Betreuungsverfügung für den einzelnen die Möglichkeit, die Entscheidungen des Betreuers und des Betreuungsgerichts individuell zu lenken und zu beeinflussen, auch wenn er in dem Zeitpunkt tatsächlich dazu selber nicht (mehr) in der Lage ist. Die Betreuungsverfügung ermöglicht daher auch im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben individuelle Regelungen und Vorgaben für den Betreuer und das Betreuungsgericht zu schaffen und somit den gesetzlich bestimmten Entscheidungsspielraum von Betreuungsgericht und Betreuer einzuschränken. Sind diese antizipierten Wünsche des Betroffenen in der Betreuungsverfügung manifestiert, bietet das Gesetz mit diesem Institut für den Einzelnen eine Möglichkeit zur privatautonomen Ausgestaltung der gesetzlich geregelten Betreuung.

Welches die gesetzlichen Grenzen sind, in deren Rahmen die Betroffenenwünsche für die Entscheidungen des Gerichts und des Betreuers maßgeblich sind, ist bislang ungeklärt. Zu untersuchen ist dabei nicht nur die Grenze bzw. die Reichweite des rechtlich anerkannten Wunsches, sondern auch dessen Begründung. Die Reichweite der rechtlich anerkannten Betroffenenwünsche ist dem Gesetz zu entnehmen und wird in III. untersucht. Der Grund ihrer Bindung ist hingegen der gesetzlichen Bewertung des rechtlich anerkannten Wunsches abzuleiten. Diese Untersuchung ist in den folgenden Abschnitten 1. – 3. vorzunehmen.

1. Wunsch des Betroffenen

Das Betreuungsrecht ist auf den Schutz des Betreutenwohls ausgerichtet. Dieses bestimmt es anhand der Betreutenwünsche. Diese bewertet das Gesetz unterschiedlich: Nach § 1901 Abs. 3 S. 2 i.V.m. S. 1 hat ein Betreuer früher geäußerten Wünschen zu entsprechen, es sei denn, der Betreute will an ihnen erkennbar nicht mehr festhalten. Nach § 1901 Abs. 2 hat der Betreuer die Angelegenheiten des Betreuten so zu besorgen, wie es dessen Wohl entspricht. Dazu gehört die Möglichkeit, im Rahmen der Fähigkeiten des Betreuten dessen Leben nach seinen eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten. § 1897 Abs. 4 nennt in S. 1 das Vorschlagsrecht des zu betreuenden Volljährigen für einen Betreuer, dem zu entsprechen ist. S. 2 spricht von dem Recht zum Vorschlag, eine bestimmte Person nicht zum Betreuer zu bestellen, auf das Rücksicht genommen werden soll. Beides gilt nach S. 3 auch für Vorschläge, die der Betreute vor dem Betreuungsverfahren gemacht hat. § 1896 regelt in Abs. 1a, dass gegen den freien Willen des Volljährigen ein Betreuer nicht bestellt werden darf.

Die beispielhafte Aufzählung der Normen zeigt die unterschiedliche Wirkung von geäußerten Wünschen vor oder in der Betreuung. Nach dem Gesetzeswortlaut ist allgemein festzustellen, dass ein Wunsch jede Äußerung des Betroffenen sein kann.

a) Einwilligung- und Geschäftsfähigkeit des Betroffenen

Der Betroffene bleibt trotz der Einrichtung der Betreuung geschäftsfähig.⁸² Dies ergibt sich aus § 1903. Demnach ordnet das Betreuungsgericht, soweit dies zur Abwehr einer erheblichen Gefahr für die Person oder das Vermögen des Betreuten erforderlich ist an, dass der Betreute zu einer Willenserklärung, die den Aufgabenkreis des Betreuers betrifft, dessen Einwilligung bedarf. Geschäftsunfähig ist gem. § 104 nach Vollendung des siebten Lebensjahres nur derjenige, der sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließendem Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand der Natur nach ein vorübergehender ist.

Für die Beachtlichkeit aktuell geäußerter Wünsche des Betroffenen in der Betreuung bedarf es keiner Geschäftsfähigkeit.⁸³ Damit Wünsche auch im Rahmen von § 1903 beachtlich. Die Betroffenenwünsche und -vorstellungen haben keine unmittelbar rechtsgestaltende Wirkung, sondern müssen dazu ggf. durch den Betreuer in eigener Verantwortung und Ausübung seiner Kompetenz umgesetzt werden.⁸⁴

Beim Abfassen einer Betreuungsverfügung wird die Geschäftsfähigkeit des Verfassers regelmäßig (noch) vorliegen. Schließlich soll die Betreuungsverfügung gerade auch den Fall der eigenen Geschäftsunfähigkeit regeln. Auch die Wünsche der Betreuungsverfügung enthalten keine auf unmittelbare Rechtsgestaltung gerichtete Erklärungen, sondern sollen Einfluss auf die Entscheidungen des Gerichts und des Betreuers nehmen und bedürfen der Umsetzung. Die Geschäftsfähigkeit des Betroffenen bei der Abfassung seiner Betreuungsverfügung ist damit irrelevant.⁸⁵

Die Betreuung berührt die Einwilligungsfähigkeit des Betreuten nicht. Seine Einwilligungsfähigkeit ist für die Beachtlichkeit der Betreutenwünsche ebenfalls

⁸² Müller S. 49 ff.; Palandt/*Diederichsen* § 1901 Rn. 5; MünchKommBGB/*Schwab* § 1897 Rn. 19.

⁸³ BayObLG BtPrax 1993, 171; BayObLG NJW-RR 1997, 71; *Perau* MittRhNotK 1996, 285, 286; Palandt/*Diederichsen* § 1901 Rn. 5; MünchKommBGB/*Schwab* § 1897 Rn. 19; *Damrau/Zimmermann* § 1901 Rn. 9.

⁸⁴ BGHZ 154, 205, 211; BGH NJW 2005, 2385; *Lipp* FamRZ 2004, 317, 321 und FS Bienwald S. 177, 178.

⁸⁵ BT-Drucks. 11/4528 S. 67, 127, 133; BayObLG NJW-RR 1997, 71; BayObLG BtPrax 1993, 171; *Dodegge/Roth* B. Rn. 51; *Epple* BWNotZ 1992, 27, 31; *Perau* MittRhNotK 1996, 285, 286; *Langenfeld* S. 157 f.; *Lipp* FS Bienwald S. 177, 178; *Soergel/Zimmermann* § 1901a Rn. 1; *Keim* A. Rn. 29; Palandt/*Diederichsen* § 1901 Rn. 5; *Bamberger/Roth/Müller* § 1901 Rn. 4; *Erman/Roth* § 1901 Rn. 10; MünchKommBGB/*Schwab* § 1901 Rn. 11 § 1897 Rn. 19; *Hausmann/Hohlloch/Rüthel* Kapitel 14 Rn. 171, 174; *Jurgeleit/Jurgeleit* § 1897 Rn. 33.

unbeachtlich. Der verfassungsrechtliche Ausgangspunkt, so viel Autonomie wie möglich, und so wenig Heteronomie wie nötig und die Betonung des Persönlichkeitsschutzes führen dazu, während der Betreuung selbst Wünsche Einwilligungsunfähiger zu berücksichtigen.⁸⁶ Für die Bindung an die antizipierten Vorschläge und Wünsche des Betroffenen in der Betreuungsverfügung nach §§ 1897 Abs. 4, 1901 Abs. 3 S. 1 und 2 kann es daher ebenfalls nicht auf seine Einwilligungsfähigkeit ankommen.⁸⁷

Daher sind Wünsche auf bei Geschäftsunfähigkeit und Einsichtsunfähig bzw. bei § 1903 grundsätzlich beachtlich.

Damit unterscheiden sich die Regelungen der §§ 1896 ff. von den österreichischen Regelungen in §§ 279 Abs. 2 S. 1, 280 f. ABGB. Während der Sachwaltschaft kann die besachwaltete Person⁸⁸ nach österreichischen Recht gem. § 280 Abs. 1 ABGB innerhalb des Wirkungskreises des Sachwalters ohne dessen ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung rechtsgeschäftlich weder verfügen noch sich verpflichten.⁸⁹ Dies gilt auch, wenn die besachwaltete Person tatsächlich einsichts- und urteilsfähig ist.⁹⁰ Mit Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses über die Sachwalterbestellung wird die behinderte Person im Wirkungskreis des Sachwalters in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkt.⁹¹

Nach § 279 Abs. 1 S. 2 ABGB entfalten nur solche Wünsche der Sachwalterverfügung rechtliche Anerkennung, die vor Verlust der Geschäfts- und Einsichtsfähigkeit gefasst wurden.⁹² Nach § 281 Abs. 1 ABGB hat der Sachwalter danach zu trachten, dass die behinderte Person im Rahmen ihrer Fähigkeiten und Möglichkeiten ihre Lebensverhältnisse nach ihren Wünschen und Vorstellungen gestalten kann. Demnach erfahren Wünsche, die der Besachwaltete in der Sachwaltschaft – und somit nach Verlust seiner Geschäfts- und Einsichtsfähigkeit – äußert, gegenüber in der Sachwalterverfügung antizipiert geäußerten Wünschen ein vergleichsweise geringes Maß an Berücksichtigung.⁹³ § 281 Abs. 1 ABGB enthält die – dem deutschen Recht nachgebildete – Wunschbeachtungspflicht.⁹⁴ Da das österreichische Recht jedoch eine ausdrückliche Unterscheidung in der Qualität

⁸⁶ *Spickhoff* AcP Bd. 208 (2008), S. 345, 394 f.

⁸⁷ Vgl. BT-Drucks. 11/4528 S. 67, 133; BayObLG FamRZ 1994, 322; Palandt/*Diederichsen* § 1901 Rn. 5; Erman/*Roth* § 1901 Rn. 10; MünchKommBGB/*Schwab* § 1897 Rn. 19; *Perau* MittRhNotK 1996, 285, 286.

⁸⁸ Nach dem ABGB nennt man die unter Sachwaltschaft stehende Person den Besachwalteten.

⁸⁹ *Koziol/Bydliniski/Bollenberger/Hopf* § 281 ABGB Rn. 1.

⁹⁰ Zu rechtsgeschäftlichen Verfügungen und Verpflichtungen bedarf sie der Einwilligung des Sachwalters (*Koziol/Bydliniski/Bollenberger/Hopf* § 281 ABGB Rn. 1).

⁹¹ *Koziol/Bydliniski/Bollenberger/Hopf* § 281 ABGB Rn. 1; *Kremzow* noch zur ursprünglichen Regelung in *Kremzow* § 273a ABGB Anm. 1 (S. 55).

⁹² So auch *Barth/Ganner* I. B. 2. b. (S. 57). Wenn auch mit umstrittener Wirkung, vgl. § 2 C. II. 2. c).

⁹³ *Barth/Ganner* B. 2. b (1) (S. 56 f.); *Schwimann/Weitzenböck* § 279 ABGB Rn. 4; *Schauer* ÖJZ 2007, 173, 178.

⁹⁴ Nach dem österreichischem Verständnis ist dies aber eher eine „Wunschermittlung“, vgl. *Zierl* § 281 ABGB (S. 124).

der Wünsche vor und nach Verlust der Geschäfts- und Einwilligungsfähigkeit trifft, hat die Wunschbeachtungspflicht des ABGB nicht die gleiche Bedeutung wie die des § 1901 Abs. 2 und 3. Der Vergleich unterstreicht die Besonderheit der Regelung im deutschen Recht, nach der Wünsche des Betroffenen unabhängig von seiner Geschäfts- und Einwilligungsfähigkeit zu beachten sind.⁹⁵ Dies gilt nicht nur für aktuell geäußerte Wünsche in der Betreuung. Vielmehr muss dies erst recht für das Abfassen einer Betreuungsverfügung gelten.

b) Auslegung der Betreuungsverfügung

Mittels der Auslegung wird beantwortet, was der Verfasser mit seiner Äußerung erreichen will.⁹⁶ Ob er dies erreicht, ist eine Frage der Umsetzung und Ausführung. Beides kann nicht ausschließlich dem Wortlaut der Betreuungsverfügung entnommen werden.⁹⁷ Vielmehr ist der Inhalt der Äußerung mittels der allgemeinen Auslegungsregel des § 133 zu ermitteln.⁹⁸ Zwar handelt es sich bei den Äußerungen einer Betreuungsverfügung nicht um Willenserklärungen i.S.v. § 133, sondern um Wünsche. Maßgeblich ist jedoch, dass festzustellen ist, was der Verfasser erklären wollte und was sein Wunsch ist. Dies ist mittels der Auslegungsmethoden von Willenserklärungen möglich.⁹⁹ Analytisch ist zu fragen, was der Verfasser mit seiner Verfügung sagen wollte.¹⁰⁰ Bei der Auslegung des antizipiert Geäußerten ist allein auf den Willen des Verfassers abzustellen,¹⁰¹ nicht auf den ihrer Adressaten oder Dritter. Diese sind nicht schutzwürdig.¹⁰² Dritte haben nur die Aufgabe, den Willen des Betroffenen zu ermitteln¹⁰³ und zur Durchsetzung zu verhelfen¹⁰⁴.

Es macht keinen Unterschied, ob der Wunsch vor langer Zeit oder aktuell vom Betroffenen geäußert wurde. Vielmehr ist entscheidend, dass der Inhalt der

⁹⁵ BtG-DiskE S. 123 ff.; BT-Drucks. 11/4528 S. 67, 127, 133; BayObLG BtPrax 1993, 171; BayObLG BtPrax 2002, 36, 37; BayObLG BtPrax 2002, 165, 166; BayObLG BtPrax 2003, 270; BayObLG BtPrax 2005, 35, 36; OLG Hamm BtPrax 1996, 189; OLG Frankfurt/Main BtPrax 1997, 123; *Biennwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1897 Rn. 53; *Dodegge/Roth* C. Rn. 125, 129, B. Rn. 5; *MünchKommBGB/Schwab* § 1901 Rn. 11; *Knittel* § 1901 Rn. 7; *Lipp* S. 17 f. und S. 149 ff. und FS *Biennwald* S. 177, 178; *Palandt/Diederichsen* § 1901 Rn. 5; *Langenfeld* S. 157; *Perau MittRhNotK* 1996, 285, 286; *Staudinger/Biennwald* § 1901 Rn. 25; *HK-BUR/Bauer* § 1901 Rn. 34.

⁹⁶ *Flume* S. 291.

⁹⁷ *Coepplius* Sachfragen S. 56; *Lipp* FS *Biennwald* S. 177, 181 und Patientenautonomie und Lebensschutz, S. 25; *Biennwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1901a Rn. 6; für die Auslegung einer Patientenverfügung: *Roth* JZ 2004, 494, 499; AG Frankfurt a.M. BtPrax 2002, 222, 223.

⁹⁸ Zum Teil werden diese Grundsätze ausdrücklich nur dem Sinn nach angewandt, weil es sich bei der Betreuungsverfügung nicht um Willenerklärungen handle, vgl. *Biennwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1901a Rn. 6; vgl. allgemein *Bydlinski* S. 428 ff.

⁹⁹ *Lipp* Vorsorgeverfügungen § 18 Rn. 30; *Staudinger/Roth* § 157 Rn. 30.

¹⁰⁰ *Lipp* Patientenautonomie S. 24 f.

¹⁰¹ *Roth* JZ 2004, 494, 499.

¹⁰² Dabei gilt das Gleiche wie im Rahmen der Testamentsauslegung unter Heranziehung der Auslegungskriterien von § 2259: *Zimmermann* Rn. 365.

¹⁰³ *Lipp* Patientenautonomie S. 25.

¹⁰⁴ *Roth* JZ 2004, 494, 499.

Betreuungsverfügung dem gegenwärtigen Wunsch des Betroffenen entspricht. Da nach § 1901 Abs. 3 S. 2 a.E. der aktuelle Wunsch zu ermitteln ist.

Wie im Rahmen der Testamentsauslegung sind zusätzlich die Grundsätze der ergänzenden Auslegung heranzuziehen. Es ist zu hinterfragen, wie der hypothetische Wille des Betroffenen bei Berücksichtigung der aktuellen Umstände wäre, bzw. wie dieser reagiert und agiert hätte.¹⁰⁵ Der Einwand, mit hypothetischen Überlegungen den Betroffenen der Wirkung seines Willens zu berauben, artikuliert die Angst vor Missbrauch. Er kann aber nicht eine allgemein anerkannte Auslegungsmethode in Frage stellen, solange diese nicht zur rein spekulativ hypothetischen Überlegung wird.¹⁰⁶

Ob es sich bei der Betroffenenäußerung um ein allgemeines Werturteil oder einen konkreten Wunsch handelt, ist mittels der Auslegung zu ermitteln. So kann berücksichtigt werden, ob der Verfasser die Tragweite seiner Erklärung überblickt hat¹⁰⁷ oder wie er damals unbekannte Tatsachen heute werten würde.¹⁰⁸ Derart lässt sich analysieren, ob er sich weniger oder sehr intensiv und reflektiert mit dem Inhalt beschäftigt hat.¹⁰⁹ Dieser Unterschied wird beim Vergleich eines selbst formulierten Textes und eines (angekreuzten) Formulartextes deutlich.

Bei dieser Art der Auslegung sind auch Informationen über den Betroffenen zu berücksichtigen, die über die Betreuungsverfügung hinaus bekannt sind. Ggf. sind dazu zusätzliche Informationen zu beschaffen. Insbesondere der bisherige Lebensumstand und die Wertvorstellungen des Betroffenen sind zu berücksichtigen.

Vor diesem Hintergrund ist der Inhalt einer Betreuungsverfügung auszulegen. Die Wirkung einer Betreuungsverfügung allgemein und die Verbindlichkeit der in ihr enthaltenen Wünsche speziell lässt sich deshalb nicht abstrakt und generell festlegen, sondern erst im Wege der Auslegung der konkreten Verfügung.¹¹⁰ Dabei wird deutlich, dass jede Verfügung einen anderen – individuellen – Inhalt hat, den allein der Verfasser bestimmt. Will er den Grad ihrer Verbindlichkeit bestimmen, muss er seine Wünsche entsprechend formulieren. Je weiter er die Inhalte der Betreuungsverfügung fasst und formuliert, umso geringer soll nach seinem Willen ihre Bindungswirkung sein und umgekehrt.¹¹¹ Verfasst er einen sehr konkret formulierten Wunsch, will er ihn für den Betreuer als Anweisung bestimmen. Der BGH hat dies für Anweisungen in Bezug auf die medizinische Behandlung i.R.d. Patientenverfügung bestätigt.¹¹² Für andere, nicht-medizinische Wünsche muss

¹⁰⁵ Roth JZ 2004, 494, 499; Brox/Walker Rn. 201.

¹⁰⁶ Roth JZ 2004, 494, 499; Lipp FamRZ 2004, 317, 320.

¹⁰⁷ Coepplius Sachfragen S. 56.

¹⁰⁸ BÄK NJW 1998, 3406, 3407; Coepplius Sachfragen S. 56 f.

¹⁰⁹ Coepplius Sachfragen S. 56.

¹¹⁰ Anders: *Taupitz* A 121.

¹¹¹ Lipp FS Bienwald S. 177, 181.

¹¹² BGHZ 154, 205, 210, 211; bestätigend BGHZ 163, 195, 198.

dasselbe gelten.¹¹³ Formuliert der Betroffene hingegen nur allgemein Lebenseinstellungen und Wertansichten, will er dem Betreuer nur einen Entscheidungsmaßstab an die Hand geben.

c) Wirkung der Betroffenenwünsche

aa) Innenwirkung

Der Wunsch des Betreuten hat innerhalb und außerhalb der Betreuung unterschiedliche Wirkung. Nach § 1901 Abs. 3 S. 1 hat der Betreuer i.R. des ihm zugewiesenen Aufgabenkreises einem Betreutenwunsch zu entsprechen, soweit dieser dessen Wohl nicht zuwider läuft und die Umsetzung dem Betreuer zumutbar ist. Gem. S. 2 gilt dies auch für Wünsche, die der Betreute vor der Bestellung der Betreuung geäußert hat. Der Wunsch des Betreuten ist damit im Innenverhältnis bindend. Diese Bindung ist relativ, weil sie nur gegenüber dem Betreuer gilt.¹¹⁴ Sie wird absolut, wenn der Betreuer den Wunsch umsetzt. Um die Wünsche des Betreuten umsetzen zu können, muss der Betreuer diese auslegen und hat die ihm bekannten Vorstellungen des Betreuten und seine Lebensumstände mit in den Auslegungsprozess einzubeziehen. Er kann sich dabei nach § 1837 Abs. 1 S. 1 vom Betreuungsgericht beraten lassen, dessen Aufgabe nach Abs. 2 u.a. gerade darin besteht, den Betreuer zur Einhaltung seiner Wunschbefolgungspflicht aus § 1901 Abs. 3 S. 1 und S. 2 anzuhalten.¹¹⁵

Das Wohl des Betroffenen und die Zumutbarkeit für den Betreuer stellen die gesetzlich vorgegebene Grenze der Verbindlichkeit des Betroffenenwunsches dar.¹¹⁶ Ob der Wunsch diesen oder einer anderen zwingenden gesetzlichen Regelung widerspricht, ist durch den Betreuer bzw. das Betreuungsgericht zu ermitteln.

bb) Außenwirkung

Der rechtlich anerkannte Wunsch des Betreuten hat keine eigene rechtsgestaltende Außenwirkung. Diese erfährt er erst, wenn der Betreuer ihn nach § 1902 umsetzt,¹¹⁷ indem er eine eigene Willenserklärung abgibt. Für dieses Vertreterhandeln des Betreuers gelten die allgemeinen Vorschriften zur Stellvertretung nach §§ 164 ff.¹¹⁸ Ob der Betreuer den Wunsch umsetzen muss, hängt davon ab, ob dieser für ihn nach § 1901 Abs. 3 S. 1 im Innenverhältnis verbindlich ist. Ist dies

¹¹³ *Lipp* FS Bienwald S. 177, 181; *Roth*, JZ 2004, 494, 499; *Berger* JZ 2000, 797, 805.

¹¹⁴ So auch *Barth/Ganner* zum Wunsch in der Sachwalterverfügung; v.a. *Ganner* vertritt in der Frage der Verbindlichkeit der in der Sachwalterverfügung enthaltenen Wünsche einen ähnlich weit reichenden Ansatz, vgl. *Barth/Ganner* I. B. 2. b. (1) (S. 57) hingegen: *Barth* iFamZ 2006, 138, 141.

¹¹⁵ *Soergel/Zimmermann* § 1837 Rn. 4.

¹¹⁶ Die Frage seiner konkreten Definition ist an dieser Stelle nicht maßgeblich und daher weiter unten zu behandeln, vgl. § 2 C. III.

¹¹⁷ BGHZ 154, 205, 211; BGHZ 163, 195, 198; *Taupitz* A 121.

¹¹⁸ *Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein* Rn. 175.

gegeben, bestimmt nach der Formulierung des § 1901 Abs. 2 der Betroffene mittels seiner Wünsche, wie der Wunsch umgesetzt werden soll.

d) Zwischenergebnis

Ein Wunsch des Betroffenen kann jede Äußerung sein. An ihn sind gerade nicht die Voraussetzungen zu stellen, die für eine Willenserklärung im rechtsgeschäftlichen Bereich gelten. Was der Betroffene mit seinem Wunsch ausdrücken möchte, ist mittels Auslegung primär durch den Betreuer zu ermitteln. Dieser muss die Wünsche des Betreuten als dessen gesetzlicher Vertreter ermitteln und umsetzen. Erst dadurch erhalten sie rechtsgestaltende Wirkung. Ob der Betreuer den Wunsch umsetzen muss, hängt davon ab, ob dieser für ihn verbindlich ist. Dies ist in Abschnitt 2. zu untersuchen. Was gilt, wenn dies nicht gegeben ist, ist in Abschnitt 3. zu untersuchen.

2. *Geltung antizipiert geäußelter Wünsche in der Betreuung*

a) Vorrang des aktuellen Wunsches

Nach § 1901 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 bilden bei der Einrichtung und Ausführung der Betreuung nach §§ 1896 ff. die aktuellen Wünsche und Vorstellungen des Betreuten den Entscheidungsmaßstab für den Betreuer und das Betreuungsgericht. Ist der Betreute nicht in der Lage, sich zu äußern und mitzuteilen, ist auf frühere Äußerungen – z.B. solche einer Betreuungsverfügung – zurückzugreifen. Liegen diese nicht vor, muss auf seinen mutmaßlichen Willen ausgewichen werden.¹¹⁹ Fehlen auch Anhaltspunkte zur Bildung eines mutmaßlichen Betroffenenwillens, kann nur nach objektiven Maßstäben entschieden werden. Ob diese im konkreten Fall dem (subjektiven) Willen des Betroffenen entsprechen, ist fraglich. Liegen keine individuellen Erklärungen des Betroffenen vor, besteht für ihn die Gefahr, durch die Entscheidungen des Betreuers fremdbestimmt zu werden. Diese Gefahr lässt sich mit Hilfe von im Voraus formulierter Wünsche für eine mögliche eigene Betreuung im Rahmen einer Betreuungsverfügung vermeiden. Dabei unterscheidet sich der Wunsch in einer Betreuungsverfügung gegenüber einer Willenserklärung in folgenden drei Punkten. Wünsche und Vorstellungen der Betreuungsverfügung werden zeitlich vor der Einrichtung einer Betreuung gebildet. Sie werden zudem in Ungewissheit ihrer Notwendigkeit formuliert. Der Betroffene verfasst Wünsche und Vorstellungen für eine Betreuung, deren Eintritt und Ausgestaltung unklar ist. Letztlich bedarf der in der Betreuungsverfügung enthaltene Wunsch zur Verwirklichung der Umsetzung durch Dritte.

¹¹⁹ Zur Ermittlung des mutmaßlichen Willens sind nahe stehende Personen, v.a. Angehörige und sonstige Vertrauenspersonen zu befragen, vgl. zum genauen Vorgehen ausführlich *Spickhoff* AcP Bd. 208 (2008), S. 345, 396. Für die Ermittlung des Patientenwillens ist dies seit dem 01.09.2009 in § 1901b Abs. 2 festgelegt.

Problematisch ist, wann ein derart früher erklärter Wille in der Betreuung Beachtung findet, und wann und warum er unbeachtlich bzw. von ihm abzuweichen ist.

b) Beachtlichkeit antizipiert geäußerter Wünsche

Vorgegeben ist zunächst, dass ein früherer Wunsch des Betroffenen in der Betreuung beachtlich ist.

Der Rechtsgedanke des § 130 Abs. 2 unterstützt die Geltung antizipierter Äußerungen in der Betreuung. Direkt gilt § 130 Abs. 2 für die Geschäftsunfähigkeit. Der Bundesgerichtshof überträgt dies auf die Einwilligungsunfähigkeit des Betroffenen. Demnach ändert sogar *„die inzwischen eingetretene Einwilligungsunfähigkeit [...] an der fortdauernden Maßgeblichkeit des früher erklärten Willens nichts.“*¹²⁰ Dies ist auf die Betreuungsverfügung zu übertragen.

Das Recht auf Selbstbestimmung des Betroffenen sollte nach den Zielen der Gesetzgebung in der Betreuung besondere Beachtung finden, die Bedürfnisse und Ziele des Betreuten daher im Mittelpunkt stehen. Die Achtung seiner aktuellen Wünsche ist Ausfluss dessen. Konsequenterweise muss dies auch für antizipiert geäußerte Wünsche gelten. Sollen Wünsche, die unter Einfluss einer psychischen Krankheit oder körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung gebildet werden, während der Betreuung für das Betreuungsgericht und den Betreuer beachtlich sein und Geltung haben, muss dies erst recht für solche Wünsche gelten, die der Betroffene im Vollbesitz seiner geistigen Fähigkeiten gefasst hat. Übt der Betroffene sein Recht auf Selbstbestimmung aus und erklärt im Vorhinein seine Zustimmung oder Ablehnung einzelner Fragen der allgemeinen Lebensgestaltung, der Person des Betreuers und Ähnliches, ist er durch diese Äußerung zugleich mit der Last der Selbstverantwortung verbunden.¹²¹ Mit der vorherigen Festlegung seines Wunsches trägt der Betroffene das Risiko, diesen nicht mehr rechtzeitig ändern zu können. Diese Änderungslast ist Folge des Umstands, dass ein einmal erklärter Wunsch Geltung hat, bis dieser für andere ersichtlich geändert wurde,¹²² bzw. falls er dazu nicht mehr in der Lage ist, konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass er seinen Wunsch geändert hat.¹²³ Nach dem BGH *„gebietet die Würde des Menschen, sein in einwilligungsfähigem Zustand ausgeübtes Selbstbestimmungsrecht auch dann noch zu respektieren, wenn er zu eigenverantwortlichem Entscheiden nicht mehr in der Lage ist [...]“. Ist der Patient im Zeitpunkt der Maßnahme nicht einwilligungsfähig, so gilt: Eine frühere Willensbekundung, mit welcher der Patient seine Einwilligung in Maßnahmen der in Frage*

¹²⁰ BGHZ 154, 205, 210 f.

¹²¹ Lipp Patientenautonomie S. 24; Taupitz A 13; i.Ü. ist sie durch die jederzeitige Widerrufsmöglichkeit begrenzt, vgl. § 2 C. II. 2. d).

¹²² Roth JZ 2004, 494, 497; Lipp FamRZ 2004, 317, 320.

¹²³ Grundlegens dazu die Grundsätze der BÄK, Ziff. IV NJW 1998, 3406 f. und Handreichungen der BÄK, DÄBl. 1999, A-2720 f.; Eisenbarth S. 67; Baumann/Hartmann DNöZ 2000, 594, 608 f.; Taupitz A 115.

stehenden Art für eine Situation, wie sie jetzt eingetreten ist, erklärt oder verweigert hat, wirkt, falls der Patient sie nicht widerrufen hat, fort.“¹²⁴ In diesen Ausführungen bezieht der BGH sich inhaltlich auf die Einwilligung in medizinische Maßnahmen. Ihre Bindung begründet er mit dem Selbstbestimmungsrecht. Dieses erlaubt nicht nur vorherige Entscheidungen in Bezug auf medizinische Fragen. Vielmehr berechtigt das Recht auf Selbstbestimmung den Einzelnen dazu, alle Angelegenheiten des eigenen Lebens im Vorfeld selbst zu entscheiden.¹²⁵ Die in der Betreuungsverfügung festgehaltenen Wünsche des Betreuten sind daher bindend. Sie zu befolgen steht nicht im Ermessen des Gerichts.

Obwohl das österreichische ABGB mit § 279 Abs. 1 S. 2 ABGB eine Legaldefinition der Sachwalterverfügung getroffen hat, ist die Verbindlichkeit der in ihr enthaltenen antizipiert geäußerten Wünsche streitig. Das SWRÄG verfolgte unter anderem die Stärkung der Besachwaltetenrechte¹²⁶ und damit ähnliche Ziele wie das Betreuungsrecht.¹²⁷ Mit der gesetzlichen Normierung der Sachwalterverfügung im Jahr 2006 sollte der Wunschbeachtung bzw. der Autonomie der betroffenen Person als Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts Rechnung getragen werden.¹²⁸ Nach dem Wortlaut des § 281 Abs. 2 ABGB hat der Sachwalter „Wünsche zu berücksichtigen“, wohingegen § 1901 Abs. 3 verlangt, dass der Betreuer den Betroffenenwünschen „zu entsprechen hat“. Übereinstimmend mit der Erläuterung zum SWRÄG versteht darunter der überwiegende Teil der Literatur, dass die Berücksichtigung der in der Sachwalterverfügung enthaltenen „Empfehlung im pflichtgebundenen Ermessen des Gerichts und des Sachwalters liegt.“¹²⁹ Die Wünsche seien nicht bindend, sondern nur zu berücksichtigen.¹³⁰ Wenige sehen durch § 279 Abs. 1 S. 2 ABGB Gericht und Sachwalter grundsätzlich an die Erklärung gebunden. In letzterem Fall entfällt jedes Auswahlermessen für die Auswahl des Sachwalters.¹³¹ Dann hätten die Wünsche der Sachwalterverfügung die gleiche Wirkung wie die der Betreuungsverfügung.

¹²⁴ BGHZ 154, 205, 205 und 210; sinngem. ebenso: *Lipp* Patientenautonomie S. 23 m.w.N. in Fn. 89 sowie Passive Sterbehilfe S. 43 und dort Fn. 37 m.w.N.; *Taupitz* A 41.

¹²⁵ *Lipp* Vorsorgeverfügungen § 18 Rn. 2.

¹²⁶ Vgl. ausführlich: *Ganner* BtPrax 2007, 238 ff. und BtPrax 2008, 3 ff.; *Maurer* § 275 ABGB Rn. 1 ff.; *Barth* iFamZ 2006, 138 ff.

¹²⁷ Und die BtÄndG 1 und 2, vgl. dazu § 2 B. II.

¹²⁸ Erläuterungen zum Sachwalterrecht 2006, S. 15; *Koziol/Bydlinski/Bollenberger/Hopf* § 281 ABGB Rn. 1; *Maurer* § 279 ABGB Rn. 15; *Feil/Marent* § 279 ABGB neu Rn. 4.

¹²⁹ Erläuterungen zum Sachwalterrecht 2006, S. 13.

¹³⁰ Erläut. 1420 BIGNR XXII. GP S. 16; *Koziol/Bydlinski/Bollenberger/Hopf* § 279 ABGB Rn. 1; *Maurer* § 179 ABGB Rn. 15; *Feil/Marent* § 279 ABGB neu Rn. 4; *Barth* iFamZ 2006, 138, 141; *Zierl* § 279 ABGB (S. 65); so ist im Ergebnis wohl auch *Weitzenböck* zu verstehen, vgl. *Schwimmann/Weitzenböck* § 279 ABGB Rn. 4.

¹³¹ *Barth/Ganner* I. B. 2. b. (S. 57).

c) Voraussetzung für die Bindung

Der Wunsch des Betreuten ist jedoch nur rechtlich anerkannt, wenn er ernsthaft¹³² gefasst wurde. Dies ist anzunehmen, wenn er dauerhaft¹³³ gebildet wurde. Nach verbreiteter Meinung dürfen an die Ernsthaftigkeit keine überspannten Anforderungen gestellt werden.¹³⁴ Es müsse genügen, dass diese „zu *deuten sei*“¹³⁵. Des Weiteren muss es sich bei der Äußerung um einen bewussten, also einen vom natürlichen Willen getragenen¹³⁶ und gerade nicht unbewusst entstandenen Wunsch handeln. Gerade bei geistig Behinderten wird die Erforschung des bewussten Willens den Richter vor nicht zu unterschätzende Probleme stellen. Der Wunsch muss frei von Einfluss Dritter¹³⁷ gefasst sein, also eigenständig und aus eigenem Antrieb. Bei diesbezüglichen Zweifeln ist die eigenständige Entscheidungsfassung ggf. im Rahmen einer erneuten Anhörung zur prüfen. Letztlich darf der Wunsch keinem Irrtum unterliegen und nicht in einem die freie Willensbildung ausschließenden Zustand verfasst worden sein.¹³⁸ Das Gesetz stellt diese Voraussetzungen jedoch weder direkt als Voraussetzung an den aktuellen Wunsch des Betroffenen, noch an seinen antizipiert geäußerten. Vielmehr überträgt es die Prüfung, was der maßgebliche Wunsch des Betroffenen ist und ob dieser bewusst geäußert, ernsthaft und frei von Irrtum und Einfluss Dritter gefasst wurde dem Betreuungsgericht und Betreuer.¹³⁹

Diese Anforderungen stellen sicher, dass der antizipiert geäußerte Wunsch dem Willen des Betroffenen entspricht und schützen ihn daher vor einer ver-

¹³² OLG Hamm FamRZ 1996, 1372; BayObLG FamRZ 1999, 53; BayObLG BtPrax 2000, 260; BayObLG BtPrax 2002, 36, 37; BayObLG BtPrax 2002, 165, 166; BayObLG BtPrax 2003, 270; BayObLG BtPrax 2005, 35, 36; *Dodegge/Roth* B. Rn. 51; HK-BUR/*Bauer* § 1897 Rn. 59a, 59b; *Soergel/Zimmermann* § 1897 Rn. 31; *Staudinger/Bienwald* § 1897 Rn. 28; *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1897 Rn. 53; *Damrau/Zimmermann* § 1897 Rn. 32.

¹³³ *Jürgens/Jürgens* § 1897 Rn. 14; BayObLG BtPrax 2005, 35, 36; BayObLG BtPrax 2003, 270; *Dodegge/Roth* B. Rn. 51.

¹³⁴ OLG Hamm FamRZ 1996, 1372, 1372 f.; zum Teilwerden die zusätzlichen Kriterien (eigenständig, dauerhaft und unabhängig vom Einfluss Dritter) auch als Ausgestaltung bzw. Voraussetzung der Ernsthaftigkeit verstanden, vgl. HK-BUR/*Bauer* § 1897 Rn. 59b oder BayObLG BtPrax 2003, 270 und BayObLG BtPrax 2005, 35, 36 nach denen der Wunsch auf einer eigenständigen Willensbildung beruht, soweit er dauerhaft und unabhängig vom Einfluss Dritter entstanden ist.

¹³⁵ *Dodegge/Roth* B. Rn. 51; *Soergel/Zimmermann* § 1897 Rn. 31.

¹³⁶ BayObLG BtPrax 2000, 260; BayObLG BtPrax 2002, 36, 37; BayObLG BtPrax 2002, 165, 166; *Dodegge/Roth* B. Rn. 51; HK-BUR/*Bauer* § 1897 Rn. 59a; *Perau* MittRhNotK 1996, 285, 286; *Soergel/Zimmermann* § 1897 Rn. 31; *Larenz/Wolf* § 24 Rn. 3; *Bartolomeyczik* FS Ficker S. 51, 54 ff.

¹³⁷ *Dodegge/Roth* B. Rn. 51; MünchKommBGB/*Schwab* § 1897 Rn. 23; *Jürgens/Jürgens* § 1897 Rn. 14; BayObLG BtPrax 2003, 270, BGH NJW 1970, 1680, 1681; BayObLG FamRZ 2001, 1555, 1556; *Palandt/Diederichsen* § 1897 Rn. 17; OLG München RPfeger 2006, 651, 652; BayObLG NJW-RR 1997, 69, 70; BayObLG BtPrax 2002, 36, 37; OLG Düsseldorf BtPrax 1995, 108, 109; BayObLG BtPrax 2005, 35, 36; *Dodegge/Roth* B. Rn. 51; *Soergel/Zimmermann* § 1897 Rn. 31; *Staudinger/Bienwald* § 1897 Rn. 28; *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1897 Rn. 53.

¹³⁸ OLG Düsseldorf FamRZ 1998, 1064, 1066.

¹³⁹ *Lipp* Vorsorgeverfügungen § 18 Rn. 13 m.w.N.

fälschten Definition seiner Wünsche. Die Gefahr der Fremdbestimmung wird damit gebannt. Betreuer und Gericht haben dadurch zudem Anhaltspunkte zur Auslegung eines rechtlich anerkannten Betroffenenwunsches.

d) Fehlender Widerruf

§ 1901 Abs. 3 S. 2 spricht von Wünschen, die der Betreute vor der Betreuung geäußert hat und denen der Betreuer in der Betreuung entsprechen soll. Nach § 1897 Abs. 4 S. 3 a.E. ist einem positiven Vorschlag des Betroffenen in Bezug auf die Betreuerauswahl nach S. 1 zu entsprechen, bzw. nach S. 2 auf die Ablehnung eines potentiellen Betreuers Rücksicht zu nehmen. Nach beiden Vorschriften gelten die Wünsche des Betroffenen, „*es sei denn, dass er an diesen Vorschlägen erkennbar nicht festhalten will.*“ Danach wird gesetzlich vermutet, dass der Betreute an antizipierten Wünschen festhalten will, solange nichts Gegenteiliges bekannt ist. Zeitablauf beeinträchtigt die Wirksamkeit seiner Wünsche demnach nicht.¹⁴⁰

Der Willensvorrang des Betreuten nach § 1901 Abs. 3 S. 2 bedeutet nach herrschender Meinung auch, dass aktuellen Äußerungen immer Vorrang zukommt.¹⁴¹ Widersprechen aktuelle den früheren Äußerungen, gelten sie als Widerruf und gehen nach § 1901 Abs. 3 den früheren vor.¹⁴² Nach der gesetzgeberischen Begründung sollte auf diese Weise eine Selbstbindung des Betroffenen durch Abfassen einer Betreuungsverfügung vermieden werden.¹⁴³ Nach der Begründung des Regierungsentwurfs begründe die fehlende Widerrufsmöglichkeit früherer Äußerungen die geringe Verbreitung der Betreuungsverfügung.¹⁴⁴ Die endliche Festlegung führe zur Angst, sich selbst zu binden und damit eine spätere Änderung der eigenen Meinung unmöglich zu machen.

Nach dem österreichischen § 279 ABGB finden in der Sachwalterverfügung nur solche antizipiert geäußerten Wünsche Berücksichtigung, die vor dem Verlust der Geschäfts-, Einsichts- und Urteilsfähigkeit geäußert wurden.¹⁴⁵ Gleiches gilt für den Widerruf der Sachwalterverfügung: er setzt Geschäfts-, Einsichts- und Urteilsfähigkeit voraus.¹⁴⁶ An den verbindlich gefassten Wunsch der Sachwalterverfügung sind nach Verlust der Geschäftsfähigkeit nicht nur Gericht und Sachwalter, sondern auch der Besachwaltete selber gebunden. Ein Widerruf seiner antizipiert geäußerten Wünsche ist dann für ihn nicht mehr möglich.¹⁴⁷ Dies ist insbesondere in Bezug auf die – auch in § 281 Abs. 1 und 2 ABGB enthaltene – Wunschbeachtungspflicht des Besachwalteten bemerkenswert. Nach der Geset-

¹⁴⁰ Lipp Vorsorgeverfügungen § 18 Rn. 32; Taupitz: A 120.

¹⁴¹ BT-Drucks. 11/4528 S. 128; Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann § 1901 Rn. 21; Soergel/Zimmermann § 1901 Rn. 9.

¹⁴² Langenfeld S. 158; Martin S. 134; Damrau/Zimmermann § 1901 Rn. 13; anders: Müller S. 178.

¹⁴³ BT-Drucks. 11/4528 S. 128.

¹⁴⁴ BT-Drucks. 11/4528 S. 128.

¹⁴⁵ Maurer § 279 ABGB Rn. 15.

¹⁴⁶ Barth/Ganner I. B. 2. b. (2) (S. 58 f.).

¹⁴⁷ Barth/Ganner I. B. 2. b. (2) (S. 58 f.).

zesbegründung enthält der im Rahmen des SWRÄG von 2006 eingeführte § 281 ABGB in Abs. 1 die allgemeine Richtschnur der Tätigkeit des Sachwalters, wonach dieser danach zu trachten hat, dass der Behinderte sein Leben grundsätzlich frei nach seinen eigenen Wünschen und Vorstellungen gestalten kann.¹⁴⁸ Nach der Literatur soll § 281 Abs. 1 und 2 ABGB dem § 1901 Abs. 3 entsprechen.¹⁴⁹ Das deutsche Recht stellt im Vergleich jedoch geringere Anforderungen an einen rechtlich beachtlichen Wunsch des Betreuten. Nach § 1901 Abs. 3 S. 2 gehen aktuelle Wünsche des Betreuten den antizipierten immer vor. Sämtliche Regelungen der Betreuungsverfügung kann der Betroffene daher jederzeit durch aktuelle – anders ausgerichtete – Wünsche oder einen ausdrücklichen Widerruf aufheben.¹⁵⁰ Betroffene, die aufgrund ihrer Krankheit oder Behinderung nicht (mehr) in der Lage sind, sich ausdrücklich zu artikulieren, können ihren Willen nach deutschem Recht durch eindeutiges Verhalten konkludent widerrufen. Bloße Reflexhandlungen bedeuten keinen Widerruf,¹⁵¹ weil sie nicht willensgetragen sind. Vielmehr bedarf es eines erkennbaren Handelns oder Äußerns, aus dem die Meinungsänderung in Bezug auf seine geäußerten antizipierten Wünsche deutlich wird. Die konkreten Anforderungen an einen Widerruf müssen gleich denen eines antizipierten Wunsches des Betroffenen sein, der in der Betreuung Geltung hat.¹⁵² Demnach muss ein Widerruf des Betroffenen bewusst, ernsthaft, frei von Irrtum und Einfluss Dritter gebildet worden sein und ist nach deutschem Recht ausdrücklich oder konkludent zu jedem Zeitpunkt möglich.¹⁵³ Geschäfts- oder Einwilligungsfähigkeit bedarf es nicht.¹⁵⁴ Durch die inhaltlich hohen Anforderungen eines Widerrufs nach dem ABGB ist dieser für den Besachwalteten hingegen gerade nicht jederzeit möglich.¹⁵⁵ Durch die in § 281 ABGB verankerte Wunschbeachtungspflicht des Sachwalters ist ein Widerruf des in der Sachwalterverfügung festgehaltenen antizipierten Wunsches durch einen entgegenstehenden aktuellen Wunsch aber letztlich doch möglich.

¹⁴⁸ RV 1420 XXII. GP S. 18.

¹⁴⁹ Vgl. nur Erläut. 1420 BIGNR XXII. GP 16 S. 5, 20; *Barth/Ganner* I. C. 5. (S. 89).

¹⁵⁰ OLG Düsseldorf FamRZ 1995, 894, 895; *Epple* BWNotZ 1992, 27, 30; Hausmann/Hohloch/-
Röthel/Kapitel 14 Rn. 173 f.; Staudinger/*Biernwald* § 1897 Rn. 28.

¹⁵¹ *Berger* JZ 2000, 797, 805.

¹⁵² In Bezug auf die Ernsthaftigkeit: *Mayer* S. 134.

¹⁵³ *Rudolf/Bittler* § 3 Rn. 24; *Dodegge/Roth* C. Rn. 78,129; *Lipp* FS Bienwald S. 177, 192 und
Vorsorgeverfügungen § 18 Rn. 32 f.; *Epple* S. 27, 30 f.; *Jürgeleit/Jürgeleit* § 1897 Rn. 35.

¹⁵⁴ *Zimmermann* Rn. 366.

¹⁵⁵ *Barth/Ganner* sprechen zwar von der *jederzeitigen* formlosen Widerruflichkeit, dies aber nur bei bestehender Geschäfts-, Einsichts- und Urteilsfähigkeit, vgl. I. B. 2. b. (2) (S. 59). Bei diesen Anforderungen ist ein Widerruf aber gerade nicht jederzeit möglich.

e) Zwischenergebnis

In der Betreuungsverfügung enthaltene, antizipiert gefasste Wünsche erfahren rechtliche Anerkennung, wenn sie bewusst, ernsthaft und frei von Irrtum und Einfluss Dritter gebildet wurden. Ob sie diesen Voraussetzungen entsprechen, ist von Betreuer und Gericht zu prüfen. Ist dies gegeben, sind sie verbindlich und von Betreuer und Gericht zwingend zu beachten. Dies folgt aus § 1901 Abs. 3 S. 1 i.V.m. S. 2, § 1897 Abs. 4 sowie der – durch den BGH ausdrücklich ausgesprochenen – Anerkennung des Selbstbestimmungsrechts. Ihre Verbindlichkeit besteht, solange kein Anhaltspunkt für einen aktuell davon abweichenden Willen oder einen Widerruf vorliegt, vgl. § 1901 Abs. 3 S. 2. Für den Widerruf gelten in diesem Fall dieselben Anforderungen wie für einen verbindlichen Wunsch des Betroffenen.

3. *Entfallen der Bindung an den Betroffenenwunsch*

Der Betroffenenwunsch ist für den Betreuer zwar verbindlich, aber nicht in allen Fällen beachtlich. Die Beachtlichkeit, also die Frage, ob der Betreuer den Wunsch gem. § 1901 umsetzen muss, ist für jeden Einzelwunsch gesondert zu prüfen. Erst wenn sie gegeben ist, hat der Betreuer den Wunsch umzusetzen. Dies gilt aber nur, wenn die Wünsche in den Aufgabenkreis des Betreuers fallen und nicht gegen gesetzliche Vorgaben verstoßen.¹⁵⁶

Wie bereits aufgezeigt, entfällt die Bindung an den Wunsch des Betroffenen nicht, nur weil der Betroffene beim Verfassen geschäfts- oder einwilligungsunfähig war.¹⁵⁷ Sie entfällt auch nicht dadurch, dass Betreuungsgericht oder Betreuer etwas Anderes für besser halten oder dem Betroffenen durch die Umsetzung des Wunsches ein Schaden droht, denn §§ 1901 Abs. 3 S. 1, 1897 Abs. 4 S. 1 begründen keinen Vorrang des objektiven Wohls bzw. der objektiven Interessen des Betroffenen vor seinen subjektiven Wünschen.¹⁵⁸ Denn § 1901 Abs. 2 definiert das Wohl des Betreuten subjektiv.¹⁵⁹ Die §§ 1901 Abs. 3 S. 1, 1897 Abs. 4 S. 1 räumen Betreuungsgericht und Betreuer daher auch kein freies Ermessen ein, Wunsch und Wohl gegeneinander abzuwägen. § 1901 Abs. 3 S. 1 formuliert vielmehr ausdrücklich eine Grenze für die Beachtlichkeit der Betroffenenwünsche. Danach hat der Betreuer Wünschen des Betreuten zu entsprechen, soweit dies dessen Wohl nicht zuwider läuft und dem Betreuer zumutbar ist. Was dies konkret bedeutet ist in Abschnitt III. zu untersuchen.

¹⁵⁶ Der Wunsch auf aktive Sterbehilfe ist daher schon wegen § 216 Strafgesetzbuch unbeachtlich.

¹⁵⁷ Vgl. § 2 C. II. 1. a).

¹⁵⁸ So ist aber wohl Zimmermann zu verstehen (Soergel/*Zimmermann* § 1901 Rn. 10); dagegen zu Recht: HK-BUR/*Bauer* § 1901 Rn. 52.

¹⁵⁹ Vgl. dazu ausführlich § 2 C. III. 1.

a) Fehlender freier und eigenverantwortlicher Wille

Darüber hinaus sieht das Betreuungsrecht keine ausdrücklichen Regelungen zur Beachtlichkeit der Betroffenenwünsche vor. Erfolgt ihre Bildung nicht bewusst, ernsthaft, frei von Irrtum und Einfluss Dritter erfüllt sie nicht die Voraussetzungen, die an den verbindlichen Wunsch zu stellen sind. Er entfaltet dann keine Rechtsfolge und ist daher unbeachtlich. Davon zu unterscheiden ist der Wunsch, der im Zustand fehlender Eigenverantwortlichkeit gebildet wurde. Die Bindung dieser Wünsche ist umstritten. Die Problematik stellt wieder die Frage des Ab- bzw. Überwiegens der Selbstbestimmung gegen die Fremdbestimmung dar. Bei der aktiven Hinderung der Umsetzung eines Betroffenenwunsches durch den Betreuer besteht ein großes Maß an Fremdbestimmung. Die schlichte Weigerung, einem Wunsch nachzukommen, beinhaltet ein geringeres Maß an Fremdbestimmung. Zu bestimmen ist, wann Fremdbestimmung erforderlich ist.

Die Bestellung des Betreuers nimmt dem Betroffenen nicht das verfassungsrechtlich garantierte Recht auf Freiheit zum Risiko.¹⁶⁰ Für die Entscheidungen des Betreuers und des Betreuungsgerichts in Bezug auf die Beachtlichkeit der Wünsche müssten daher die gleichen Anforderungen gelten wie bei der Bestellung eines Betreuers gegen den Willen des Betroffenen nach § 1896 Abs. 1 und 1a.¹⁶¹ Der Maßstab zur Beachtlichkeit der Betroffenenwünsche ist demnach die in Krankheit oder Behinderung gründende fehlende Eigenverantwortlichkeit.¹⁶² Sind die Wünsche Ausdruck einer psychischen Krankheit oder einer Behinderung und daher nicht mehr eigenverantwortlich gebildet, entfällt die Bindung an den Wunsch.

b) Drohende Selbstschädigung

Die Beachtung der Betroffenenwünsche kann zur objektiven Selbstschädigung des Betroffenen führen. Auch in dieser Frage gilt das verfassungsrechtlich garantierte Recht auf Freiheit zum Risiko.¹⁶³ Fremdbestimmung ist demnach erst erforderlich, wenn sich der Betreute aufgrund seiner fehlenden Eigenverantwortlichkeit zu schädigen droht. Erst dann ist sie aber auch erlaubt. Der Betreuer darf die selbstschädigenden Wünsche daher nur dann unbeachtet lassen, wenn sie auf fehlender Eigenverantwortlichkeit basieren und der Betreute sich durch die Verwirklichung dieser Wünsche schädigen würde. Der Schaden muss dabei nicht erheblich oder an bedeutenden Rechtsgütern einzutreten drohen. Denn es geht allein um die Entstehung des Wunsches.

¹⁶⁰ *Lipp* Vorsorgeverfügungen § 18 Rn. 21; MünchKommBGB/*Schub* § 1901 Rn. 14; HK-BUR/*Bauer* § 1901 Rn. 43; BVerfGE 58, 208, 225 f.; BVerfG BtPrax 1998, 144, 145.

¹⁶¹ So auch *Lipp* S. 138 f., 155 f. und Vorsorgeverfügungen § 18 Rn. 21; *Spickhoff* AcP Bd. 208 (2008), S. 345, 394 f.

¹⁶² Anders: *Taupitz* A 121.

¹⁶³ BVerfGE 58, 208 ff.

c) Zwischenergebnis

Das Selbstbestimmungsrecht erlaubt die Nichtbeachtung eines Betroffenenwunsches nur, wenn er auf einer krankheits- oder behindertenbedingt fehlenden Eigenverantwortlichkeit beruht bzw. durch seine Umsetzung der Betroffenen sich selbst zu schädigen droht. Im Übrigen ist auch ein selbstschädigender Wunsch beachtlich, solange er bewusst und gewollt, eigenverantwortlich getroffen wurde.

4. Zusammenfassung

Allgemein anerkannt ist, dass ein früher geäußelter Wunsch in der Betreuung rechtliche Anerkennung erfährt, wenn er ernsthaft, bewusst und frei von Irrtum und Einfluss Dritter gefasst wurde. Der Betroffene muss dazu weder einwilligungs- noch geschäftsfähig sein. Als verbindlicher Wunsch des Betroffenen ist dieser in der Betreuung von dem Betreuer und dem Gericht zu beachten und umzusetzen, soweit er dem aktuellen Wunsch des Betroffenen entspricht. Dies ist nicht gegeben, wenn der Betroffene einzelne antizipiert geäußerte Wünsche oder den gesamten Inhalt seiner Betreuungsverfügung widerruft. Dies gilt, solange der Betroffene einen natürlichen Willen bilden kann.¹⁶⁴

Die Bindung an den rechtlich anerkannten antizipiert geäußerten Betroffenenwunsch begründet sich in der gesetzlichen Formulierung der §§ 1897 Abs. 4, 1901 Abs. 2, 3 und 1901a, des Selbstbestimmungsrechts und der ausdrücklichen Anerkennung dessen durch den BGH¹⁶⁵. Ausnahmen von der Bindung an den Betroffenenwunsch sind nur bei Willensmängeln durch fehlende Eigenverantwortlichkeit bei der Wunschbildung anzunehmen bzw. wenn sich der Betroffene bei der Umsetzung solch eines Wunsches zu schädigen droht. Unzutreffend ist daher die Auffassung, dass Vorschläge des Betreuten nur verbindlich seien, wenn sie seinem Wohl nicht zuwiderlaufen.¹⁶⁶ Nicht auf die Grenze, sondern die grundsätzliche Verbindlichkeit der rechtlich anerkannten, antizipiert geäußerten Wünsche kommt es an.

III. Reichweite der Betreuungsverfügung

Die in der Betreuungsverfügung enthaltenen Wünsche sind rechtlich beachtlich. Der Gesetzgeber formulierte in § 1901 Abs. 3 S. 2 das Wohl des Betroffenen und die Zumutbarkeit der Umsetzung des Wunsches durch den Betreuer als Reichweitenbegrenzung der Betroffenenwünsche. Fraglich ist, ob und wenn ja, wie weit diese und andere gesetzliche Regelungen die Reichweite der Betroffenenwünsche bestimmen.

¹⁶⁴ *Berger* JZ 2000, 797, 805.

¹⁶⁵ Vgl. dazu BGHZ 154, 205, 210.

¹⁶⁶ So aber z.B. *Rudolf/Bittler* § 3 Rn. 2; so ist wohl auch *Bienwald* zu verstehen (vgl. *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1901 Rn. 25).

1. *Wohl des Betroffenen gem. § 1901 Abs. 3 S. 1*

a) Problemerkörterung

Gem. § 1901 Abs. 3 S. 1 hat der Betreuer den Wünschen des Betreuten zu entsprechen, soweit dies dessen Wohl nicht zuwider läuft. Das Wohl des Betreuten bildet nach der gesetzlichen Formulierung eine Grenze für die Reichweite der Bindung an die Betreutenwünsche. § 1901 Abs. 2 S. 1 gilt als zentrale Norm für die Pflichten des Betreuers und des Betreuungsgerichts.¹⁶⁷ Danach soll das Wohl des Betroffenen Handlungs- und Entscheidungsmaßstab für alle ihn betreffenden Entscheidungen sein.¹⁶⁸

Fraglich ist, wie und durch wen das Wohl des Betreuten zu definieren ist. Zu untersuchen ist dabei, ob das Gesetz dem Einzelnen erlaubt, sein Wohl selbst zu definieren. In diesem Fall müsste der Betreuer sich bei der Auslegung der Betroffenenwünsche an diese Definition halten, statt es selber im Sinne des Betroffenen zu bestimmen. Die Gefahr einer Fremdbestimmung in der Betreuung wäre damit stark reduziert.

Eine gesetzliche Legaldefinition vom „Wohl des Betreuten“ fehlt. § 1901 Abs. 2 gibt eine inhaltliche Konturierung durch S. 2 vor: Das Wohl ist auch subjektiv als Möglichkeit für den Betreuten zu verstehen, sein Leben nach seinen eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten.¹⁶⁹ In bewusster Abkehr zum früher geltenden Vormundschafts- und Pflegschaftsrecht sollte im Betreuungsrecht nach der gesetzgeberischen Idee Wünschen und Vorstellungen des Betroffenen ein hoher Stellenwert zukommen.¹⁷⁰ § 1901 soll daher den jeweiligen Fähigkeiten des Betreuten flexibel Rechnung tragen.¹⁷¹ Die Vorschrift bestimmt, welche Bedeutung dem Wohl und den Wünschen des Betreuten zukommt,¹⁷² definiert dies aber nicht ausdrücklich.

Die Materialien zum Betreuungsgesetz behandeln die Frage des Wohls nicht abschließend, aber eingehender.¹⁷³ Statt einer Definition werden Fallgestaltungen aufgelistet. Die Gesetzesbegründung sagt ausdrücklich, dass das Wohl nicht ausschließlich objektiv, sondern aus der Perspektive des Betreuten zu bestimmen und im Rahmen seiner krankheitsbedingt eingeschränkten Fähigkeiten zu gestalten ist. Die Pflicht zur Wunschbeachtung entfällt demnach erst dann, wenn die Gefahr der erheblichen Selbstschädigung besteht.¹⁷⁴ Ebenso urteilt ein Teil der Literatur, der bei einem Widerspruch von objektivem Wohl und subjektivem Wunsch aufgrund des Selbstbestimmungsrechts des Betreuten im Zweifel annehmen möchte,

¹⁶⁷ Lipp S. 149; MünchKommBGB/Schwab § 1901 Rn. 1 ff.; Erman/Roth § 1901 Rn. 3.

¹⁶⁸ MünchKommBGB/Schwab § 1901 Rn. 2.

¹⁶⁹ MünchKommBGB/Schwab § 1901 Rn. 2.

¹⁷⁰ BtG-DiskE S. 59 ff.

¹⁷¹ Soergel/Zimmermann § 1901 Rn. 2.

¹⁷² Soergel/Zimmermann § 1901 Rn. 2.

¹⁷³ BT-Drucks. 11/4528 S. 133.

¹⁷⁴ BT-Drucks. 11/4528 S. 133.

dass der Wunsch dem Wohl des Betroffenen nicht zuwider läuft.¹⁷⁵ Einigkeit besteht in dem Gedanken, dass dem Betreuten nicht das Recht genommen werden kann, Risiken einzugehen.¹⁷⁶

Andere versuchen, das Wohl des Betreuten inhaltlich unmittelbar wie das Kindeswohl zu bestimmen.¹⁷⁷ Dem ist entgegen zu halten, dass das heranwachsende Kind von der Unselbstständigkeit in die Selbstständigkeit geführt werden muss.¹⁷⁸ Im Fall der Betreuung verhält sich dies gerade konträr: Der Betroffene erhält einen rechtlichen Betreuer, gerade weil er aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht mehr besorgen kann.¹⁷⁹ Er hat eine umfassende eigenverantwortliche Persönlichkeit, welche er jedoch – zumindest in bestimmten Bereichen – nicht mehr zum Ausdruck bringen kann. Diese Bereiche soll der Betreuer durch seine Tätigkeit kompensieren. Zumeist steigert sich das Bedürfnis der Hilfsbedürftigkeit im Sinne einer Unselbstständigkeit des Betreuten während der Betreuung, statt geringer zu werden, so dass der Betroffene von der Selbstständigkeit in die Unselbstständigkeit begleitet werden muss.¹⁸⁰ Daher hat das Kindeswohl im Vergleich zum Betreutenwohl ein divergierendes Ziel und kann folglich inhaltlich nicht gleich sein. Bei einer teilweisen Übertragung des Kindeswohls auf das Betreutenwohl soll dem Betreuer einerseits kein Erziehungsrecht gegenüber dem Betreuten zustehen und daher die Notwendigkeit bestehen, das Wohl des Betreuten individuell zu definieren.¹⁸¹ Andererseits soll das Wohl funktional bestimmt werden, indem eine Entbindung von der Wunschbefolgungspflicht bei erheblicher Gefährdung von Rechtsgütern wie Leben, Gesundheit und fundamentaler Persönlichkeitsrechte, die dem vom Wunsch verfolgten Interesse des Betreuten entgegenstehen, objektiv definiert wird.¹⁸² Dabei wird vom Betreuer gefordert, die Krankheit des Betroffenen bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen und im Zweifel dessen Selbstbestimmungsrecht zu achten.¹⁸³ Dafür bleibt bei einer objektiven Definition der Rechtsgüter Leben und Gesundheit kein Raum. Letztlich würde das Wohl des Betroffenen nach der objektiv bestimmbar Selbstschädigung definiert. Dies entspricht nicht den Zielen des Betreuungsrechts.

¹⁷⁵ HK-BUR/*Bauer* § 1901 Rn. 52; *Knittel* § 1901 Rn. 9; MünchKommBGB/*Schwab* § 1901 Rn. 14; *Zimmermann* beruft sich hingegen auf diesen Grundsatz (Soergel/*Zimmermann* § 1901 Rn. 10).

¹⁷⁶ BVerfGE 58, 208, 224 ff.; *Knittel* § 1901 Rn. 9.

¹⁷⁷ *Kollmer* 124 ff.; MünchKommBGB/*Schwab* § 1901 Rn. 9.

¹⁷⁸ *Staudinger/Bienwald* § 1901 Rn. 22; MünchKommBGB/*Huber* § 1626 Rn. 32.

¹⁷⁹ MünchKommBGB/*Schwab* § 1901 Rn. 9.

¹⁸⁰ *Staudinger/Bienwald* § 1901 Rn. 124a.

¹⁸¹ MünchKommBGB/*Schwab* § 1901 Rn. 9.

¹⁸² *Knittel* § 1901 Rn. 9; MünchKommBGB/*Schwab* § 1901 Rn. 14; *Schwab* FamRZ 1992, 493, 503; *Erman/Holzhauser* § 1901 Rn. 6 ff.

¹⁸³ MünchKommBGB/*Schwab* § 1901 Rn. 14.

Die Grenze der Wunschbefolgung bei der drohenden Selbstschädigung zu ziehen, also bei Überwiegen des objektiven Interesses des Betroffenen an der Nichterfüllung des Wunsches gegenüber dessen subjektivem Wunsch auf Erfüllung seiner Begehren,¹⁸⁴ lässt die Kriterien offen, nach denen der Betreuer abzuwägen hat bzw. nach denen die objektiven Interessen des Betreuten im konkreten Fall zu bestimmen sind und ist daher nur bedingt als Maßstab geeignet.¹⁸⁵

b) Verständnis von „Wohl“ in der Betreuung

In der Betreuung wird die Freiheit der Selbstbestimmung für den Bereich, in dem die Betreuung eingerichtet ist, eingeschränkt. Der bestellte Betreuer besorgt die Angelegenheiten des Betreuten mit ihm oder an seiner Stelle und vertritt ihn in seinem Aufgabenkreis gerichtlich und außergerichtlich, vgl. § 1901 Abs. 2 S. 1, § 1902. Für sein Handeln ist das Wohl des Betreuten Handlungs- und Entscheidungsmaßstab.¹⁸⁶ Nach § 1901 Abs. 2 S. 2 gehört *„Zum Wohl des Betreuten [...] die Möglichkeit, im Rahmen seiner Fähigkeiten sein Leben nach seinen eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten.“* Aus der Vorschrift folgt, dass der Betreute sein Leben weitmöglichst selbstbestimmt gestalten soll.¹⁸⁷ Die Beachtung der Wünsche des Betreuten ist Ausdruck seines Rechts auf Selbstbestimmung in der Betreuung. Der Betreuer hat nach § 1901 Abs. 3 S. 1 die Wünsche des Betreuten zu achten und auf diese Weise das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen so weit wie möglich zu wahren.¹⁸⁸ Die konkrete Entscheidung in der Betreuung ist also keine Entscheidung des Betreuers. Vielmehr hat er diese gemeinsam mit dem Betreuten herbeizuführen, sie zu kontrollieren und ihr nur gegebenenfalls die Anerkennung zu verweigern.¹⁸⁹ Den Maßstab für diese Entscheidung gibt der Betreute durch seine individuelle Lebensführung, seine Werteinstellungen und Weltansichten vor. Durch diese formuliert er auch in der Betreuung sein Wohl. Dazu bedarf es jedoch keiner ausdrücklichen Äußerung. Vielmehr reicht schlüssiges Verhalten. Als normative Zielvorgabe¹⁹⁰ ist das Betreutenwohl als *„Inbegriff des Integritäts-, Entfaltungs- und Vermögensinteresses des Betreuten gemäß seiner jeweiligen Lebenssituation“*¹⁹¹ zu verstehen.

Der Diabeteskranke bringt durch Verlangen nach 5 Stück Schokolade nach jeder Mahlzeit zum Ausdruck, dass er gerne Schokolade essen möchte. Obwohl dies seiner Erkrankung und damit seinem objektiven Wohl widerspricht, möchte er an

¹⁸⁴ Kollmer S. 133 f.

¹⁸⁵ Lipp S. 151; Staudinger/Bienwald § 1901 Rn. 29.

¹⁸⁶ Erman/Holzbauer § 1901 Rn. 6; MünchKommBGB/Schwab § 1901 Rn. 2; nicht so: Staudinger/Bienwald § 1901 Rn. 24a.

¹⁸⁷ Vgl. nur HK-BUR/Bauer § 1901 Rn. 43, 16; grundsätzlich auch Staudinger/Bienwald § 1901 Rn. 24.

¹⁸⁸ MünchKommBGB/Schwab § 1901 Rn. 14, 16.

¹⁸⁹ Lipp S. 155 ff.

¹⁹⁰ Lipp S. 155.

¹⁹¹ Lipp S. 155, mit weiteren Verweisen in dortiger Fn. 42.

diesem lebenslang gepflegten Genuss festhalten. Das Schokoladeessen stellt somit einen Teil seines Wohls dar. Es ist von dem Betreuer zu beachten, der ihn daran nicht gewaltsam hindern darf, obwohl das Schokoladeessen der objektiven Bewertung widerspricht.

Anders ist die Situation zu beurteilen, wenn seine Wünsche, Werte und Vorstellungen nicht mehr auf einem freien Willen beruhen. Aus konsequenter Anwendung des § 1896 Abs. 1a ergibt sich, dass der Betroffene nur dann sein Wohl bestimmen kann, wenn er nicht einsichtsunfähig ist.¹⁹² Er darf in seiner Willensbildung also nicht aufgrund einer Krankheit oder Behinderung gestört sein. Dann muss der Betreuer die Definition des Betroffenenwohls ggf. korrigieren. Dabei darf er sich aber nur auf die individuelle, subjektive Situation des Betroffenen stützen. Zu beachten ist dabei immer das Recht des Einzelnen auf die eigene Krankheit.¹⁹³ *„Der Betreute, der im Rahmen der Fähigkeiten des Betreuten sein Leben nach seinen eigenen Wünschen und Vorstellungen gestalten darf, unterliegt dabei keinen anderen Begrenzungen und Einschränkungen als jeder Nichtbetreute“*.¹⁹⁴

c) Zwischenergebnis

Die verschiedenen Ansätze zur Definition des Betroffenenwohls führen nicht zu befriedigenden Ergebnissen. Mehrheitlich anerkannt ist, dass der Ansatz ein subjektiver sein muss. Die vorliegende Untersuchung macht deutlich, dass eine Bestimmung des Wohls nur von jedem Einzelnen selbst vorgenommen werden kann. Dies geschieht in Ausübung des Selbstbestimmungsrechts. Der Verfasser einer Betreuungsverfügung formuliert durch die zum Ausdruck gebrachten Wünsche und Vorstellungen konkludent sein Wohl. Diese Wünsche sind gemäß § 1901 Abs. 3 S. 2 in der Betreuung verbindlich zu beachten. Mit ihnen formuliert der Betroffene sein subjektives Wohl. Die konkrete Bestimmung erfolgt durch Auslegung und ist durch den Betreuer vorzunehmen. Für die Wohlgrenze des § 1901 Abs. 2 S. 2 bedeutet dies, dass alle Wünsche des Betroffenen in der Betreuungsverfügung verbindlich sind, außer wenn sie nach § 1896 Abs. 1a krankheitsbedingt gebildet wurden. Für den Verfasser der Betreuungsverfügung bildet die Wohlgrenze des § 1901 Abs. 3 somit keine Gefahr der Fremdbestimmung. Vielmehr stellt sie eine Sicherung der selbst bestimmten Wünsche und Vorstellungen dar. Ein im einsichtsfähigen Zustand verfasster Wunsch kann daher dem Betroffenenwohl nicht widersprechen.¹⁹⁵ Der Wunsch in einer Betreuungsverfügung ist für den Betreuer daher in fast allen Fällen verbindlich.

¹⁹² Vgl. dazu ausführlicher § 2 C. II. 3.

¹⁹³ BVerfGE 58, 208, 224 ff.; BVerfG FamRZ 1998, 895, 896; *Knittel* § 1901 Rn. 9; Münch-KommBGB/*Schwab* § 1901 Rn. 14; Staudinger/*Bienwald* § 1901 Rn. 22.

¹⁹⁴ Staudinger/*Biennwald* § 1901 Rn. 28.

¹⁹⁵ *Bienwald*/Sonnenfeld/Hoffmann § 1901 Rn. 27; HK-BUR/*Bauer* § 1901 Rn. 43; BtG-Diske S. 59.

2. Zumutbarkeit für den Betreuer gem. § 1901 Abs. 3 S. 1

Gem. § 1901 Abs. 3 S. 1, 2. HS a.E. hat der Betreuer den Wünschen des Betroffenen nur zu entsprechen, soweit ihre Umsetzung dem Betreuer zuzumuten ist. Fraglich ist, ob die Zumutbarkeit für den Betreuer eine weitere Grenze der Verbindlichkeit der Betroffenenwünsche darstellt.

§ 1901 Abs. 3 S. 1 dispensiert den Betreuer bei Unzumutbarkeit von seiner Erfüllungspflicht.¹⁹⁶ Der Begriff der Unzumutbarkeit ist als unbestimmter Rechtsbegriff ausfüllungsbedürftig. Der Grund der Unzumutbarkeit kann im Ausmaß der geschuldeten Leistung, also der konkreten rechtlichen Betreuung liegen.¹⁹⁷ Über die Frage der Zumutbarkeit entscheidet der Betreuer.¹⁹⁸ Die Grenze, die die Unzumutbarkeit eintreten lässt, wurde noch nicht einheitlich abstrakt definiert. Sie kann nicht in der fehlenden Erforderlichkeit der Tätigkeit¹⁹⁹ oder im Überschreiten des Aufgabenkreises²⁰⁰, nicht im Zeitaufwand²⁰¹ und auch nicht in den allgemeinen Rechtsgrenzen²⁰² liegen. Fragen der Erforderlichkeit und der Zumutbarkeit sind einzeln und unabhängig von der Zumutbarkeit zu prüfen. Rechtsgrenzen, die die allgemeine Rechtsordnung festsetzt sind von dem Betreuer losgelöst von der Frage der Zumutbarkeit zu beachten. Die erforderliche Zeit muss der Betreuer bei seiner Aufgabenerfüllung aufwenden.

Somit ist die Zumutbarkeit zwar in jedem Einzelfall der Betreuung individuell zu bestimmen, rein faktische, objektiv messbare und begründbare Grenzen können für ihre Beschreibung aber nicht festgelegt werden. Vielmehr lassen die Ausführungen die These zu, dass es keine unzumutbaren Wünsche gibt. Gleichwohl würde sie eine Reichweitenbegrenzung darstellen.

Das österreichische ABGB formuliert keine vergleichbare Reichweitenbegrenzung der Besachwaltetenwünsche. Vereinzelt wird jedoch gefordert, dass die Reichweitenbegrenzung des § 1901 Abs. 3 S. 1 a.E. auch ohne explizite Regelung im österreichischen ABGB gelten müsse.²⁰³

¹⁹⁶ Erman/*Holzbauer* § 1901 Rn. 17; Staudinger/*Bienwald* § 1901 Rn. 21.

¹⁹⁷ Erman/*Holzbauer* § 1901 Rn. 17; *Knittel* § 1901 Rn. 11; z.B.: Häufigkeit und Dauer des Betreuungsaufwands (BT-Drucks. 11/4528 S. 134; Soergel/*Zimmermann* § 1901 Rn. 12; MünchKommBGB/*Schwab* § 1901 Rn. 18; *Knittel* § 1901 Rn. 11); eigene Rechte des Betreuers (*Jürgens/Jürgens* § 1901 Rn. 11).

¹⁹⁸ *Knittel* § 1901 Rn. 11.

¹⁹⁹ Dies meint z.B. *Schwab*, vgl. MünchKommBGB/*Schwab* § 1901 Rn. 18.

²⁰⁰ Dies meinen z.B. *Knittel* § 1901 Rn. 8, MünchKommBGB/*Schwab* § 1901 Rn. 12 und Staudinger/*Bienwald* § 1901 Rn. 26.

²⁰¹ BT-Drucks. 11/4528 S. 134; *Knittel* § 1901 Rn. 11; MünchKommBGB/*Schwab* § 1901 Rn. 18; Palandt/*Diederichsen* § 1901 Rn. 7.

²⁰² *Knittel* sieht schon nur solche Äußerungen als Wünsche an, die nicht gegen gesetzliche Verbote verstoßen (*Knittel* § 1901 Rn. 6).

²⁰³ Vgl. nur *Barth/Ganner* dortige Fn. 291.

3. Gesetzlich zwingende Regelungen

Wünsche des Betroffenen können nur im Rahmen der allgemeinen gesetzlichen Ordnung wirken,²⁰⁴ also nur soweit dies das zwingende Recht erlaubt.²⁰⁵ Vorliegend ist fraglich, inwieweit das Betreuungsrecht als das primär maßgebliche Recht für die Einrichtung und Führung der Betreuung zwingende Regelungen formuliert. Der Betroffene kann auf die Betreuung nur einwirken, wenn das Gesetz die konkrete Frage als für den Einzelnen dispositiv ausgestaltet. Nur dann öffnet sich dieser Regelungsbereich der individuellen Einflussnahme des Einzelnen mittels der Betreuungsverfügung. Daher ist im Anschluss unter § 3 bis § 6 zu untersuchen, welche Bereiche des Betreuungsrechts der Disposition des Einzelnen unterliegen können.

4. Zusammenfassung

Wünsche und Vorstellungen, die in einer Betreuungsverfügung verfasst sind, sind für die Entscheidungen des Betreuungsgerichts oder des Betreuers verbindlich. Der Grad ihrer Verbindlichkeit ist von Art und Inhalt des Wunsches abhängig, der durch Auslegung zu ermitteln ist. Sein Wohl formuliert der Betroffene in der Betreuungsverfügung in Form seiner Wünsche und Vorstellungen. Sein Wohl stellt in diesem Fall insofern keine Grenze für die rechtliche Geltung seiner Wünsche dar, als sich beides nicht widerspricht. Nur die Zumutbarkeit der Umsetzung der Betreutenwünsche stellt wie die allgemeinen gesetzlichen Grenzen eine Reichweitenbegrenzung der Wünsche einer Betreuungsverfügung dar.

IV. Form der Betreuungsverfügung

In § 1901c²⁰⁶ spricht das Gesetz über die Betreuungsverfügung als ein Schriftstück. Aus diesem Wortlaut könnte das Schriftformerfordernis abgeleitet werden. Im Rahmen der gesetzlichen Normierung des Rechtsinstituts wurde über die Einführung des testamentarischen Formerfordernisses nach § 2231 diskutiert. Dadurch könne dem Verfasser zum einen die Tragweite seines Handelns vor Augen geführt werden, zum anderen gäbe es keine Schwierigkeiten beim Einhalten der Form, wenn der Verfasser im Rahmen seiner Betreuungsverfügung auch seine letztwillige Verfügung abfasse.²⁰⁷ Von einem Formerfordernis hat der Gesetzgeber jedoch bewusst abgesehen.²⁰⁸ Eindeutige mündliche Aussagen sollen berücksichtigt werden; der Verfasser soll gerade nicht an einer früheren schriftlichen Äuße-

²⁰⁴ Staudinger/*Bienwald* § 1901 Rn. 28.

²⁰⁵ *Bienwald* sieht die Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz als Grenze an (Staudinger/*Bienwald* § 1901 Rn. 22).

²⁰⁶ Durch das 3. BtÄndG wurden zum 01.09.2009 § 1901a zur Patientenverfügung und § 1901b zum Patientenwillen eingefügt. Dadurch wurde § 1901a (a.F.) zu § 1901c.

²⁰⁷ *Cypionka* DNotZ 1991, 571, 586 f.

²⁰⁸ BT-Drucks. 11/4528 S. 128, 208.

nung festgehalten werden, weil der mündliche Widerruf möglich ist.²⁰⁹ Die Literatur folgt dieser Regelung weitgehend.²¹⁰ Ein Formerfordernis würde die Gültigkeit bestehender Betreuungsverfügungen in Frage stellen und somit das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen unnötig einschränken. Es birgt den Vorteil der Rechtssicherheit, beschränkt aber den Willensvorrang des Verfassers.²¹¹ Problematisch ist ein Formzwang zudem, weil die Erklärung des Betroffenen nur deshalb einen geringeren Grad von Verbindlichkeit haben soll, weil sie nicht formgerecht erklärt worden ist. Ist sie auf andere Weise nachgewiesen, besteht jedoch kein Grund, ihr nicht die gleiche Verbindlichkeit zuzubilligen wie einer schriftlich niedergelegten Erklärung. Gerade wenn man dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen Geltung verschaffen will, dürfen keine Hürden aufgebaut werden, die nicht schon in der Sache selbst begründet sind, wie z.B. das Erfordernis der Einwilligungsfähigkeit.²¹²

Aus § 1901c lässt sich weder ein Schriftform-,²¹³ noch sonst ein Formerfordernis ableiten. Die Betreuungsverfügung ist lediglich der Träger der antizipiert geäußerten, die eigene Betreuung betreffenden Wünsche. Dass diese Wünsche schriftlich abgefasst, notariell beglaubigt oder beurkundet sein müssen, per Videoaufzeichnung oder auf einem sonstigen digitalen Datenträger festzuhalten sind, schreibt das Gesetz nicht vor. Vielmehr kann eine wirksame Betreuungsverfügung in jeglicher Art und Weise verfasst werden.

Aus Beweisgründen empfiehlt sich dennoch, die Betreuungsverfügung schriftlich abzufassen²¹⁴ und ihre Aktualität ggf. sogar regelmäßig durch die erneute Unterschrift zu bestätigen.²¹⁵ Das Betreuungsgericht darf nur auf solche Vorschläge des Betroffenen Rücksicht nehmen, die es als erwiesen erachtet.²¹⁶ Zweifel an der Echtheit eines Vorschlags – also der Echtheit der Äußerung im Rahmen einer Betreuungsverfügung – können mittels einer Beglaubigung ausgeschlossen wer-

²⁰⁹ BT-Drucks. 11/4528 S. 128, 208.

²¹⁰ *Berger* JZ 2000, 797, 804; *Birmanns* NWB Nr. 52/53 (21.12.1998) S. 4355; *Bund* JurBüro 2005, 622 f.; *Dodegge/Roth* C. Rn. 127; *Ganner* S. 407; *Palandt/Diederichsen* § 1897 Rn. 17, § 1901 Rn. 5; *MünchKommBGB/Schwab* § 1901 Rn. 13 und § 1897 Rn. 20; *Erman/Holzbauer* § 1901a Rn. 7; *Staudinger/Bienwald* § 1901a Rn. 1; *Soergel/Zimmermann* § 1897 Rn. 40, 1901a Rn. 1; *Taupitz* A 120; *Keilbach* FamRZ 2003, 969, 971; *Ill-Groß/Sträfsner* PflR 1999, 126, 128; *Epple* BWNotZ 1992, 27, 30; als ein Rechtsinstitut, welches zumindest der schriftlichen Form entsprechen muss, sehen dies *Becker/Matthias/Hennies/Schiröp* und *Brucker* (*Becker/Matthias/Hennies/Schiröp* Inten-sivmed 1999, 71, 76; *Brucker* Die BKK 2002, 198, 203).

²¹¹ *Cypionka* DNotZ 1991, 571, 586 f.; *Perau* MittRhNotK 1996, 285, 290.

²¹² So urteilt *Roth* zutreffend in anderem Zusammenhang (*Roth* JZ 2004, 494, 497).

²¹³ *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1897 Rn. 57; *Dodegge/Roth* C. Rn. 127;

Epple BWNotZ 1992, 27, 30; *Staudinger/Bienwald* § 1901a Rn. 1.

²¹⁴ BT-Drucks. 11/4528 S. 128; *Epple* BWNotZ 1992, 27, 30; *Perau* MittRhNotK 1996, 285, 290; *Bund* JurBüro 2005, 622 f.; *Meier* BtPrax 2005, 82, 86; *Knittel* § 1901a Rn. 9; *HK-BUR/Bauer* § 1901 Rn. 36; *Palandt/Diederichsen* § 1897 Rn. 17.

²¹⁵ *Schrader* SchAZ 2002, 49, 55; *Dodegge/Roth* C. Rn. 129.

²¹⁶ BT-Drucks. 11/4528 S. 128; *MünchKommBGB/Schwab* § 1897 Rn. 20.

den.²¹⁷ Seit 2005 kann diese Beglaubigung auch durch Urkundspersonen der Betreuungsbehörde vorgenommen werden, vgl. § 6 Abs. 2 BtBG. Eine notarielle Beurkundung kann insofern als entbehrlich erachtet werden, als die so beweisfähige Geschäfts- und Einwilligungsfähigkeit des Verfassers keine Voraussetzungen zur Berücksichtigung der Betreuungsverfügung darstellen.²¹⁸ Die Klärung, ob diese vorlag, vermag das Abfassen der Wünsche unter notarieller Beglaubigung zu leisten, weshalb diese sinnvoll sein kann.²¹⁹ Dies ist dann empfehlenswert, wenn der Inhalt der Betreuungsverfügung von umfassenden Wünschen auch komplizierter Art geprägt ist oder wenn der Betroffene bereits aufgrund einer Gebrechlichkeit in seiner Gesundheit beeinträchtigt ist.

Leichter zu handhaben ist die einfache Schriftform, weil sie vom Verfasser jederzeit erstellt, geändert und angepasst werden kann.²²⁰ Sie bürgt – im Vergleich zur mündlichen Äußerung – für eine ausreichende Beweisfunktion.

Eine bestimmte Form ist auch dann nicht nötig, wenn sich die Wünsche auf beurkundungsbedürftige Rechtsgeschäfte beziehen.²²¹ Dies ist nur erforderlich, wenn mit der Betreuungsverfügung eine Willenserklärung abgegeben werden soll.²²² In allen anderen Fällen bedarf es der Umsetzung des Wunsches durch den Betreuer, der dann eine eigene Willenserklärung abgibt.

V. Sicherstellen der Wirkung der Betreuungsverfügung

1. Registrierung im Zentralen Vorsorgeregister

Das Betreuungsrecht sieht eine Hinterlegungspflicht für Betreuungsverfügungen nicht vor. Einige Bundesländer haben durch jeweilige landesrechtliche Regelungen eine Hinterlegungsmöglichkeit für Betreuungsverfügungen bei Amtsgerichten ermöglicht.²²³ Einige Länder stellen den Gerichten dabei die Entgegennahme frei,²²⁴ andere verpflichten diese.²²⁵ Eine bundesweit einheitliche Möglichkeit, die Betreuungsverfügung registrieren zu lassen, besteht seit 2009.²²⁶ Das seit 2003 von

²¹⁷ Langenfeld S. 157; Dodegge/Roth C. Rn. 127.

²¹⁸ Langenfeld S. 157 siehe oben § 2 C. II. 1. a).

²¹⁹ Ähnlich Dodegge/Roth C. Rn. 128.

²²⁰ Perau MittRhNotK 1996, 285, 291.

²²¹ So aber Epple (Epple BWNotZ 1992, 27, 31).

²²² So auch Perau, er fordert nur dann eine Beurkundung, wenn sich aus der Betreuungsverfügung selbst ein Anspruch ergeben soll (Perau MittRhNotK 1996, 285, 290).

²²³ Übersicht bei HK-BUR/Bauer § 1901a Rn. 25 = Bauer/Klie S. 70 f.

²²⁴ So: Baden-Württemberg, Berlin, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, vgl. Ausführungen bei HK-BUR/Bauer § 1901a Rn. 25.

²²⁵ So: Bayern, Bremen, Hessen, Niedersachsen, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Thüringen, vgl. Ausführungen bei HK-BUR/Bauer § 1901a Rn. 25.

²²⁶ Der vom Kabinett am 20.08.2008 verabschiedete Gesetzentwurf zur Reform des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts bestimmt die Erweiterung des zentralen Vorsorgeregisters um die separate Erfassung von Betreuungsverfügungen (BT-Drucks. 16/10798; BR-Drucks.:

der Bundesnotarkammer eingerichtete Zentrale Vorsorgeregister²²⁷ wurde um die separate Erfassung von Betreuungsverfügungen erweitert, vgl. § 78a Bundesnotarordnung. Ursprünglich erfasste es nur Vorsorgevollmachten.²²⁸ Mittlerweile sind im Zentralen Vorsorgeregister ca. 823.765 Vorsorgevollmachten registriert.²²⁹ Bis zur gesetzlichen Änderung war das Registrieren einer Betreuungsverfügung nur in Kombination mit einer Vorsorgevollmacht möglich.²³⁰ Eine Anmeldung ist über das Internet oder per Post möglich. Diese umfasst die Aussage, dass und wem eine Vollmacht erteilt wurde.²³¹ Im Register sind aufgrund des Datenschutzes nur die allgemeinen Personendaten wie Namen und Anschrift des Vollmachtgebers und des Vollmachtnehmers erfasst.²³²

Mit einer Hinterlegung bei Gericht wird garantiert, dass im Rahmen eines möglichen Verfahrens die Verfügung des Betroffenen dem Gericht vorliegt und Beachtung findet. Dies ist nicht gewährleistet, wenn die Betreuungsverfügung zu Hause – im eigenen Schreibtisch oder dem eines Vertrauten – verwahrt wird und über ihre Existenz niemand informiert wurde. Bei der Einleitung eines Betreuungsverfahrens erfährt das Gericht trotz Ermittlungen von Amts wegen nach § 26 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) möglicherweise erst verspätet oder überhaupt nicht von der Betreuungsverfügung. Ggf. sind dann Verfahrensteile mit Blick auf die neuen Erkenntnisse zu wiederholen.

Für ein Betreuungsverfahren ist nach § 272 FamFG, § 13 Zivilprozessordnung (ZPO) das Betreuungsgericht des Amtsgerichts örtlich zuständig, in dessen Bezirk der Betroffene seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.²³³ Bei Umzug des Betroffenen muss sich dieser selber darum bemühen, seine Betreuungsverfügung bei dem für den neuen gewöhnlichen Aufenthalt zuständigen Amtsgericht zu hinterlegen, soweit dies möglich ist. Nach momentaner gesetzlicher und tatsächlicher Lage sind die Amtsgerichte miteinander nicht vernetzt. Eine hinterlegte Betreuungsverfügung kann daher nicht auf dem „Amtsweg“ weitergereicht werden. Solange der Betroffene seinen Aufenthalt weiterhin in diesem Gerichtsbezirk hat, behält die

635/08 S. 13 ff., 22 ff.). Das Gesetz zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts trat zum 01.09.2009 in Kraft.

²²⁷ <http://www.vorsorgeregister.de/index.php> (Stand: Dezember 2009).

²²⁸ Möglichkeiten, Vorsorgevollmachten zu hinterlegen gab es aber bereits länger, siehe den Überblick bei Staudinger/*Bienwald* § 1901a Rn. 16.

²²⁹ Stand: 31.12.2008, http://www.elrv.info/_downloads/zvr/ZVR_Jahresbericht_2008.pdf (Stand: Dezember 2009).

²³⁰ So auch *Bauer/Klie* S. 82; entgegen *Zimmermann* (Rn. 363) ist es nicht nur eine Frage der Überschrift, ob eine Betreuungsverfügung auch in dieses Register aufgenommen werden kann. Lediglich wenn es sich um eine Vorsorgevollmacht kombiniert mit einer Betreuungsverfügung handelt, ist eine Eintragung möglich. Eine davon losgelöste Betreuungsverfügung ist aufgrund ihrer Voraussetzungen und Wirkungen davon jedoch strikt zu trennen.

²³¹ <http://www.vorsorgeregister.de/index.php> (Stand: Dezember 2009).

²³² Die Kritik des Bundesbeauftragten für Datenschutz ist in BT-Drucks. 15/5252 S. 103 enthalten.

²³³ Zur örtliche Zuständigkeit ausführlich unter § 4 E.

Hinterlegung ihre Funktion. Sie gewährleistet, dass der Wunsch des Betroffenen bei Bedarf dem zuständigen Gericht vorliegt. Aufgrund eines Aufenthalts in einem Krankenhaus oder dem Umzug in ein Pflegeheim kann der Gerichtsbezirk und somit das zuständige Gericht, in dem der Betroffene seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, wechseln. Wenn der Betroffene dies dem Gericht nicht mitteilt, wird das nun zuständige Gericht von der Verfügung, die dem ehemals zuständigen Gericht vorliegt, keine Kenntnis erhalten.²³⁴ Eine entsprechende Information kann nun nur von dem Betroffenen oder einem Vertrauten erteilt werden. Der Betroffene ist zur Auskunft häufig gerade nicht mehr in der Lage, der Vertraute muss über die Existenz der Betreuungsverfügung durch den Betroffenen vorab informiert worden sein. Zudem setzt die Auskunft durch die Vertrauensperson voraus, dass der Bekannte über die Einleitung eines Betreuungsverfahrens informiert wurde. Eine solche Informationspflicht ist vom Gesetz nicht vorgesehen. Weil der Kreis der Vertrauenspersonen nicht bekannt ist, kann dies auch tatsächlich wohl kaum durchgeführt werden. Dem Gericht wird in der Kürze der Entscheidungszeit nicht zuzumuten sein, die informierte Vertrauensperson ausfindig zu machen. Eine dadurch entstehende Verzögerung erfolgt zu Lasten des Betroffenen und ohne garantierten Erfolg.

Eine Hinterlegung bei den Betreuungsbehörden ist gesetzlich ebenfalls nicht vorgesehen. Diese haben aber nach § 6 Abs. 1, 2 BtBG einen gesetzlichen Auftrag zur Beratung und Beglaubigung der Betreuungsverfügung. Die Beratungspflicht auf Seiten der Behörden und die zum Teil auf Länderebene gesetzlich festgelegte Hinterlegungsmöglichkeit bei einigen Amtsgerichten, die jedoch untereinander nicht im Austausch stehen, zeigt eine Lücke in der staatlichen Verwaltung der gesetzlich geregelten Betreuung. Die tatsächliche Möglichkeit der Ausübung des Selbstbestimmungsrechts mittels der Betreuungsverfügung findet von der Aufklärung bis zum Gebrauch der Betreuungsverfügung keine garantierte durchgehende Beachtung. Die Subsidiarität der Betreuung als ein wesentliches Ziel des Betreuungsrechts wird durch die Aufklärungspflicht zwar formell befürwortet, jedoch aufgrund fehlender Kooperation in der Praxis nur zum Teil umgesetzt. Zu seinem eigenen Schutz muss der Betroffene momentan einen Hinweis auf seine Betreuungsverfügung bei sich tragen, um mit Sicherheit ihr Beachten zu erzielen. Die Änderung von § 78a Bundesnotarordnung hat diese Lücke teilweise geschlossen. Danach ist nun auch die separate Registrierung einer Betreuungsverfügung im zentralen Vorsorgeregister möglich.

2. Ablieferung der Betreuungsverfügung bei Gericht gem. § 1901c

Nach § 1901c S. 1 hat derjenige, der „*ein Schriftstück besitzt, in dem jemand für den Fall seiner Betreuung Vorschläge zur Auswahl des Betreuers oder Wünsche zur Wahrnehmung der Betreuung geäußert hat, [...] es unverzüglich an das Betreuungsgericht abzuliefern, nachdem er*

²³⁴ Knittel § 1901a Rn. 3.

von der Einleitung des Verfahrens über die Bestellung eines Betreuers Kenntnis erlangt hat“. Die Vorschrift formuliert eine Abgabepflicht bei Gericht.²³⁵ Sinn und Zweck der Norm ist, sicherzustellen, dass eine entsprechende Verfügung auch zur Kenntnis des Gerichts gelangt,²³⁶ bei dem das Verfahren über die Betreuerbestellung anhängig ist. Dem Wunsch des Betroffenen soll auch dann Geltung verschafft werden können, wenn der Betroffene sich aufgrund von Krankheit oder seiner geistigen Behinderung nicht mehr an das Abfassen oder den Ort der Hinterlegung seiner Betreuungsverfügung erinnern kann.²³⁷ Die Pflicht gilt ohne ausdrückliche Anforderung seitens des Gerichts.²³⁸

Der Gesetzestext nennt in § 1901c S. 1 „Schriftstück“. Da eine Betreuungsverfügung in jeder Art und Weise verfasst werden kann,²³⁹ muss sich die Ablieferungspflicht des § 1901c auf jede Form der Betreuungsverfügung erstrecken. Demnach fallen auch Videos u.ä. Träger unter die Ablieferungspflicht nach § 1901c,²⁴⁰ jegliche offene oder verschlossene²⁴¹ Betreuungsverfügung des Verfassers, unabhängig von Inhalt, Gültigkeit und Material.²⁴² Das Betreuungsgericht kann die Vorlage einer Abschrift verlangen, vgl. 1901c S. 3. Gleiches gilt, wird die Betreuungsverfügung mit einer Vollmacht kombiniert.

Die Pflicht trifft den Besitzer des Originals wie den einer Kopie der Betreuungsverfügung.²⁴³ Ausgeschlossen ist hier der Verfasser selber, da immer nur sein aktueller Wille maßgeblich ist und er daher entscheiden muss, ob er seine Betreuungsverfügung gelten lassen will.²⁴⁴ Die Ablieferungspflicht aus § 1901c besteht nur gegenüber dem Betreuungsgericht²⁴⁵ und ist nur von ihm durchsetzbar,²⁴⁶ vgl. §§ 35 Abs. 1, 285 FamFG²⁴⁷ sowie §§ 33 Abs. 2, 69e S. 2 des Gesetzes über die

²³⁵ HK-BUR/*Bauer* § 1901a Rn. 47; S. 3 der Vorschrift bezieht sich ausschließlich auf Vorsorgevollmachten.

²³⁶ *Knittel* § 1901a Rn. 1; *Palandt/Diederichsen* § 1901a Rn. 1; BT-Drucks. 11/4528 S. 208; *MünchKommBGB/Schwab* § 1901a Rn. 1; *Staudinger/Bienwald* § 1901a Rn. 1.

²³⁷ *Zimmermann* Rn. 365.

²³⁸ *Staudinger/Bienwald* § 1901a Rn. 1.

²³⁹ Vgl. § 2 C. IV.

²⁴⁰ *Zimmermann* Rn. 365; für eine analoge Anwendung: *MünchKommBGB/Schwab* § 1901a Rn. 3; anderer Ansicht ist *Bienwald* (*Staudinger/Bienwald* § 1901a Rn. 9).

²⁴¹ *Staudinger/Bienwald* § 1901a Rn. 8.

²⁴² *Perau MittRhNotK* 1996, 285, 290, *Staudinger/Bienwald* § 1901a Rn. 8; *Zimmermann* Rn. 365.

²⁴³ Losgelöst von Eigentumsverhältnissen: HK-BUR/*Bauer* § 1901a Rn. 49 ff.; *Staudinger/Bienwald* § 1901a Rn. 5 f., 8; *MünchKommBGB/Schwab* § 1901a Rn. 4; *Zimmermann* Rn. 365.

²⁴⁴ *MünchKommBGB/Schwab* § 1901a Rn. 4; im Ergebnis so auch *Bienwald*, der zwar eine Ablieferungspflicht für den Verfasser anstrebt, aber ausdrücklich eine Selbstbindung des Betroffenen bei aktuell geändertem Willen ausschließt (*Staudinger/Bienwald* § 1901a Rn. 6).

²⁴⁵ *Staudinger/Bienwald* § 1901a Rn. 13.

²⁴⁶ *Palandt/Diederichsen* § 1901a Rn. 1 (Zwangsgeld oder unmittelbarer Zwang).

²⁴⁷ § 285 FamFG mit der nichtamtlichen Überschrift „Herausgabe einer Betreuungsverfügung oder der Abschrift einer Vorsorgevollmacht“ bestimmt: „In den Fällen des § 1901a des BGBs erfolgt die Anordnung der Ablieferung oder Vorlage der dort genannten Schriftstücke durch Beschluss.“ § 69e Abs. 1 S. 2 FGG bestimmt: „Das Vormundschaftsgericht kann im Fall des § 1901a des BGBs den Besitzer einer Betreuungsverfügung durch Festsetzung von Zwangsgeld zur Ablieferung der Betreuungsverfügung anhalten.“ Nach der Ge-

Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG)²⁴⁸. Sie begründet keinen durch den Verfasser durchsetzbaren Anspruch auf Herausgabe gegen den Besitzer, diesbezüglich gelten die allgemeinen schuld- und sachenrechtlichen Ansprüche.²⁴⁹ Wenn Grund zur Annahme besteht, dass jemand ein ablieferungspflichtiges Schriftstück besitzt, kann dieser vom Gericht zur Ablieferung oder Vorlage angehalten werden, notfalls sogar durch Festsetzung von Zwangsgeld oder Anordnung von Zwangshaft, vgl. §§ 35, 285 FamFG²⁵⁰.

Berufsgruppen – wie Notare –, die durch die Pflicht des § 1901c in eine Kollision mit der beruflichen Schweigepflicht kommen, werden mit Entstehen der Ablieferungspflicht von ihrer Schweigepflicht durch den Betroffenen zumindest konkludent entbunden sein. Andernfalls kämen die Wünsche des Betroffenen im Rahmen des Betreuungsverfahrens nicht zum Tragen, womit die Betreuungsverfügung bedeutungslos werden würde.²⁵¹

§ 1901c S. 1 legt die Pflicht dem Verwahrer auf, „nachdem er von der Einleitung eines Verfahrens über die Bestellung eines Betreuers Kenntnis erlangt hat.“²⁵² Im Gesetzgebungsverfahren befürwortete der Bundesrat den Eintritt der Betreuungsbedürftigkeit.²⁵³ *Bienwald* fordert eine jederzeitige Abgabemöglichkeit.²⁵⁴ Das Betreuungsgericht dürfe eine Betreuungsverfügung grundsätzlich nicht zurückweisen, sondern müsse sie verwahren. Gegen eine solche Möglichkeit ohne eine zentrale Erfassung der Verfügung spricht bereits das Problem der Zuständigkeit des das Verfahren einleitenden Gerichts. § 78a Bundesnotarordnung, nach der Betreuungsverfügungen mittlerweile auch einzeln im Zentralen Vorsorgeregister registriert werden können, unterstützt *Bienwalds* Forderung.

setzesbegründung soll die Regelung § 285 FamFG der Regelung § 69e Abs. 1 S. 2 FGG entsprechen. Dafür spricht auch die Überschrift, die von Betreuungsverfügung spricht, dem man Beachtung schenken kann, auch wenn die nicht amtlich ist. So dass davon auszugehen ist, dass es sich bei der Verweisung auf § 1901a um einen Redaktionsfehler handelt.

²⁴⁸ Durch das FamFG wurde das familiengerichtliche Verfahren grundlegend neu geregelt. Das FamFG trat am 01.09.2009 in Kraft und tritt unter anderem an Stelle des FGG. Viele Regelungen des FGG wurden inhaltlich gleich lautend in das FamFG übernommen. Probleme, die bereits in Bezug auf die Regelungen des FGG diskutiert wurden, haben daher Bestand. Daher werden an den entscheidenden Stellen neben den neuen Regelungen des FamFG die bis zum 31.08.2008 geltenden §§ des FGG genannt.

²⁴⁹ Staudinger/*Bienwald* § 1901a Rn. 17.

²⁵⁰ § 69e Abs. 1 S. 3 i.V.m. § 83 Abs. 2 FGG, § 901 ZPO.

²⁵¹ Etwas anders sieht dies *Bauer*, der sich v.a. auf das Argument stützt, dass der Betroffene eine Eintragung im Vorsorgeregister nicht wünschte und so – wenn auch nach Einzelfallentscheidung – im Zweifel die Schweigepflicht des Notars bejaht und § 1901a (a.F.) leer laufen lassen will (HK-BUR/*Bauer* § 1901a Rn. 50).

²⁵² So auch die heute herrschende Meinung, vgl. KG Berlin FamRZ 1995, 1295, 1295 f.; *Perau* MittRhNotK 1996, 285, 290 und *Bund* RNotZ 2004, 23, 24; Palandt/*Diederichsen* § 1901a Rn. 1; MünchKommBGB/*Schwab* § 1901a Rn. 5; KG FamRZ 1995, 1295, 1296; *Bauer/Klie* S. 76; HK-BUR/*Bauer* § 1901a Rn. 52; Staudinger/*Bienwald* § 1901a Rn. 10; *Zimmermann* Rn. 365.

²⁵³ Vorschlag des Bundesrates auf den Regierungsentwurf des BtG hin, der § 1901a nicht vorsah; BT-Drucks. 11/4528 S. 208.

²⁵⁴ *Bienwald* BtG, 3. Aufl. § 1901a Rn. 10.

Eine Ablieferungspflicht mit Eintritt der Betreuungsbedürftigkeit ließe für den Verwahrer die Verpflichtung entstehen, dem Gericht die Betreuungsbedürftigkeit des Betroffenen anzuzeigen. Diese Pflicht einer Privatperson kann aus dem Betreuungsrecht heraus nicht begründet werden.²⁵⁵ Sie würde zudem das Verhältnis zwischen Verwahrer und Betroffenen unnötig belasten.²⁵⁶ Nach einhelliger Meinung erlischt die Pflicht mit Aufhebung der Betreuung.²⁵⁷

3. Beratung beim Abfassen der Betreuungsverfügung

Die Betreuungsverfügung kann jeder Einzelne ohne fachliche Beratung abfassen. Eine Beratungspflicht als Wirksamkeitsvoraussetzung normiert das Gesetz nicht. Fraglich ist, ob durch die für die Behörden und Vereine gesetzlich vorgesehene Beratungsmöglichkeit eine Beratungspflicht besteht, wenn der Einzelne diese einfordert.

Durch eine umfassende Beratung über die individuelle Beratung soll der Betroffene zum einen über die verschiedenen Vorsorgemöglichkeiten informiert und in die Lage der Entscheidungsfähigkeit versetzt werden, zum anderen kann sie dem späteren Adressaten das Verständnis für die Inhalte erleichtern.²⁵⁸ Letzteres jedoch im Zweifel nur, wenn dieser in die Beratung einbezogen wurde und daher den Hintergrund der formulierten Inhalte kennt.

Funktional kämen zur Beratung Notare, Anwälte, Gerichte, Betreuungsbehörden und Betreuungsvereine in Betracht. Für den Bürger interessant wäre eine amtliche, kostenlose Beratung.

Eine Beratungspflicht könnte sich für die Betreuungsbehörde aus § 6 Abs. 1 S. 2 BtBG ergeben. Danach „*fördert sie die Aufklärung und Beratung über Vollmachten und Betreuungsverfügungen.*“ Fraglich ist die Bedeutung der Förderung von Aufklärung und Beratung. Wenn damit eine umfassende Rechtsberatung gemeint ist, bestünde de lege lata eine behördliche Beratungspflicht. Dies würde die Behörde²⁵⁹ zu umfassenden, vollständigen, sorgfältigen und individuellen Beratungen verpflichten, deren Verletzung zu Schadensersatz verpflichten würde.

Unter Fördern der Behörde verstehen einige die rein finanzielle Unterstützung,²⁶⁰ andere das Behandeln des Themas in der Öffentlichkeit.²⁶¹ Auch die Be-

²⁵⁵ Gegenäußerung der Bundesregierung BT-Drucks. 11/4528 S. 227.

²⁵⁶ Gegenäußerung der Bundesregierung in BT-Drucks. 11/4528 S. 227; HK-BUR/*Bauer* § 1901a Rn. 55.

²⁵⁷ Palandt/*Diederichsen* § 1901a Rn. 1; HK-BUR/*Bauer* § 1901a Rn. 56; MünchKommBGB/*Schwab* § 1901 Rn. 5; Staudinger/*Bienwald* § 1901a Rn. 12.

²⁵⁸ *Lipp* Patientenautonomie S. 29.

²⁵⁹ Die Behörde wird mittlerweile allgemein als Adressat angesehen, vgl. *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 6 BtBG Rn. 1.

²⁶⁰ *Dodegge/Roth* J. Rn. 49a; nach *Knittel* muss es sich dabei nicht zwingend um finanzielle Förderung handeln, sondern auch um das Vorantreiben des Themas in der Öffentlichkeit, vgl. § 6 BtBG Rn. 22; kritisch: *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 6 BtBG Rn. 2.

deutung von Aufklärung und Beratung wird unterschiedlich verstanden. Nach § 1 Abs. 1 S. 1 RDG²⁶² ist unter Rechtsberatung die Unterrichtung des Ratsuchenden über die Rechtslage eines Einzelfalles sowie die zu ergreifenden Maßnahmen und die Hilfeleistung bei der Sammlung von Unterlagen zu verstehen.²⁶³ Rechtsberatung liegt demnach nur dann vor, wenn sich die Beratung – vom Standpunkt des Ratsuchenden aus – auf einen ganz bestimmten Einzelfall bezieht.²⁶⁴ Dies ist insbesondere dann gegeben, wenn es um die Aufklärung einer bestimmten Rechtslage des praktischen Lebens geht²⁶⁵ oder über die Möglichkeiten, Folgerungen aus der Rechtslage zu ziehen bzw. den Rat, sich in einem bestimmten Sinne zu verhalten.²⁶⁶ Das RBERG war in dieser Frage restriktiv zu verstehen.²⁶⁷ Dies sollte auch für das RDL gelten. Fraglich ist, ob § 6 Abs. 1 S. 2 BtBG die Behandlung eines Einzelfalles meint. S. 1 spricht von der Tätigkeit einzelner Personen. Dies ist darauf ausgerichtet, dass die Behörde einzelne Personen bei ihrer Tätigkeit zugunsten Betreuungsbedürftiger unterstützen soll. S. 2 ist anders aufgebaut. Dabei geht es nicht um die Unterstützung bei einer Tätigkeit, sondern um die Verbreitung der Rechtsinstitute Vorsorgevollmacht und Betreuungsverfügung.²⁶⁸ Dies steht im Zusammenhang mit dem allgemeinen Bemühen des Gesetzgebers im Rahmen des 2. BtÄndG, die rechtliche Betreuung zu vermeiden und zu diesem Zweck Alternativen aufzuzeigen. Somit geht es um die allgemeine Verbreitung und nicht um den Einzelfall. Bereits dadurch unterscheidet sich die Beratung des § 6 Abs. 1 S. 2 BtBG von der Rechtsberatung i.S.d. RDL. Zudem sind Behörden dazu angehalten, bei komplexen und schwierigen Rechtsfragen, die Betroffenen an einen Rechtsanwalt und Notar zu verweisen.²⁶⁹ Nach Art. 1 § 3 Nr. 1 RDG fällt „Rechtsberatung, [...] die von Behörden [...] im Rahmen ihrer Zuständigkeit ausgeübt wird“ nicht unter den Erlaubnisvorbehalt des § 1 Abs. 1 RDL. Somit könnten Mitarbeiter der

²⁶¹ Im Sinne von Vorantreiben durch Verbreitung entsprechender Broschüren und Informationsblättern, vgl. HK-BUR/*Walther* § 6 BtBG Rn. 27; so im Ansatz auch *Knittel* § 6 BtBG Rn. 22; *Jurgeleit/Kania/Langholz/Schmidt* § 6 BtBG Rn. 8.

²⁶² Das RBERG wurde am 01.07.2008 durch das RDG ersetzt.

²⁶³ *Chemnitz/Jobnigk* Art. 1 § 1 RBERG Rn. 36.

²⁶⁴ *Chemnitz/Jobnigk* Art. 1 § 1 RBERG Rn. 37.

²⁶⁵ *Heinken* S. 3; *Chemnitz/Jobnigk* Art. 1 § 1 RBERG Rn. 36; HK-BUR/*Walther* § 6 BtBG Rn. 27.

²⁶⁶ *Chemnitz/Jobnigk* Art. 1 § 1 RBERG Rn. 36; *Heinken* S. 3.

²⁶⁷ BGH NJW 1956, 591; BGH NJW 1981, 1616.

²⁶⁸ *Knittel* § 6 BtBG Rn. 23; ähnlich: *Frösche/Kubrke* § 6 BtBG Rn. 11; *Zimmermann* Rn. 363.

²⁶⁹ Zweck des RBERG war zum einen, der Schutz des Verbrauchers vor unsachkundigen Rat (*Bauer/Klie* E. 2.; *Rennen/Caliebe* Art. 1 § 1 RBERG Rn. 9; BVerfGE 41, 378, 390, 393; BVerfGE 97, 12, 26), zum anderen aber auch die Gewährleistung einer reibungslosen Rechtspflege (*Rennen/Caliebe* Art. 1 § 1 Rn. 9 RBERG) und den Schutz derer, die dem strengen Berufsrecht unterworfen sind, vor unqualifizierter und damit zumeist billigerer Konkurrenz (BGH NJW 1962, 2010; BGH NJW 1967, 1558). Daher wird die Behörde nicht unmittelbar aus Satz 2 zur Tätigkeit verpflichtet. Vielmehr soll sie die Aufklärungs- und Beratungstätigkeit anderer fördern, also mittelbar aktiv sein (*Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 6 BtBG Rn. 1); anders hingegen *Jürgens/Winterstein* § 6 BtBG Rn. 9, der in Satz 2 eine Verpflichtung der Behörden zur Beratung sieht.

Betreuungsbehörden von dem Erlaubnisvorbehalt zur Rechtsberatung befreit sein. Jedoch begründet das BtÄndG von 1999 gerade keine Zuständigkeit der Betreuungsbehörden für eine rechtliche Einzelfallberatung.²⁷⁰ Dem Wortlaut nach geht die Aufgabe der Behörde aus § 6 Abs. 1 S. 2 BtBG nicht über die allgemeine Information ohne konkreten Einzelfallbezug hinaus.²⁷¹ Eine Beratung im Sinne des RBerG ist also in § 6 Abs. 1 S. 2 BtBG nicht vorgesehen.

Eine Beratungspflicht für Betreuungsvereine ergibt sich auch nicht aus § 1908f Abs. 1 Nr. 2 a. Danach kann ein „rechtsfähiger Verein [...] als Betreuungsverein anerkannt werden, wenn er gewährleistet, dass er planmäßig über Vorsorgevollmachten und Betreuungsverfügungen informiert“. Der Gesetzgeber wollte Betreuungsvereinen ausdrücklich die Pflicht zur allgemeinen Information auferlegen, zugleich aber auch durch § 1908f Abs. 4 die Möglichkeit schaffen, Ratsuchende individuell zu beraten.²⁷² Abs. 4 stellt dabei lediglich auf das Rechtsinstitut Vorsorgevollmacht ab. Ein Hinweis auf die Betreuungsverfügung fehlt. Dies ist Folge der gesetzgeberischen Bestrebung, rechtliche Betreuungen zu vermeiden. Mittels des Rechtsinstituts Betreuungsverfügung lässt sich dies nicht erreichen. Damit ist § 1908f Abs. 1 Nr. 2 a nur eine Aufgabenzuweisung zur allgemeinen planmäßigen Information über die Betreuungsverfügung. Eine Kollision durch § 1908f Abs. 4 mit Art. 1 § 3 RDG besteht insoweit nicht, als die Regelung des § 1908f vorgeht.²⁷³ Somit besteht lediglich die Beratungsmöglichkeit durch Betreuungsvereine, eine individuelle Beratungspflicht besteht nicht. Dies erscheint i.E. nicht sinnvoll. Zu einer allgemein Informationspflicht muss die Aufklärung über die Betreuungsverfügung gehören. Andernfalls fehlt dem Ratsuchenden u.a. die Abgrenzungs- und damit die Entscheidungsmöglichkeit.

D. Zusammenfassung

Nach § 1901 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 S. 2 sind Inhalt der Betreuungsverfügung die antizipiert geäußerten Wünsche und Vorstellungen des Betroffenen in Bezug auf seine eigene Betreuung. Die Erklärungen des Betroffenen sind für Betreuer und Gericht verbindlich, soweit es sich tatsächlich um seinen, und nicht den Willen eines Dritten handelt, er bei der Willensbildung nicht einem Irrtum unterlag und diesen bewusst und ernsthaft verfasst hat. Nicht an die Betreuungsverfügung sind

²⁷⁰ *Bauer/Klie* E. 3.; BT-Drucks. 15/2494 S. 31; Fröschle/*Kubrke* § 6 BtBG Rn. 11; *Knittel* § 6 BtGB Rn. 23 – 25.

²⁷¹ HK-BUR/*Walther* § 6 BtGB Rn. 29; Fröschle/*Fröschle* § 6 BtBG Rn. 11; *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 6 BtBG Rn. 11; *Bauer/Klie* S. 162; *Sonnenfeld* FamRZ 2005, 941, 944; *Dodegge/Roth* J. Rn. 49a; *Jurgeleit/Kania/Langholf/Schmidt* § 6 BtBG Rn. 22; anderer Ansicht – jedoch ohne Begründung – ist *Winterstein*, wonach die Behörde mehr als reine Information zu leisten habe (*Jürgens/Winterstein* § 6 BtBG Rn. 9).

²⁷² Vgl. BT-Drucks. 15/2494 S. 31; so auch: HK-BUR/*Walther* § 6 BtGB Rn. 31; *Bienwald* BtPrax 1998, 164 dort Fn. 2; *Bauer/Klie* S. 160; *Dodegge/Roth* J. Rn. 49a.

²⁷³ BT-Drucks. 15/2494 S. 31.

Anforderungen zu stellen, sondern an die darin enthaltenen Wünsche. Durch das Formulieren dieser definiert der Betroffene sein individuelles, subjektives Wohl und somit die Reichweite seiner Wünsche. Beides ist dann nicht mehr möglich, wenn der Betroffene nicht zur freien Willensbildung in der Lage, also einsichtsunfähig i.S.v. § 1896 Abs. 1a ist bzw. sich aufgrund fehlender Eigenverantwortlichkeit durch seinen Wunsch selbst zu schädigen droht. Eine Reichweitenbeschränkung der Wünsche durch das Wohl nach § 1901 Abs. 3 S. 1 ist außer in diesen zwei Ausnahmen nicht möglich. Diese ist in der Zumutbarkeit der Wunschemsetzung für den Betreuer, den zwingenden Regelungen des Betreuungsrechts und der allgemeinen Rechtsordnung zu sehen.

Welchen genauen Inhalt eine Betreuungsverfügung hat, bestimmt ihr Verfasser. Er legt fest, welchen Gehalt er seinen Äußerungen im Rahmen der Betreuungsverfügung zukommen lassen will. Gibt er einen eindeutigen Wunsch ab, dann sind Betreuer und Gericht strikt an diese konkreten Vorgaben gebunden. Stellt der Betroffene hingegen Wertvorstellung oder Ansichten dar, muss der Betreuer selbst die entsprechenden Entscheidungen unter Berücksichtigung und in Orientierung an den genannten Wertvorstellungen und Auffassungen des Betroffenen treffen.²⁷⁴

Wirksamkeitsvoraussetzungen für das Rechtsinstitut Betreuungsverfügung normiert das Gesetz nicht. Nach § 1901a S. 1 formuliert es nur die Pflicht des Betreuungsverfügungsbesitzers, diese unverzüglich nach Bekanntwerden der Einleitung eines Betreuungsverfahrens bei Gericht abzuliefern.

²⁷⁴ *Taupitz* A 121.

§ 3 Einfluss der Betreuungsverfügung auf die Auswahl des Betreuers

Einen Katalog mit ausdrücklichen Anforderungen für die Betreuerauswahl enthält das Gesetz in § 1897. Weitere Kriterien sind in §§ 1898 – 1900 geregelt und ergeben sich im Übrigen aus einer Gesamtschau des Betreuungsrechts. Die Auswahl des Betreuers ist rechtlich keine eigenständige Einzelentscheidung, sondern nach § 1896 Bestandteil der einheitlichen Entscheidung der Betreuerbestellung.²⁷⁵ Gem. § 1897 Abs. 4 und 5, § 1901c S. 1 und 2 kann jeder Volljährige in einer Betreuungsverfügung Vorschläge, Wünsche und Vorstellungen in Bezug auf einen künftig möglicherweise notwendigen Betreuer äußern. Einem solchen Vorschlag ist gem. § 1897 Abs. 4 S. 1 zu entsprechen. Der derart Benannte wird im Folgenden als sog. Wunschbetreuer bezeichnet. Fraglich ist, in welchem Umfang der Betroffene mittels seiner Wünsche und Vorschläge auf die Auswahl seines Betreuers einwirken kann. Zu untersuchen ist dabei, wann das Gesetz die Einflussnahme des Einzelnen vorsieht und erlaubt, das Gesetz also dispositiv ist. Im Übrigen ist zwischen dem „Ob“ und „Was“ der Betroffenenwünsche zu unterscheiden. Ob die Wünsche des Betroffenen „erfüllt“ werden können, ist eine Frage der gesetzlichen Vorgaben; was der Betroffene erreichen will, eine Frage der Auslegung.

²⁷⁵ BT-Drucks. 11/ 4528 S. 124: Der Richter hat anhand der genannten Vorgaben die maßgeblichen Kriterien zu ermitteln. Vgl. auch Staudinger/*Biernwald* § 1897 Rn. 10.

A. Auswahl des Betreuers gem. §§ 1897 ff.

Fraglich ist, inwieweit die §§ 1896 ff. zwingende Regeln für die Auswahl und Benennung des Betreuers vorgeben bzw. einen Freiraum für individuelle Betroffenenwünsche gewähren. Dabei ist v.a. zu untersuchen, was der Betroffene mit seinen Wünschen erreichen will. Dies zu ermitteln, ist eine Frage der Auslegung.

I. Vorschlag gem. § 1897 Abs. 4 S. 1

1. Einzelperson, Personenkreis oder -gruppe

Hat die nun zu betreuende Person einen Betreuer vorgeschlagen, ist dessen Vorschlag gem. § 1897 Abs. 4 „zu entsprechen, wenn es dem Wohl des Volljährigen nicht zuwider läuft“. Ist diese Voraussetzung erfüllt, hat das Betreuungsgericht dem Vorschlag des Betreuten ohne Einschränkung zu folgen und diese vorgeschlagene Person als Betreuer zu bestellen.²⁷⁶ Dem Richter steht bei einem eindeutigen Vorschlag mit hin kein Ermessen zu.²⁷⁷ Dies gilt selbst dann, wenn objektiv eine andere Person besser zur Betreuung des Betroffenen geeignet ist.²⁷⁸ Die Grenze ist nach § 1897 Abs. 4 dann erreicht, wenn die Benennung des Wunschbetreuers dem Wohl des Betreuten zuwider läuft. Nach der herrschenden Meinung ist dies gegeben, wenn die konkrete Gefahr besteht, dass der Wunschbetreuer die rechtliche Betreuung nicht zum Wohl des Betroffenen führen kann oder will.²⁷⁹

Aus der Wunschbeachtungspflicht des § 1901 Abs. 3 S. 1 ist abzuleiten, dass der Wunschbetreuer immer dann zum Betreuer bestellt werden muss, wenn dieser Wunsch nicht im Zustand der Einsichtsunfähigkeit gem. § 1896 Abs. 1a verfasst wurde bzw. seine Umsetzung nicht zur Selbstschädigung des Betroffenen führt.

²⁷⁶ BT-Drucks. 11/4528 S. 127; *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1897 Rn. 53, 58; Münch-KommBGB/*Schwab* § 1897 Rn. 19, 34; Palandt/*Diederichsen* § 1897 Rn. 20; Bamberger/*Roth/Müller* § 1897 Rn. 14; Erman/*Holzbauer* § 1897 Rn. 3; *Knittel* § 1897 Rn. 17; Staudinger/*Bienwald* § 1897 Rn. 28; *Perau* MittRhNotK 1996, 285, 286; BayObLG FamRZ 1997, 1360, 1361; BayObLG FamRZ 2004, 976, 977; OLG Düsseldorf FamRZ 1998, 510; KG FamRZ 1995, 1442, 1443.

²⁷⁷ *Perau* MittRhNotK 1996, 285, 286; *Schwab* FamRZ 1992, 493, 501; *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1897 Rn. 56; Staudinger/*Bienwald* § 1897 Rn. 28; BayObLG FamRZ 2004, 976, 977.

²⁷⁸ *Perau* MittRhNotK 1996, 285, 286; MünchKommBGB/*Schwab* § 1897 Rn. 23; Staudinger/*Bienwald* § 1897 Rn. 28; *Schwab* FamRZ 1992, 493, 501 f.; *Knittel* § 1897 Rn. 17a; Palandt/*Diederichsen* § 1897 Rn. 20; HK-BUR/*Bauer* § 1897 Rn. 72; Palandt/*Diederichsen* § 1897 Rn. 20; OLG Düsseldorf FamRZ 1996, 1373, 1373 f.; BayObLG FamRZ 1999, 53; OLG Köln FamRZ 1999, 811.

²⁷⁹ *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1897 Rn. 58; Erman/*Holzbauer* § 1897 Rn. 3; Münch-KommBGB/*Schwab* § 1897 Rn. 23; *Schwab* FamRZ 1990, 681, 685; Staudinger/*Bienwald* § 1897 Rn. 28; *Knittel* § 1897 Rn. 17; Palandt/*Diederichsen* § 1897 Rn. 20; BT-Drucks. 11/6949 S. 71; BayObLG FamRZ 1996, 1373; BayObLG FamRZ 1997, 1360, 1361; BayObLG BtPrax 2002, 36, 37; BayObLG FamRZ 2004, 976, 977; OLG Düsseldorf FamRZ 1996, 1373, 1374; OLG Brandenburg FamRZ 2001, 936, 937.

Die in § 1897 Abs. 4 formulierte Regelung gilt auch dann, wenn der Betroffene mehrere Personen als Wunschbetreuer in der Betreuungsverfügung benennt. Über die Verbindlichkeit des Vorschlags mehrerer Wunschbetreuer wird gestritten. Dabei ist zu analysieren, was der Betroffene durch die Nennung Mehrerer zum Ausdruck bringen möchte. Es sind verschiedene Konstellationen zu unterscheiden.

Wünscht der Betroffene für verschiedene Aufgabenkreise verschiedene Betreuer, benennt er zwar mehrere Wunschbetreuer, genau genommen handelt es sich aber um die Benennung eines bestimmten Wunschbetreuers für eine bestimmte Angelegenheit bzw. einen bestimmten Aufgabenkreis. In diesem Fall ist der Vorschlag des Betroffenen also eindeutig und zuzuordnen. Daher muss dann die für den jeweiligen Aufgabenkreis vorgeschlagene Person nach § 1897 Abs. 4 S. 1 durch das Gericht bestellt werden.²⁸⁰ Diese Auslegung unterstützt § 1899 Abs. 1 S. 1 und S. 2. Danach kann das Gericht dann mehrerer Betreuer bestellen, wenn die Angelegenheiten des Betreuten dadurch besser besorgt werden können. Nach dem Wortlaut hat das Gericht in dieser Frage einen Ermessensspielraum. Fraglich ist, wann das Gericht den Ermessensspielraum ausüben darf. Legt man die Regelung so aus, dass das Gericht nur dann mehrere Betreuer bestellen darf, wenn es glaubt, dass dadurch die Besorgung der Angelegenheiten besser erfolgt, dann stünde sie der Benennungsmöglichkeit nach § 1897 Abs. 4 S. 1 entgegen. Eine solche Einschränkung wurde in der Gesetzesbegründung nicht niedergelegt. Die Systematik unterstützt eine andere Auslegung. Dass nämlich eine Ernennung Mehrerer gerade dann möglich ist, wenn das Gericht von der besseren Besorgung der Angelegenheiten ausgeht. Dann steht § 1899 auch nicht im Widerspruch zu § 1897 Abs. 4 S. 1.²⁸¹

Anders ist der Fall zu bewerten, in dem der Betroffene durch die Benennung mehrerer Wunschbetreuer zum Ausdruck bringen will, dass er die gleichzeitige Bestellung aller – für alle erforderlichen Angelegenheiten – wünscht. Gemäß § 1899 Abs. 3 können mehrere Betreuer mit demselben Aufgabenkreis die Angelegenheiten des Betreuten nur gemeinsam besorgen, soweit das Gericht nichts anderes bestimmt und mit dem Aufschub keine Gefahr verbunden ist. Das Gesetz sieht die Möglichkeit der gleichzeitigen Betreuung durch mehrere Betreuer im gleichen Aufgabenkreis also vor. Da nach obiger Auslegung § 1899 in entsprechender Anwendung des § 1896 Abs. 4 nicht als zwingende Regelung zu verstehen ist, kann der Betroffene durch die Benennung mehrerer Wunschbetreuer auf die Bestellung dieser für dieselbe Angelegenheit hinwirken.²⁸²

²⁸⁰ Dodegge/Roth C. Rn. 139; *Perau* MittRhNotK 1996, 285, 287.

²⁸¹ Für diese Auslegung spricht auch das System der Vergütung und der Aufwendungsentschädigung des Betreuers, die gem. §§ 1908i Abs. 1 i.V.m. § 1835, 1835a, 1836, 1836c aus dem Vermögen des Betreuten zu erfolgen hat.

²⁸² Anders sieht dies *Biernwald* (Staudinger/*Biernwald* § 1899 Rn. 5).

Wünscht der Betroffene die Ernennung einer Person aus einem konkret umschriebenen Personenkreis, nennt er dem Betreuungsgericht damit Alternativen.²⁸³ Nennt der Betroffene einen bestimmten Kreis von Personen, sind diese durch das Betreuungsgericht individuell erkennbar. Bei diesem Vorschlag kann der Betroffene sich jeden aus dem vorgeschlagenen Kreis als seinen Betreuer vorstellen.²⁸⁴ Hier bleibt dem Betreuungsgericht ein Auswahlmessen – beschränkt auf den genannten Personenkreis.²⁸⁵ Aus diesem muss das Betreuungsgericht dann den für den erforderlichen Aufgabenkreis geeignetesten Betreuer auswählen.²⁸⁶ Es kann eine dieser vorgeschlagenen Personen als Betreuer für sämtliche Aufgabenbereiche bestellen oder aber für mehrere Aufgabenbereiche je einen anderen Betreuer aus dem vorgeschlagenen Kreis auswählen.²⁸⁷ Die Nennung einer durch bestimmte Personen gebildete Gruppe ist rechtlich nicht anders zu bewerten, als die Benennung einer einzelnen Person,²⁸⁸ weil die Benennung jedes einzelnen Personenkreismitgliedes dem Wunsch des Betroffenen entspricht. Daher ist für die Frage der Verbindlichkeit des Vorschlags derselbe Maßstab wie in § 1897 Abs. 4 S. 1 anzulegen, so dass ein derartig konkret formulierter Wunsch verbindlich ist.²⁸⁹

Im Zusammenhang mit der Nennung eines Vereins²⁹⁰ als Gruppe stellt sich die Problematik des gesetzlichen Vorrangs der Einzelbetreuung, die nicht zur Disposition des Betroffenen steht²⁹¹. Dem Vorrang der Einzelbetreuung wird jedoch dann entsprochen, wenn das Betreuungsgericht eine Person aus dem vom Betroffenen vorgeschlagenem Verein auswählt. Nur dann, wenn der Betroffene ausdrücklich den Verein als Betreuer zugeteilt bekommen möchte, kann seinem Vorschlag aufgrund des durch die Betreuungsverfügung nicht beeinflussbaren gesetzlichen Vorrangs der Einzelbetreuung keine Bindungswirkung zugesprochen werden²⁹². Schlägt der Betroffene einen Betreuungsverein als die konkrete Gruppe

²⁸³ *Knittel* § 1897 Rn. 20; *Perau* MittRhNotK 1996, 285, 287.

²⁸⁴ Einzelne Literaturmeinungen stufen diese Äußerung des Betroffenen nicht als konkreten Vorschlag und daher als unbeachtlich ein (*Perau* MittRhNotK 1996, 285, 287) oder sehen die Nennung eines Vereins oder einer Behörde nicht als Vorschlag an (*Palandt/Diederichsen* § 1897 Rn. 20).

²⁸⁵ *Perau* MittRhNotK 1996, 285, 287.

²⁸⁶ *Dodegge/Roth* C. Rn. 140; *Knittel* § 1897 Rn. 17.

²⁸⁷ *Knittel* § 1897 Rn. 20; *Perau* MittRhNotK 1996, 285, 287.

²⁸⁸ Abzulehnen daher: *Hausmann/Hohloch/Röthel* Kapitel 14 Rn. 173 und *Gernhuber/Coester-Waljen* § 76 Rn. 50 – sie nehmen keine Bindungswirkung an, wenn eine abstrakte Umschreibung, z.B. „Kreis meiner Familie“ erfolgt. Gerade bei diesem Beispiel ist jedoch eine klare Umschreibung des Personenkreises erkennbar.

²⁸⁹ Bei der beispielhaften Nennung „mein Betreuer soll aus meiner Familie ausgewählt werde“, lässt sich die (verwandtschaftliche) Familie als ein klar umschriebener Personenkreis festlegen, so dass diese eine konkrete Nennung eines Personenkreises darstellt – anders sieht dies *Schwab* (MünchKommBGB/*Schwab* § 1897 Rn. 21).

²⁹⁰ Zu denken ist hier sowohl an Betreuungsvereine einerseits, als auch an „einfache“, weil vom Vereinszweck mit anderen Aufgaben und Zielen betraute Sportvereine etc.

²⁹¹ Siehe § 3 B. II.

²⁹² Siehe dazu und zu den Ausnahmen § 3 B. IV.; *MünchKommBGB/Schwab* § 1897 Rn. 22.

möglicher Betreuer vor, so liegt es im Ermessen des Gerichts, innerhalb des Betreuungsvereins einen ehrenamtlich tätigen Betreuer auszuwählen und somit die gesetzlichen Regeln zu wahren.²⁹³ Wird allgemein ein Verein oder eine Behörde genannt, so ist dies dahingehend auszulegen, dass der Betroffene eine Person aus diesem Verein oder dieser Behörde als Betreuer wünscht.²⁹⁴ Dies ist v.a. unter dem Grundsatz der Einzelbetreuung – als eine der gesetzlichen Strukturvorgaben des Gesetzes – zu werten, der nicht zur Disposition des Betroffenen steht. Der Vorschlag eines Vereins oder einer Behörde ist als wirkungslos anzusehen, weil der Betroffene „*allein auf die Person des Betreuers, nicht auf die Struktur der Betreuung Einfluss nehmen können*“²⁹⁵ soll.

Ist ein Personenkreis abstrakt beschrieben²⁹⁶ entspricht dies nach ganz herrschender Meinung nicht mehr § 1897 Abs. 4 S. 1.²⁹⁷ Das Gesetz verlange einen konkreten Vorschlag, der die Person des Wunschbetreuers klar benenne. Diese Gesetzesauslegung ist fraglich. Mit der Benennung eines abstrakten Personenkreises bringt der Volljährige zum Ausdruck, dass sein Wunschbetreuer aus diesem Personenkreis auszuwählen ist. Der Wunsch des Betreuten ist damit konkret ermittelbar und daher ebenfalls nach § 1897 Abs. 4 S. 1 verbindlich.

2. Gegenbetreuer

Der Gegenbetreuer wird im Betreuungsrecht nicht ausdrücklich, sondern nur durch den Verweis in § 1908i Abs. 1 auf §§ 1792, 1799 geregelt. Eine vollständige Verweisung auf das Vormundschaftsrecht fehlt. Die herrschende Literaturmeinung beschreibt die bruchstückartige Verweisung als Redaktionsversehen aufgrund der nachträglichen gesetzlichen Einführung des Gegenbetreuers.²⁹⁸

²⁹³ Zur Problematik der Nennung ehrenamtlich Tätiger vor Berufsbetreuern, § 3 B. IV.

²⁹⁴ Langenfeld S. 159; als Möglichkeit: Rudolf/Bittler § 3 Rn. 15; Dodegge/Roth C. Rn. 138.

²⁹⁵ Dodegge/Roth C. Rn. 138.

²⁹⁶ Wie z.B. die Nennung „*einer meiner Freunde*“, weil die Eigenschaft der Freundschaft nicht gesetzlich festgelegt, sondern durch individuell definierte, ganz unterschiedliche Kriterien bestimmt ist und der Personenkreis somit durch Auslegung durch den Betreuungsrichter nur schwer bis gar nicht bestimmbar ist.

²⁹⁷ MünchKommBGB/Schwab § 1897 Rn. 23; Knittel § 1897 Rn. 18a mit dem Beispiel „*Familienangehöriger*“: Die Familie stelle einen klar umschriebenen Kreis dar, so dass ihre Nennung als konkrete Benennung eines Personenkreises gelte. Dieser Auslegung ist so nicht zuzustimmen. Vielmehr muss der Betreuungsrichter die Nennung des Betroffenen auslegen und den Willen des Betroffenen ermitteln. Er muss dann eine in seinen Augen geeignete Person aus diesem Kreis und daher für ihn durch Auslegung konkret bestimmbar Kreis auswählen. Problematisch und damit möglicherweise abstrakt kann die Nennung werden, wenn der Betroffene unter Familienangehörigen einen anderen Kreis als den gesetzlich bestimmten meint, wie z.B. auch den Lebensabschnittsgefährten. Ist aber auch dieser Kreis durch den Betreuungsrichter durch Auslegung konkret zu ermitteln, handelt es sich um eine ausreichend konkrete und somit verbindliche Benennung durch den Betroffenen.

²⁹⁸ Spanl/Rpflerger 1992, 142, 144; Biernwald/Sonnenfeld/Hoffmann § 1896 Rn. 156.

Der Gegenbetreuer soll zum einen den Betreuer beaufsichtigen, indem er Rechenschaftslegung von diesem verlangt²⁹⁹ (sinngem. § 1799 Abs. 2 i.V.m. § 1908i Abs. 1 S. 1). Dies ist sonst alleinige Aufgabe des Betreuungsgerichts. Zum anderen soll er an der Verwaltung des Betreutenvermögens mitwirken³⁰⁰, vgl. § 1908i Abs. 1 S. 1 i.V.m. §§ 1792 Abs. 2, 1802 Abs. 1 S. 2. Der Gegenbetreuer erhält seinen Auftrag also nicht vom Betreuungsgericht,³⁰¹ sondern direkt aus dem Gesetz, vgl. § 1908i i.V.m. § 1799. Er wird bestellt, wenn mit der Betreuung eine nicht unerhebliche Vermögensverwaltung verbunden ist und hat eine Kontrollfunktion.

Die Situation der Nennung des Wunsch-Gegenbetreuers durch den Betroffenen unterscheidet sich kaum zu der des Wunschbetreuers. Im Vergleich hat der Gegenbetreuer keinen eigenen Aufgabenkreis, sondern ist eine reine zur Betreuung akzessorische Kontrolleinrichtung.³⁰² Dadurch ist er nicht zur Vertretung des Betreuten berechtigt, auch nicht bei Verhinderung des Betreuers. Bei seinem Handeln ist er dem Betreutenwohl verpflichtet. Somit sind einige strukturelle Unterschiede auszumachen, die eine differenzierte Bewertung der Vorschläge des Betroffenen jedoch nicht rechtfertigen. Folglich muss die Benennung des Gegenbetreuers analog zu der Benennung des Betreuers durch den Betroffenen nach § 1897 Abs. 4 S. 1 mit verbindlicher Geltung für das Betreuungsgericht festzulegen sein.³⁰³

²⁹⁹ *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1896 Rn. 156.

³⁰⁰ *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1896 Rn. 158.

³⁰¹ Wie dies aufgrund des Erforderlichkeitsgrundsatzes bzgl. der Aufgabenkreiszuteilung bei der normalen Betreuung der Fall ist.

³⁰² *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1896 Rn. 168. Daher hat der Gegenbetreuer auch keinen eigenen Aufgabenbereich (*Spanl* Rpfleger 1992, 142, 144).

³⁰³ Die Grenze bildet hier allein das Wohl des Betreuten, vgl. § 2 C. III.; *Perau* will nur Rücksicht auf diese Vorschläge nehmen, da ein verbindlicher Vorschlag an dieser Stelle die rechtliche Ausgestaltung der Betreuung bedeute, was nicht von der Befugnis, einen Wunschbetreuer zu benennen, umfasst sei (*Perau* MittRhNotK 1996, 285, 287).

3. Ersatzbetreuer

Das Gesetz enthält für die Benennung eines Ersatzbetreuers³⁰⁴ keine Vorgaben. Der Ersatzbetreuer wird nach § 1899 Abs. 4 nicht gemeinschaftlich oder neben einem weiteren Betreuer, sondern nur für den Fall bestellt, dass der vorrangige (eigentliche) Betreuer verhindert, ein Handeln aber zum Wohl des Betreuten erforderlich ist.³⁰⁵ Diese Verhinderung kann sich dabei aus rein tatsächlichen³⁰⁶ wie rechtlichen³⁰⁷ Gründen ergeben.

Ähnlich wie bei der Bestimmung eines Gegenbetreuers sind hier weder ausdrückliche Regelungen des Gesetzes noch inhaltliche Unterschiede in Bezug auf die Benennung eines Wunschbetreuers nach § 1897 Abs. 4 S. 1 auszumachen. Der Vorschlag des Betroffenen bezüglich seines Wunsch-Ersatzbetreuers muss somit entsprechend § 1897 Abs. 4 S. 1 ebenfalls verbindlich sein.

4. Kontrollbetreuer

Hat der Betroffene einer dritten Person eine Vorsorgevollmacht erteilt, kann zur Geltendmachung seiner Rechte gegenüber dem Vollmachtnehmer ein Kontrollbetreuer bestellt werden, vgl. § 1896 Abs. 3. Eine ausdrückliche Regelung über die Voraussetzungen der Kontrollbetreuerbestellung ist nicht vorhanden.

Aus § 1896 Abs. 3 und der Gesetzesbegründung³⁰⁸ ergibt sich einerseits die Aufgabe des Kontrollbetreuers, den Bevollmächtigten darin zu kontrollieren, ob dessen Entscheidungen dem Wohl des Betreuten zuwiderlaufen³⁰⁹ und andererseits die Rechte des Betreuten gegenüber seinem Bevollmächtigten wahrzunehmen.³¹⁰

³⁰⁴ Auch *Ergänzungsbetreuer* genannt, mit der Bezeichnung der Ergänzung wird m.E. jedoch nicht wirklich deutlich, dass der Ersatzbetreuer nur bei Verhinderung des Betreuers nötig wird – also als Ersatz „an Stelle von“ nicht hingegen als ein zusätzlicher Betreuer „neben“ dem regulären Betreuer; vgl. auch *Alperstedt* BtPrax 2001, 106 ff. und *Spanl/Rpflieger* 1992, 142 ff.

³⁰⁵ *Dodegge/Roth* B. Rn. 78; LG Stuttgart BtPrax 1999, 200; LG Frankfurt/Oder FamRZ 1999, 1221, 1222.

³⁰⁶ Wie bei Krankheit, Urlaub o.ä.; möglich ist dann z.T., dass der Betreuer selber einen Vertreter beauftragt, was jedoch ein Ausnahmelösung darstellt, weil die Verpflichtung des Betreuers aus § 1901 grundsätzlich nicht übertragbar ist, vgl. nur *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1899 Rn. 38; *Dodegge/Roth* B. Rn. 80 – solange persönliche Betreuung gewährt wird; *Jürgens/Jürgens* § 1899 Rn. 6.

³⁰⁷ D.h. die Vertretungsmacht nicht ausüben (§§ 1795, 1796 i.V.m. 1908i Abs. 1, 181) oder das dem Betreuten Zugewendeten nicht verwalten darf (§§ 1803 i.V.m. 1908i Abs. 1 S. 1; vgl. *Dodegge/Roth* B. Rn. 79; BayObLG BtPrax 1998, 32, 33) bzw. die Angelegenheit nicht auf den Verfahrenspfleger übertragen kann.

³⁰⁸ BT-Drucks. 11/4528 S. 123.

³⁰⁹ *Dodegge/Roth* A. 26.

³¹⁰ BT-Drucks. 11/4528 S. 123; *Dodegge/Roth* A. 26; *Bienwald* Rpflieger 1998, 231, 232, 234.

Voraussetzung für eine Kontrollbetreuerbestellung ist nach § 1896 Abs. 3, dass eine Vollmacht wirksam erteilt wurde und nicht erloschen ist.³¹¹ Darüber hinaus bedarf es keiner Anzeichen dafür, dass der Bevollmächtigte nicht im Interesse des Betroffenen,³¹² bzw. nicht nach den im Innenverhältnis (der Bevollmächtigung) vereinbarten Kriterien handelt. Auch müssen nicht Geschäfte des Betroffenen von erheblichem Umfang und erheblicher Schwierigkeit bestehen.³¹³ Einige verlangen entgegen der nahen Auslegung am Gesetzeswortlaut einen konkreten Missbrauchsverdacht.³¹⁴ Zudem müsse der Vollmachtgeber unvernünftig sein, den Bevollmächtigten selbst zu überwachen.³¹⁵

Der Kontrollbetreuer ist ein regulärer Betreuer nach § 1897, mit einem besonderen Aufgabenbereich.³¹⁶ Benennt der Betroffene in seiner Betreuungsverfügung eine bestimmte Person oder einen konkret oder abstrakt beschriebenen Kreis seiner möglichen Wunschkontrollbetreuer, muss also dasselbe gelten, wie beim regulären Vorschlag eines Wunschbetreuers nach § 1897 Abs. 4 S. 1.³¹⁷

II. Vorschlag gem. § 1897 Abs. 4 S. 2

Schließt der Betroffene durch Wünsche in seiner Betreuungsverfügung Personen vom Amt des Betreuers aus, ist es besonders wichtig, zwischen der notwendigen Auslegung einer Betreuungsverfügung und ihren rechtlichen Grenzen zu differenzieren. Wie bereits dargelegt, ist das, was der Betroffene mit seiner Äußerung erreichen will, eine Frage der Auslegung. Ob er dieses Ziel erreicht, ist hingegen davon abhängig, inwieweit das Gericht an seinen Wunsch gebunden ist. Daher ist zu differenzieren. Lehnt der Betroffene einzelne Personen als mögliche Betreuer

³¹¹ Soergel/*Zimmermann* § 1897 Rn. 91; Palandt/*Diederichsen* § 1896 Rn. 21; BayObLG FamRZ 1993, 1249.

³¹² So aber: *Bienwald* Rpfleger 1998, 231, 233.

³¹³ So aber: *Bienwald* Rpfleger 1998, 231, 233; Soergel/*Zimmermann* § 1896 Rn. 89; BayObLG FamRZ 1999, 1302, 1303.

³¹⁴ Str.: Soergel/*Zimmermann* § 1896 Rn. 91; „konkreten Überwachungsbedarf“ nach BayObLG FamRZ 1999, 1302, 1303 = BtPrax 1999, 151; Palandt/*Diederichsen* § 1896 Rn. 21; Staudinger/*Bienwald* § 1896 Rn. 133.

³¹⁵ *Dodegge/Roth* A. 26; BT-Drucks. 11/4528 S. 123; die Frage, ob eine Kontrollbetreuerbestellung auch dann nötig ist, wenn Familienangehörige vorhanden sind, die den Bevollmächtigten überwachen könnten ist umstritten, vgl. nur Soergel/*Zimmermann* § 1896 Rn. 90 f. (dortige Fn. 201); *Bienwald* Rpfleger 1998, 231, 233. Die Bestellung eines Kontrollbetreuers erfolgt durch den Rechtspfleger nach § 14 Abs. 1 Nr. 4 RPflG. Anders als ein regulärer Betreuer, welcher durch das Betreuungsgericht bestellt wird, wird in diesem Fall der Rechtspfleger tätig; die Entscheidung ergeht als Einheitsentscheidung des zuständigen Gerichts, (Personalentscheidung mit dem durch § 69 FGG vorgegebenen Inhalt); *Bienwald* Rpfleger 1998, 231, 234; *Dodegge/Roth* A. 26 (dortige Fn. 78).

³¹⁶ Soergel/*Zimmermann* § 1896 Rn. 92.

³¹⁷ Vgl. dazu Ausführungen unter § 3 A. I.; So erfolgt das Verfahren der Betreuerbestellung nach allgemeinem Recht, vgl. *Bienwald* Rpfleger 1998, 231, 235.

ab, gibt es keine sachliche Rechtfertigung dafür, diesem Wunsch eine geringere Bedeutung zuzumessen, als einem positiven Vorschlag.³¹⁸

Dies sehen einige mit Blick auf die Gesetzesbegründung von § 1897 Abs. 4 S. 2 anders.³¹⁹ Die Gesetzesbegründung führe explizit aus, dass das Gesetz „*keine strenge Bindung des Gerichts an den Widerspruch des Betroffenen*“ vorsieht. Sonst könne der Betroffene durch einen Widerspruch seiner Äußerungen die Betreuung vollständig verhindern.³²⁰ Zudem sei einer „*ablehnenden Äußerung*“ nicht das gleiche Gewicht zuzumessen, „*wie einem konkreten Wunsch*“.³²¹

Schwab spricht sich für eine „*bindende Beachtlichkeit*“ des Negativwunsches aus, weil ein grundlegendes Vertrauensverhältnis zwischen Betreutem und „Negativ“-betreuer schon nicht entstehen könne, wenn eine Person zum Betreuer bestellt werde, die der zu Betreuende nicht wünsche.³²² Ein gutes Vertrauensverhältnis sei jedoch Grundlage einer funktionierenden Betreuung.

Den Wunsch des Betroffenen, eine bestimmte Person gerade nicht zum Betreuer zu benennen als unverbindlich zu bewerten, erlaubt der Wortlaut von § 1897 Abs. 4 S. 2: „*Schlägt der Betroffene vor, eine bestimmte Person nicht zum Betreuer zu bestellen, so soll hierauf Rücksicht genommen werden.*“ Während Satz 1 für das Gericht ohne Ermessensspielraum formuliert wurde, ist Satz nur als sog. Soll-Vorschrift gefasst. Dieses Ergebnis entspricht nicht den Zielen und der Systematik des Betreuungsrechts. Demnach soll der Wunsch des Betreuten in den Grenzen des § 1897 immer im Vordergrund stehen und der Entscheidungsmaßstab für den Betreuer und damit auch für das Betreuungsgericht sein. Die Frage nach der Verbindlichkeit eines negativen Wunsches ist allein die Frage nach der Bindung an einen vom Betreuten im Vorfeld geäußerten Wunsch.³²³ An dieser Stelle kann eine Unterscheidung zwischen Negativ- und Positivwunsch nicht stichhaltig begründet werden. Die Bestellung dieser Person zum Betreuer muss bei einer Negativnennung daher unterbleiben, gerade weil eine Bindung an die Betroffenenwünsche besteht.³²⁴

³¹⁸ *Lipp* FS Bienwald S. 177, 183; Diese Meinung vertritt jedoch der überwiegende Teil der Literatur, siehe nur *Staudinger/Bienwald* § 1897 Rn. 28 und *Erman/Holzbauer* § 1897 Rn. 4.

³¹⁹ BT-Drucks. 11/4528 S. 127; MünchKommBGB/*Schwab* § 1897 Rn. 34; *Knittel* § 1897 Rn. 20; *Staudinger/Bienwald* § 1897 Rn. 28; *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1897 Rn. 64 f.

³²⁰ BT-Drucks. 11/4528 S. 127 f.; *Staudinger/Bienwald* § 1897 Rn. 28; *Bamberger/Roth/Müller* § 1897 Rn. 15.

³²¹ BT-Drucks. 11/4528 S. 127; Mit fehlender Vertrauensbasis argumentiert ebenfalls *Diederichsen* (*Palandt/Diederichsen* § 1897 Rn. 20), dem schließen sich *Müller* (*Bamberger/Roth/Müller* § 1897 Rn. 14) und *Holzbauer* an (*Erman/Holzbauer* § 1897 Rn. 3).

³²² MünchKommBGB/*Schwab* § 1897 Rn. 34; dies sei Basis einer „*gedeihlichen Zusammenarbeit*“ und auch für die Verbindlichkeit eines Positivvorschlags des Betroffenen bedeutsam, vgl. BT-Drucks. 11/4528 S. 127; ebenso: *Bamberger/Roth/Müller* § 1897 Rn. 15; *Palandt/Diederichsen* § 1897 Rn. 20.

³²³ Zur Gleichwertigkeit von aktuell und im Vorfeld geäußerten Wünschen, vgl. § 2 C. II.

³²⁴ *Lipp* FS Bienwald S. 177, 183.

Nennt der Betroffene in der Betreuungsverfügung in negativer Umschreibung einen bestimmten Kreis oder eine Gruppe von Personen, gilt das Gleiche. Das Gericht darf aus diesem Personenkreis keinen Betreuer benennen.³²⁵

Kommt nach Abzug der negativ Benannten keine Person als möglicher Betreuer in Frage, ist dieser Wunsch anders zu deuten. Dann lehnt der Betroffene nicht bestimmte Personen, sondern vielmehr die Betreuung insgesamt ab. In diesem Fall bleibt dem Gericht bei der Auswahl des Betreuers kein Entscheidungsspielraum,³²⁶ es muss nicht über die Auswahl, sondern über die ablehnende Haltung des Betroffenen entscheiden. Dann muss das Gericht über die Frage der Betreuung gegen den Willen des Betroffenen, mithin der Zwangsbetreuung³²⁷ und nicht über die Bindung an den Betroffenenvorschlag entscheiden.

B. Gesetzliche Anforderungen gem. §§ 1896 ff.

Zu untersuchen ist, welche Fragen der Betreuerauswahl die §§ 1897 - 1900 regeln und ob sie zwingend oder dispositiv sind. Erst wenn kein, die Bestellung des Wunschbetreuers ausschließender gesetzlicher Grund vorliegt, kann der Betroffene mittels der in einer Betreuungsverfügung enthaltenen Wünsche und Vorschläge Einfluss auf die Betreuerbestellung nehmen.³²⁸ Dabei handelt es sich nicht um eine Frage der Bindungswirkung,³²⁹ sondern um eine Frage des zwingenden Rechts.³³⁰ Unterliegt das Gericht für eine Frage der Auswahl des Betreuers gesetzlich zwingenden Regelungen, sind allein diese maßgeblich, d.h. es ist keine abweichende privatautonome Regelung möglich. Solche in der Betreuungsverfügung dennoch festgehaltenen Wünsche entfalten keine Rechtswirkung. Legt das Gesetz für eine Frage der Auswahl des Betreuers nur einen Rahmen fest, ist dieser privat-autonom ausgestaltbar.

Bestimmt das Gesetz keine konkreten Vorgaben, können die in der Betreuungsverfügung festgehaltenen Wünsche des Betroffenen volle Rechtswirkung

³²⁵ Siehe zur Nennung eines Kreises von Personen bzw. einer Personengruppe § 3 A. I. 1.

³²⁶ Erman/*Holzbauer* § 1897 Rn. 4; ähnlich *Perau* MittRhNotK 1996, 285, 287.

³²⁷ Vgl. dazu ausführlich *Lipp* BtPrax 2008, 51, 55 f.

³²⁸ Diese Voraussetzungen eignen sich also erst gar nicht für einen Einfluss durch die Betreuungsverfügung. Dies verkennt, trotz richtiger Schlussfolgerung *Dodegge* (*Dodegge/Roth* B. Rn. 41).

³²⁹ So aber *Staudinger/Bienwald* § 1897 Rn. 23; *Bamberger/Roth/Müller* § 1897 Rn. 14; auch *Damrau/Zimmermann* § 1897 Rn. 22; *MünchKommBGB/Schwab* § 1897 Rn. 31; *BayObLG FamRZ* 1997, 245; für den Ausschluss von in § 1897 Abs. 3 genannten Personen. Auch *Knittel* versteht dies derart, er ordnet unter § 1897 Abs. 3 fallende Personen aber als ungeeignet ein, vgl. § 1897 Rn. 6. Das BayObLG lässt eine Bindung an den Vorschlag dann entfallen, wenn der Vorgeslagene ungeeignet ist, vgl. *FamRZ* 1997, 245.

³³⁰ So auch *Dodegge/Roth* C. Rn. 138 – in Bezug auf den Vorrang der Einzelbetreuung; *Palandt/Diederichsen* in Bezug auf die Voraussetzungen Eignung, § 1897 Abs. 3, *Übernahmebereitschaft*, vgl. § 1897 Rn. 20.

entfalten. Welche der Bestellvoraussetzungen des Wunschbetreuers zu den materiellrechtlich zwingenden gehört, ist im Folgenden zu prüfen.

I. Eignung der vorgeschlagenen Person gem. § 1897 Abs. 1

Nach § 1897 Abs. 1 muss die gewünschte Person geeignet sein, „Angelegenheiten des Betreuten rechtlich zu besorgen und ihn in dem hierfür erforderlichen Umfang persönlich zu betreuen“.³³¹ Der Gesetzgeber wollte die Geeignetheit des Betreuers zu einer Voraussetzung seiner Bestellung machen.³³² Dies entspricht der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur.³³³ Die Eignung des Betreuers ist eine zwingende Voraussetzung seiner Bestellung.

Fraglich ist, ob der Einzelne durch Wünsche in seiner Betreuungsverfügung Einfluss auf die Definition der Eignung nehmen und so festlegen kann, wann eine Person geeignet ist, seine Betreuung zu übernehmen.

Die Geeignetheit in § 1897 Abs. 1 ist als unbestimmter Rechtsbegriff³³⁴ vom Gericht auszufüllen.³³⁵ Dieses muss die Anforderungen bestimmen. Aufgrund der gesetzlichen Ausrichtung auf die individuelle Betreuung hat das Gericht die Anforderungen dem konkreten Fall anzupassen. Nach dem Grundsatz der Erforderlichkeit ist gem. § 1896 Abs. 2 S. 1 zu untersuchen, für welche Angelegenheiten die Betreuung im konkreten Fall erforderlich ist. Je nach Erforderlichkeit werden die notwendigen Aufgabenkreise eingerichtet. Aufgabe des Betreuers ist nach § 1901 Abs. 1 a.E. die rechtliche Besorgung der in dem Aufgabenkreis anfallenden Angelegenheiten des Betreuten. Dies ist seine ihm obliegende Amtstätigkeit, die sich von der nur faktischen Tätigkeit der Fürsorge unterscheidet.³³⁶ Dabei bedarf es keiner Rechtskenntnisse des Betreuers, sondern der Fähigkeit und des Willens,³³⁷ die konkret anstehenden Aufgaben mit Hilfe bzw. für den Betreuten zu

³³¹ *Biennwald* FamRZ 2000, 1314, 1315; HK-BUR/*Bauer* § 1897 Rn. 18; Palandt/*Diederichsen* § 1897 Rn. 4; *Biennwald* FamRZ 2000, 1314 f.; laut der Gesetzesbegründung fällt unter den Begriff der Geeignetheit eines Betreuers auch die Frage seiner Geschäftsfähigkeit, vgl. BT-Drucks. 11/4528 S. 125. Dies ist jedoch ein zu weiter Begriff der Eignung, die nur die Fähigkeit der Ausübung der rechtlichen Aufgaben und der persönlichen Betreuung umschreiben kann.

³³² BT-Drucks. 11/4528 S. 125 – er sieht § 1897 Abs. 1 insoweit als Generalklausel für die Bestellung des Betreuers an; *Staudinger/Biennwald* § 1897 Rn. 11.

³³³ Vgl. nur die Ausführungen bei *Staudinger/Biennwald* § 1897 Rn. 1.

³³⁴ *Biennwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1897 Rn. 73; *Dodegge/Roth* B. Rn. 35.

³³⁵ *Dodegge/Roth* B. Rn. 35.

³³⁶ *Dodegge/Roth* B. Rn. 38. Diese faktischen Tätigkeiten sind zwar wünschenswert, stehen aber zu der dem Betreuer obliegenden Rechtsfürsorge in keinem Zusammenhang (*Staudinger/Biennwald* § 1897 Rn. 12; *Biennwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1897 Rn. 79). Das Wort „rechtlich“ wurde nachträglich im Rahmen des 2. BtÄndG eingeführt. Es dient zur Klarstellung der Funktion des Betreuers als gesetzlicher Vertreter in rechtlichen Angelegenheiten.

³³⁷ BayOblLG FamRZ 2004, 734, 735. Darüber hinaus kommt es bei der Frage der Geeignetheit eines Betreuers auf das Vorliegen bestimmter, in diesem konkreten Einzelfall erforderlicher Fähigkeiten und die Bereitschaft an, Beratung und Unterstützung von Gericht oder den Betreuungsbehörden einzuholen (*Staudinger/Biennwald* § 1897 Rn. 16; *Biennwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1897 Rn. 73; *Knittel* § 1897 Rn. 6). Im Rahmen der Geeignetheitsprüfung kommt es nicht auf

erledigen.³³⁸ Je nach Aufgabenbereich sind unterschiedliche fachliche Fähigkeiten erforderlich.³³⁹

Damit zeigt sich, dass die Eignung des Betreuers unter Berücksichtigung der wesentlichen Umstände des Einzelfalls zu bestimmen ist. Der Gesetzgeber wollte im Betreuungsrecht den Betreuten und seine individuell Situation in den Mittelpunkt stellen. Die Betreuung ist als staatlicher Beistand in Form der Rechtsfürsorge zu sehen,³⁴⁰ die durch den Betreuer ausgeführt wird, vgl. § 1902. Ausgangspunkt ist dabei das subjektive Wohl des Betreuten.³⁴¹ Der Betreuer muss nach der gesetzlichen Formulierung in § 1897 Abs. 1 und § 1901 Abs. 1 geeignet sein, die Angelegenheiten rechtlich zu besorgen und den Betreuten in dem dafür erforderlichen Umfang persönlich betreuen. Hintergrund der Forderung nach persönlicher Umsetzung der rechtlichen Aufgaben bei Notwendigkeit ist das grundsätzliche gesetzgeberische Ziel einer personenbezogenen Individualbetreuung, statt einer anonymen Verwaltung.³⁴² Für die Definition der Eignung ist daher an dieser Stelle festzuhalten, dass der Betreuer die Besorgung der Aufgaben in personbezogener Form, also individuell erledigen können muss.

Die Ziele des Betreuungsrechts, der Sinn und Zweck des Erfordernisses der Eignung des Betreuers erlauben für den Verfasser der Betreuungsverfügung die Definition der Eignung des Betreuers. Damit ist die Eignung zwar nicht disponibel, aber der Betroffene hat indirekt Einfluss darauf, weil es um die Eignung für seine Betreuung geht. Er beschreibt sie durch seine individuellen Wünschen, denen der Betreuer entsprechen können und für deren Umsetzung und Ausführung er speziell geeignet sein muss. Zumeist ist anzunehmen, dass der Wunschbetreuer

die negative Selektion bestimmter Umstände an, so aber MünchKommBGB/*Schwab* § 1897 Rn. 27; BayObLG FamRZ 1994, 530.

³³⁸ *Dodegge*/Roth B. Rn. 37; *Peters* S. 105 f.

³³⁹ Im Aufgabenkreis Vermögensverwaltung benötigt der Betreuer beispielsweise vertiefte Rechtskenntnisse, wenn es sich um ein großes Vermögen mit mehreren Immobilien oder der Verwaltung eines Unternehmens handelt. Für die Verwaltung eines kleinen Vermögens, die Stellung eines Rentenanspruchs oder die Geltendmachung von Rentenansprüchen ist dies regelmäßig nicht erforderlich, vgl. *Biernwald*/Sonnenfeld/Hoffmann § 1896 Rn. 133. Der Aufgabenkreis Gesundheit, die Kontrolle eines Bevollmächtigten oder der Widerruf einer Vollmachtserklärung sowie die Organisation der ambulanten Versorgung erfordern vergleichsweise geringe Rechtskenntnisse.

Der Betreuer muss auch nicht deutscher Staatsangehöriger sein, vgl. Palandt/*Diederichsen* § 1897 Rn. 4; *Knittel* § 1898 Rn. 1; *Biernwald*/Sonnenfeld/Hoffmann § 1898 Rn. 9 f. Es kann sogar sinnvoll sein, eine Person mit der (ausländischen) Staatsangehörigkeit des Betroffenen zu bestellen, die sich beispielsweise mit der Kultur des Betreuten auskennt, vgl. Palandt/*Diederichsen* § 1897 Rn. 4; BT-Drucks. 11/4528 S. 129; *Knittel* § 1898 Rn. 1.

³⁴⁰ Palandt/*Diederichsen* Einf. v. § 1896 Rn. 1.

³⁴¹ Vgl. z.B. §§ 1896 Abs. 1a, 1897 Abs. 4, 1901 Abs. 2, 3, 1901a, b, c sowie die Ausführungen unter § 2 C. II. 2. und III.

³⁴² Vgl. BT-Drucks. 11/4528 S. 53. Die Fähigkeit der Kommunikation ist dabei Grundvoraussetzung, da eine Individualbetreuung nur erfolgen kann, wenn die Wünsche des Betroffenen bekannt sind.

diese Fähigkeiten hat. Aufgrund der Ausfüllungsbedürftigkeit der Geeignetheit als unbestimmten Rechtsbegriff, hat das Gericht anhand der Angaben des Betroffenen dennoch diese Prüfung vorzunehmen.

II. Vorrang der privaten, auch berufsmäßigen Einzelbetreuung gem. §§ 1897 Abs. 1 S. 1, 1900

1. *Stufenverhältnis gem. §§ 1897, 1900*

Das Gesetz beschreibt in § 1897 und § 1900 verschiedene Formen von Betreuungstypen. Dabei formuliert es ein Stufenverhältnis. Nach § 1897 Abs. 1 ist eine natürliche Person zum Betreuer zu bestellen. Falls der Volljährige durch eine oder mehrere natürliche Personen³⁴³ nicht hinreichend betreut werden kann, bestellt das Gericht einen Verein zum Betreuer,³⁴⁴ vgl. § 1900 Abs. 1. Der Verein überträgt die Wahrnehmung der Betreuung auf einzelne natürliche Personen, vgl. § 1900 Abs. 2.³⁴⁵ Kann der Volljährige auch nicht durch einen Betreuer, der einem Verein angehört, hinreichend betreut werden, bestellt das Gericht die zuständige Behörde zum Betreuer, vgl. § 1900 Abs. 4. Dies gilt als letztes Mittel.³⁴⁶ Die Bestellung eines Vereins oder einer Behörde als Betreuer soll nur im äußersten Fall und dann nur vorübergehend zulässig sein.³⁴⁷

Nach der Analyse der gesetzlichen Regelungen und ihrer zugrunde liegenden Begründung hat die private, auch berufsmäßige Einzelbetreuung Vorrang vor der Betreuung durch einen Vereins- oder Behördenbetreuer und vor der Betreuung durch die Betreuungsbehörde.³⁴⁸ Unter Einzelbetreuung ist die Betreuung durch eine natürliche Person zu verstehen.³⁴⁹ Die Betreuung durch einen Vereinsbetreuer bzw. einen Behördenbetreuer ist Einzelbetreuung, vgl. § 1897 Abs. 2.³⁵⁰ Wird der Verein oder die Behörde als Institution zum Betreuer bestellt,³⁵¹ überträgt sie die Tätigkeit der Betreuung auf einzelne Personen, vgl. § 1900 Abs. 2.

³⁴³ BT-Drucks. 11/4528 S. 124.

³⁴⁴ BayObLG FamRZ 1993, 1248, 1249; *Biennwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1900 Rn. 6; MünchKommBGB/*Wagenitz* vor § 1773 Rn. 3.

³⁴⁵ Vereins- oder Behördenbetreuer.

³⁴⁶ BayObLG FamRZ 1999, 1303; als absolute Auffangzuständigkeit/ ultima ratio, vgl. BayObLG FamRZ 1993, 1248, 1249; BayObLG FamRZ 1994, 1203; *Knittel* § 1900 Rn. 13; *Staudinger/Biennwald* § 1900 Rn. 8; *Jurgeleit/Jurgeleit*, § 1900 Rn. 13; *Biennwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1900 Rn. 1; MünchKommBGB/*Schwab* § 1900 Rn. 8.

³⁴⁷ BT-Drucks. 11/4528 S. 131; BayObLG FamRZ 1993, 1248; BayObLG FamRZ 1999, 52; *Damrau/Zimmermann* § 1897 Rn. 3; *Knittel* § 1900 Rn. 13; *Schwab* FamRZ 1990, 681, 683 und 1992, 493, 499.

³⁴⁸ BT-Drucks. 11/4528 S. 131.

³⁴⁹ juris PK-BGB/*Bieg/Jaschinski* § 1897 Rn. 6.

³⁵⁰ Palandt/*Diederichsen* § 1897 Rn. 9; juris PK-BGB/*Bieg/Jaschinski* § 1897 Rn. 6; BayObLG FamRZ 1999, 52; *Jurgeleit/Jurgeleit* § 1900 Rn. 2.

³⁵¹ *Staudinger/Biennwald* § 1900 Rn. 1.

Fraglich ist, ob der Volljährige durch Wünsche in der Betreuungsverfügung auf das gesetzlich vorgegebene Stufenverhältnis der Betreuungstypen einwirken kann.

Die Betreuung durch natürliche Personen dient dem Reformziel der persönlichen Betreuung.³⁵² Der Betreuer steht für den Betreuten kontinuierlich als Ansprechpartner zur Verfügung. Nur bei der kontinuierlichen Betreuung durch eine bestimmte natürliche Person kann ein Vertrauensverhältnis entstehen. § 1900 bestimmt, dass von der Einzelbetreuung abgesehen werden kann, wenn der Betreute durch eine oder mehrere natürliche Personen nicht hinreichend betreut werden kann.³⁵³ Die Ausnahmen von der Einzelbetreuung sind nach der Gesetzesbegründung und der eindeutigen Formulierung in § 1899 Abs. 1 und Abs. 4 nur in diesen beiden Fällen zulässig. Entweder können die Angelegenheiten des Volljährigen durch mehrere Betreuer besser besorgt werden oder der Betreuer ist aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen verhindert.³⁵⁴ Hinreichend ist somit dahingehend zu verstehen, dass die Besorgung der Betreutenangelegenheiten durch eine natürliche Person nicht mehr gewährleistet ist.

Die Einzelbetreuung wurde aus den in Vormundschaft und Pflegschaft bekannten Typen übernommen,³⁵⁵ vgl. § 1791a Abs. 3, der gesetzlich angeordneten Vorrang genießt.³⁵⁶ Dem Gericht wird in dieser Frage kein Ermessen gewährt, es hat sich strikt an das gesetzlich vorgegebene Stufenverhältnis zu halten.³⁵⁷ Diese lassen ein privatautonom bestimmtes Abweichen von dem gesetzlich vorgegebenen Stufenverhältnis nicht zu. Die Dispositivität der einschlägigen Normen würde einen Einschnitt in das System der gesetzlichen Betreuung bedeuten, der bedeut-

³⁵² BT-Drucks. 11/4528 S. 50, 124; BayObLGZ 1997, 228, 290; Staudinger/*Bienwald* § 1900 Rn. 2; Soergel/*Zimmermann* § 1900 Rn. 1.

³⁵³ BT-Drucks. 11/4528 S. 126; BayObLG Beschluss vom 31.01.1997 Az.: 3Z BR 2/97; *Lipp* FS *Bienwald* S. 177, 184; Soergel/*Zimmermann* § 1900 Rn. 2; *Jurgeleit/Jurgeleit* § 1900 Rn. 2; BayObLG FamRZ 1999, 52; *Dodegge/Roth* B. Rn. 71.

³⁵⁴ Im Einzelfall kann die Beantwortung der Frage, wann der Volljährige gem. § 1900 Abs. 1 S. 1 „durch eine oder mehrere natürliche Personen nicht hinreichend betreut werden kann“ schwierig werden. Bei der Antwort handelt es sich um eine Ermessensentscheidung des Gerichts (Soergel/*Zimmermann* § 1900 Rn. 2). Dabei sollte das aufgrund von Krankheit besonders komplizierte Persönlichkeitsbild des Betreuten berücksichtigt werden (BT-Drucks. 11/4528 S. 131).

³⁵⁵ *Bienwald* FamRZ 2000, 415; Leitbild im Vormundschaftsrechts des BGB war der Einzelvormund, der im Regelfall allein einen oder zwei Mündel betreute, vgl. § 1786 Abs. 1 Nr. 8, Staudinger/*Engler* § 1791a Rn. 1, 10; Gernhuber/*Coester-Waltjen* § 76 Rn. 41; Bereits in den Motiven zum BGB lässt sich der Grundsatz der Einzelbetreuung nachlesen, demnach war – allerdings aus Kontrollaspekten – „für jede Vormundschaft nur ein verwaltender Vormund zu bestellen“, nur „Bei größeren und schwierigeren Verwaltungen kann ein Bedürfnis [...] für mehrere Vormünder vorhanden sein.“ vgl. Motive zum BGB, Vormundschaft, Allgemeine Begründung (§§ 1633 – 1748) V. Verwaltender Vormund. Gegenvormund.

³⁵⁶ MünchKommBGB/*Wagenitz* § 1791a Rn. 2.

³⁵⁷ BayObLG BtPrax 1994, 171, 172; BayObLG Beschluss vom 17.07.1996, Az.: 3Z BR 159/96 (unveröffentlicht); BayObLG Beschluss vom 31.01.1997 Az.: 3Z BR 2/97 (unveröffentlicht); *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1900 Rn. 2.

same Grundmaximen des Rechtsinstitutes berühren würde. Der Grundsatz der Einzelbetreuung kann somit nicht mittels einer Betreuungsverfügung privatautonom aus- und umgestaltet werden.³⁵⁸

2. Auswahl von Vereinsmitglieder gem. § 1900 Abs. 2 S. 2

§ 1900 Abs. 2 regelt die Wahrnehmung einer Betreuung durch einen Verein. Dabei bestimmt S. 2, dass der Verein bei der Übertragung der Betreuung auf einzelne Personen „*Vorschlägen des Volljährigen [...] zu entsprechen hat, soweit nicht wichtige Gründe entgegenstehen.*“ Nach der Gesetzesbegründung soll nach Satz 2 dem Willen des Volljährigen hingegen – entgegen dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes – nur Beachtung geschenkt, aber nicht zwangsläufig Vorrang gewährt werden.³⁵⁹ Ein § 1897 Abs. 5 entsprechender Willensvorrang könne zu organisatorischen Schwierigkeiten führen.³⁶⁰ Satz 2 sei demnach nur als „*Ausdruck*“ des in § 1897 Abs. 4 und § 1901 Abs. 3 ausdrücklich gesetzlich normierten Wunschvorrangs des Betreuten zu bewerten.³⁶¹ Dieser Auslegung kann nicht gefolgt werden. Es wird nicht deutlich, warum der Vorschlag des Betreuten keine § 1897 Abs. 4 entsprechende verbindliche Wirkung haben sollte. Nach dem Gesetzestext steht dem Verein dann keine Möglichkeit zu, von dem Betroffenenwunsch abzuweichen, wenn dem wichtige Gründe entgegenstehen. Rein organisatorische Probleme dürfen darunter nicht verstanden werden.³⁶² Sie sind nicht gleichbedeutend mit der Frage nach der rechtlichen Verbindlichkeit des Betroffenenwunsches. Bis zu dieser Grenze sind die Betroffenenwünsche vielmehr als verbindlich anzusehen. Eine andere Wertung würde der systematischen Einordnung in Bezug auf § 1897 Abs. 4 nicht entsprechen. Gründe, von dieser Gesetzessystematik abzuweichen sind nicht ersichtlich. Die Auswahl eines einzelnen Vereinsmitgliedes ist für den Betroffenen somit möglich.

III. Ausschluss der in § 1897 Abs. 3 genannten Personen

Gem. § 1897 Abs. 3 darf eine Person „*nicht zum Betreuer bestellt werden,*“ die zu „*einer Anstalt, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung, in welcher der Volljährige untergebracht ist oder wohnt, in einem Abhängigkeitsverhältnis oder einer anderen engen Beziehung steht.*“ Dieser Ausschluss des Weisungsabhängigen sieht keine gesetzliche Ausnahme vor,³⁶³ so dass für das Gericht im Rahmen der Entscheidungsfindung kein Ermes-

³⁵⁸ Ebenso: *Lipp* FS Bienwald S. 177, 184; MünchKommBGB/*Schwab* § 1897 Rn. 22; *Staudinger/Bienwald* § 1900 Rn. 8; *Jürgens/Jürgens* § 1900 Rn. 2; BayObLG Rpfleger 1998, 199; BayObLG FamRZ 1999, 52.

³⁵⁹ BT-Drucks. 11/4528 S. 132.

³⁶⁰ BT-Drucks. 11/4528 S. 132.

³⁶¹ *Soergel/Zimmermann* § 1900 Rn. 11.

³⁶² Vgl. nähere Ausführungen unter § 2 C. III.

³⁶³ BT-Drucks. 11/4528 S. 126; *Damrau/Zimmermann* § 1897 Rn. 22; *Staudinger/Bienwald* § 1897 Rn. 23; *HK-BUR/Bauer* § 1897 Rn. 51; OLG Stuttgart FamRZ 1999, 812; widersprüchlich hier BayObLG FamRZ 1997, 245.

sen besteht.³⁶⁴ Der Vorschlag des Bundesrates, die Vorschrift als Soll-Vorschrift zu fassen, wurde vom Gesetzgeber nicht übernommen. Dieser wollte ein klares Verbot.³⁶⁵

Nach der Gesetzesbegründung sollen durch diese Regelung primär Interessenskonflikte vermieden,³⁶⁶ aber auch sichergestellt werden, dass der Betreuer gegenüber der Einrichtung in der sich der Betroffene aufhält unvoreingenommen ist.³⁶⁷ Der Gesetzgeber will so alle denkbaren Interessenskonflikte zwischen dem Betreuer und dem Betreuten, der Leitung sowie dem Personal der Einrichtung, in der der Betroffene lebt, ausschließen.³⁶⁸ Literatur und Rechtsprechung legen die Norm entsprechend dieser Gesetzesbegründung aus.³⁶⁹ Danach reicht auch die abstrakte Gefahr, die sich aus dem Abhängigkeitsverhältnis eines Dritten ergeben kann.³⁷⁰ Sie stufen die Vermeidung eines möglichen Interessenkonflikts sowie mögliche Zweifel an der Unvoreingenommenheit dieser Weisungsabhängigen so hoch ein, dass Abs. 3 vermehrt als absoluter Ausschlussgrund einer Betreuerbestellung definiert wird.³⁷¹ Die Wirkung eines Betroffenenvorschlags entfiel bei Vorliegen der benannten Abhängigkeitsverhältnisse.³⁷²

Unter einem Heim, einer Anstalt oder einer sonstigen Einrichtung sind solche Kliniken, Krankenhäuser, Pflegeheime und Altenwohnanlagen zu verstehen, die nicht als Privatwohnung genutzt werden.³⁷³ Nach dem Gesetzeszweck ist dies weit auszulegen.³⁷⁴ Unter „Wohnen“ versteht man das tatsächliche Nutzen privater

³⁶⁴ *Dodegge/Roth* B. Rn. 41; *MünchKommBGB/Schwab* § 1897 Rn. 31; *Damrau/Zimmermann* § 1897 Rn. 22; *HK-BUR/Bauer* § 1897 Rn. 51; *Palandt/Diederichsen* § 1897 Rn. 15; *BT-Drucks.* 11/4528 S. 126; *BayObLG FamRZ* 1997, 245; *BayObLG FamRZ* 1999, 50.

³⁶⁵ *BT-Drucks.* 11/4528 S. 226; *BT-Drucks.* 11/4572 S. 207; *BT-Drucks.* 11/6949 S. 72.

³⁶⁶ *BT-Drucks.* 11/4528 S. 126; *HK-BUR/Bauer* § 1897 Rn. 50.

³⁶⁷ *BT-Drucks.* 11/4528 S. 126; *HK-BUR/Bauer* § 1897 Rn. 50.

³⁶⁸ *HK-BUR/Bauer* § 1897 Rn. 51; *OLG Düsseldorf FamRZ* 1994, 1416; *OLG München FamRZ* 2006, 442.

³⁶⁹ *Lipp* FS *Bienwald* S. 177, 184; *Epple* *BWNotZ* 1992, 27, 28; *MünchKommBGB/Schwab* § 1897 Rn. 31.

³⁷⁰ *Dodegge/Roth* B. Rn. 41; *OLG Düsseldorf FamRZ* 1994, 1416: Eine abstrakte Gefahr ist schon dann gegeben, wenn der Ehemann der als Betreuer in Erwägung gezogenen Person in einem Abhängigkeitsverhältnis zu der Einrichtung steht, in der sich der Betroffene aufhält.

³⁷¹ *BayObLG FamRZ* 1997, 245; *Biennwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1897 Rn. 29; *MünchKommBGB/Schwab* § 1897 Rn. 31.

³⁷² *OLG Düsseldorf FamRZ* 1994, 1416; *BayObLG FamRZ* 1997, 245; *Biennwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1897 Rn. 29; *Erman/Holzbauer* § 1897 Rn. 11; *MünchKommBGB/Schwab* § 1897 Rn. 23; *Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein* Rn. 111b; *Damrau/Zimmermann* § 1897 Rn. 22.

³⁷³ Siehe ausführliche Auflistung bei *HK-BUR/Bauer* § 1897 Rn. 52 ff.; die Grenze ist bei der privaten Wohnung zu ziehen, auch wenn diese im Eigentum von Angehörigen steht oder aber von diesen gemietet wurde (*Damrau/Zimmermann* § 1897 Rn. 23), weil die Familienpflege von Abs. 3 nicht betroffen sein soll.

³⁷⁴ Andernfalls könnten Familienmitglieder Betreuungen nicht übernehmen, was den Grundsätzen des Betreuungsrechts widerspräche, vgl. § 1897 Abs. 5 der verlangt, verwandtschaftliche Beziehungen bei der Einrichtung der Betreuung besonders positiv zu berücksichtigen (*HK-*

Räumlichkeiten.³⁷⁵ „Untergebrachtsein“ ist nach dem Zweck der Norm dem Wohnen zwar ähnlich, aber weiter zu fassen.³⁷⁶ Von einem Abhängigkeitsverhältnis des möglichen Betreuers zu der in Frage stehenden Einrichtung ist dann auszugehen, wenn zwischen beiden ein Arbeitsverhältnis³⁷⁷ bzw. allgemein eine Weisungsgebundenheit³⁷⁸ besteht. Eine sonstige enge Beziehung schließt die Befähigung zum Betreueramt ebenfalls aus. An das Fehlen einer Weisungsgebundenheit sind strenge Anforderungen zu stellen.³⁷⁹ Es wird absolute „Unverbundenheit“ gefordert. Sogar Verwandte von in einem Arbeitsverhältnis Stehenden sind von einer Übernahme der Betreuung ausgenommen, wenn sie zu dem Abhängigen in enger persönlicher Beziehung stehen.³⁸⁰ Leiter einer Einrichtung sind schon aufgrund der besonders großen abstrakten Gefahr ausgeschlossen.³⁸¹ Eine Gefahr bestehe auch dann, wenn die Betreuung für andere Aufgabenkreise als die Unterbringung und die Aufenthaltsbestimmung eingerichtet wurde.³⁸² Dies gilt auch, wenn Konflikte hauptsächlich den Aufenthalt der Person³⁸³ sowie die Vermögenssorge³⁸⁴ betreffen.

BUR/*Bauer* § 1897 Rn. 51b, 53; MünchKommBGB/*Schwab* § 1897 Rn. 32; *Damrau/Zimmermann* § 1897 Rn. 23).

³⁷⁵ HK-BUR/*Bauer* § 1897 Rn. 52; *Damrau/Zimmermann* § 1897 Rn. 24.

³⁷⁶ HK-BUR/*Bauer* § 1897 Rn. 52b. Auch ein vorübergehender Aufenthalt kann daher erfasst sein. Einige fordern hier eine Mindestfrist von sechs Wochen um die Abgrenzung zu einem vorübergehenden Aufenthalt beispielsweise in einem Krankenhaus zu gewährleisten. Eine Freiheitsentziehung kann, muss aber nicht damit verbunden sein.

³⁷⁷ HK-BUR/*Bauer* § 1897 Rn. 54; *Damrau/Zimmermann* § 1897 Rn. 25; *Biennwald* sieht hingegen die Sorge, dass der Betreuer sich bei Fragen im Rahmen seiner Betreuer Tätigkeit nicht gegen seine Arbeitgeber durchsetzen könne, als unbegründet an (*Biennwald* Rpfleger 1998, 231, 233).

³⁷⁸ HK-BUR/*Bauer* § 1897 Rn. 54; disziplinarisch unterstellt nach *Staudinger/Biennwald* § 1897 Rn. 23.

³⁷⁹ So reicht es nicht, dass einerseits Betreuung und Heimleitung organisatorisch getrennt und andererseits die Weisungsgebundenheit arbeitsrechtlich gesichert ist, vgl. *Damrau/Zimmermann* § 1897 Rn. 22.

³⁸⁰ *Damrau/Zimmermann* § 1897 Rn. 22; *Staudinger/Biennwald* § 1897 Rn. 23; *Dodegge/Roth* B. Rn. 41; OLG Düsseldorf FamRZ 1994, 1416; BayObLG FamRZ 1997, 245, 246; BayObLG FamRZ 1999, 50; BVerfG NJW-RR 2006, 1009 wobei dies explizit im Einzelfall zu prüfen ist. Eine Betreuungsübernahme ist sicher dann nicht möglich, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass der mögliche Betreuer bei der Durchsetzung der Betroffeneninteressen gegen die Einrichtung Rücksicht auf die Situation seines Angehörigen nimmt, vgl. MünchKommBGB/*Schwab* § 1897 Rn. 33; andere fordern eine enge Beziehung zur Einrichtung selbst, vgl. OLG Stuttgart FamRZ 1999, 812; BayObLG FamRZ 1997, 245, 246; BayObLG BtPrax 1998, 76; Palandt/*Diederichsen* § 1897 Rn. 14.

³⁸¹ BVerfG NJW-RR 2006, 1009 f.; HK-BUR/*Bauer* § 1897 Rn. 51b; ist der Leiter oder Inhaber einer Einrichtung hingegen Elternteil, muss dies als Sonderkonstellation bewertet werden. Die Gefahr des Interessenkonflikts ist dann nicht ausgeschlossen, sie liegt aber wesentlich ferner bei engen verwandtschaftlichen Beziehungen.

³⁸² *Epple* BWNotZ 1992, 27, 28.

³⁸³ Bzw. deren Aufenthaltswechsel und allgemein der Durchsetzung von Rechten des Betreuten gegen die Einrichtung, vgl. BVerfG FamRZ 2006, 1509, 1510; BT-Drucks. 11/4528 S. 126.

³⁸⁴ V.a. finanziellen Verpflichtungen ggü. dem Heim, vgl. BT-Drucks. 11/4528 S. 126.

Das Ziel, mögliche Interessenskonflikte zu vermeiden und die Unvoreingenommenheit des Betreuers zu wahren, sieht das Gesetz vor, um das Verhältnis zwischen Betreuer und Betreuten zu schützen. Wie bereits aufgezeigt, ist das Vertrauensverhältnis des Betreuten gegenüber dem Betreuer für die erfolgreiche Betreuung Grundvoraussetzung.³⁸⁵ Auf das Verbot des § 1897 Abs. 3 kann der Volljährige mittels individueller Wünsche in der Betreuungsverfügung nicht einwirken. Wenn der Heimleiter als langjähriger Familienfreund eine Person seines Vertrauens ist, verbietet § 1897 Abs. 3 seine Bestellung zum Betreuer. § 1897 Abs. 3 ist zwingendes Recht und als solches unabdingbar.

IV. Ehrenamtliche Betreuung gem. § 1897 Abs. 6 S. 1

Gem. § 1897 Abs. 6 soll, „*wer Betreuungen im Rahmen seiner Berufsausübung führt [...] nur dann zum Betreuer bestellt werden, wenn keine andere geeignete Person zur Verfügung steht, die zur ehrenamtlichen Führung der Betreuung bereit ist.*“ Fraglich ist, ob diese gesetzliche Regelung den Volljährigen in der Wahl seines Wunschbetreuers einschränkt. Kann ein Vorschlag, wenn die gewünschte Person Betreuungen von Berufs wegen ausführt, rechtlich unbeachtlich sein, wenn ein geeigneter ehrenamtlicher Betreuer zur Verfügung steht?

§ 1897 Abs. 6 wurde durch das 1. BtÄndG auf Vorschlag des Bundesrats³⁸⁶ eingefügt. Der ehrenamtlichen Betreuung sollte nach der Gesetzesbegründung grundsätzlich der Vorrang vor der Berufsbetreuung gebühren. Die vorherigen gesetzlichen Regelungen regelten bereits eingehend die Rangfolge bei der Bestellung des Betreuers, brachten diesen Grundsatz nach Auffassung des Bundesrates jedoch nicht hinreichend zum Ausdruck.³⁸⁷

Mit dieser Rangfolge sollte v.a. die Bestellung überqualifizierter Betreuer vermieden werden. Der Hintergrund dieses Bestrebens lag zum einen in der Schonung der Staatskasse.³⁸⁸ Grundsätzlich ist nach den Regeln des Betreuungsrechts die Vergütung eines Berufsbetreuers beziehungsweise der Aufwendungsersatz eines ehrenamtlich tätigen Betreuers gem. § 1908i Abs. 1 i.V.m. §§ 1835, 1835a, 1836 aus dem Vermögen des Betreuten zu begleichen.³⁸⁹ Bei Mittellosigkeit des Betreuten wird die Vergütung aus der Staatskasse gewährt. Dem Staat steht dann ein Regressanspruch gegen den Betreuten und seine Erben zu, vgl. §§ 1908i Abs. 1, 1835, 1836, 1836e. Dann haften die Erben für den Rückgriffsanspruch des Staates, allerdings beschränkt auf den Wert des Nachlasses zum Zeitpunkt des Todes des Betreuten und nur innerhalb einer Frist von 10 Jahren, vgl. § 1836e.³⁹⁰

³⁸⁵ So auch schon BT-Drucks. 11/4528 S. 129.

³⁸⁶ BT-Drucks. 13/7158 S. 49, 57.

³⁸⁷ BT-Drucks. 13/7158 S. 50.

³⁸⁸ BT-Drucks. 13/7158 S. 50.

³⁸⁹ Palandt/*Diederichsen* § 1835 Rn. 1; MünchKommBGB/*Wagenitz* § 1835 Rn. 6 ff.; s.a. § 5 B.

³⁹⁰ Dieser Regressanspruch ist jedoch insoweit erfolglos, als dass der mittellose Betreute auch kein Erbe haben wird, aus dem der Anspruch erfüllt werden könnte.

Zum anderen wollte der Gesetzgeber mit diesem Ziel Betreuer mit besonderer Qualifikation dem Einsatz für diejenigen Betroffenen vorbehalten, welche die entsprechenden Kenntnisse und Fähigkeiten des Betreuers wirklich benötigen.³⁹¹

Nach der Rechtsprechung soll ein § 1897 Abs. 6 entgegenstehender Wunsch des Betreuten bis auf zwei Ausnahmen hinter den strikten gesetzlichen Vorgaben zur Rangfolge der Betreuer zurücktreten.³⁹² Die erste Ausnahme wird angenommen, wenn der benannte Wunschbetreuer eine besonders enge Vertrauensperson des Betroffenen ist, die zweite Ausnahme, wenn er vermögend ist.³⁹³ Die Literatur folgt dem in weiten Teilen.³⁹⁴ Bei Geeignetheit³⁹⁵ des ehrenamtlich tätigen Betreuers will eine verbreitete Literaturmeinung diesen bestellen, auch wenn dies dem Wunsch des Betroffenen widerspricht,³⁹⁶ lässt aber ebenfalls beide Ausnahmen zu.

Eine Begrenzung der freien Betreuerauswahl des Betroffenen durch den Grundsatz des Vorrangs der ehrenamtlichen Betreuung wird nur dann anzunehmen sein, wenn der Wunschbetreuer zufällig (auch) Berufsbetreuer ist. Der demographische Wandel und die damit zunehmende Zahl von Betreuungen lassen Bekanntschaften zu Betreuern aus bestehenden Betreuungen befreundeter Mitbürger häufiger werden. Wurde in der Familie einmal eine Betreuung zur Zufriedenheit aller Beteiligten im Rahmen einer Berufsausübung geführt, greifen die Angehörigen gerne auf diesen zurück. Das bestehende Vertrauensverhältnis zwischen den Beteiligten dient als Arbeitsgrundlage. Der Vorrang der ehrenamtlichen Betreuung zum Schutz der Staatskasse spiegelt fiskalische Interessen wider und kann nicht als Argument herangezogen werden, den – nach allgemeinen Grundsätzen verbindlichen³⁹⁷ – Vorschlag des Betreuten zu missachten.³⁹⁸ Gerade wenn der „erwünschte“ Betreuer zu dem Betroffenen bereits in einem bereits länger andauernden

³⁹¹ BT-Drucks. 13/7158 S. 50.

³⁹² Nach dem 6. ZS des OLG Jena im Beschluss vom 18.09.2000 Az.: 6 W 489/00 FamRZ 2001, 714 f. gilt Folgendes: „Aus § 1897 Abs. 6 S. 1 folgt ebenso wie aus einem Umkehrschluss aus § 1897 Abs. 6 S. 2 und aus § 1908 b Abs. 1 S. 2, dass der Gesetzgeber des BtÄndG der ehrenamtlichen Betreuung bewusst den Vorrang gegeben hat vor der beruflich geführten Betreuung. Das Betreuungsgericht hat grundsätzlich diesen Vorrang auch gegenüber einem durch den Betreuten eingebrachten Vorschlag zu beachten.“; so auch: OLG Jena FamRZ 2001, 714 f.; KG Berlin Rpfleger 2006, 651 ff.

³⁹³ Erman/Holzhauser § 1897 Rn. 9; Dodegge/Roth B. Rn. 52; Knittel § 1897 Rn. 23a; Palandt/-Diederichsen § 1897 Rn. 9.

³⁹⁴ Der Vorschlag des Betroffenen ist nur in den zwingenden Grenzen des § 1897 Abs. 4 und 6 bindend, vgl. MünchKommBGB/Schwab § 1897 Rn. 40; anders dazu: Lipp FS Bienwald S. 177, 184.

³⁹⁵ Wobei in der Rechtsprechung bei dieser Prüfung nicht die Geeignetheit im engen, sondern im weiten Sinn als allgemeine Voraussetzung gemeint ist, vgl. § 3 B. I.

³⁹⁶ Erman/Holzhauser § 1897 Rn. 9; Bamberger/Roth/Müller § 1897 Rn. 18; Palandt/Diederichsen § 1897 Rn. 9; Staudinger/Bienwald § 1897 Rn. 28; Knittel § 1897 Rn. 23a – jedoch mit der Meinung, dass der Nachrang eines Berufsbetreuers jedenfalls dann zu beachten sei, wenn er wesentlich besser geeignet ist. Anderer Ansicht ist Schwab (MünchKommBGB/Schwab § 1897 Rn. 22).

³⁹⁷ Siehe dazu ausführlich oben, § 2.

³⁹⁸ Bamberger/Roth/Müller § 1897 Rn. 18.

persönlichen Kontakt steht,³⁹⁹ kennt er dessen persönliche Einstellungen, Vorlieben und Ansichten und kann somit durch sein Wissen um Charakter, Lebenslauf, familiärer und sozialer Situation, seinen Wunsch am besten in seinem Verständnis umsetzen. Aufgrund der Wunschbeachtungspflicht des § 1901 Abs. 2 und 3, sowie des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen, ist § 1897 Abs. 6 daher dahingehend zu verstehen, dass er für den Berufsbetreuer die Möglichkeit bietet, eine Betreuung ehrenamtlich zu führen.⁴⁰⁰ Darüber hinaus wird der Betroffene nach der Gesetzesbegründung, der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur bis auf die zwei aufgezeigten Ausnahmen an den Vorrang der ehrenamtlichen Betreuung gebunden sein.

V. Übernahmepflicht und Bereiterklärung gem. § 1898

Dem Betreuer muss nach § 1898 Abs. 1 die Übernahme der Betreuung zumutbar sein. Nach Satz 2 muss er sich dazu bereit erklären. Fraglich ist, ob der Betroffene aufgrund § 1901 Abs. 3 S. 1 durch seinen Wunsch in der Betreuungsverfügung das Maß der Übernahmepflicht verändern und die Bereiterklärung ersetzen kann; also durch die Nennung in der Betreuungsverfügung eine Pflicht des Benannten normiert.

Satz 1 formuliert ein Maß der Zumutbarkeit. Die Übernahme einer Betreuung ist dem Betreuer dann zumutbar, wenn dies „unter Berücksichtigung seiner familiären, beruflichen und sonstigen Verhältnisse“ möglich ist⁴⁰¹, vgl. § 1898 Abs. 1 S. 2. Nach der Gesetzesbegründung sollte eine Kasuistik der Unzumutbarkeitsgründe v.a. mit Blick auf § 1786 bewusst nicht geschaffen werden.⁴⁰² Nur durch fehlende starre Vorgaben kann die Zumutbarkeitsgrenze für den individuellen Fall bestimmt werden. Geringe Anforderungen bewirken, dass die Betreuung von vielen Personen

³⁹⁹ Die ehrenamtliche Betreuung (ca. 96 % aller Betreuungen), übernehmen zu 80 % nahe stehende Personen, zu 7 % Personen aus dem sozialen Umfeld (*Sellin/Engels* S. 61).

⁴⁰⁰ Ob ein Berufsbetreuer auch ehrenamtlich Betreuungen übernehmen kann, bestimmt sich laut *Bienwald* allein nach der Einstellung der betreffenden natürlichen Person. Zu rechtfertigen sei dies v.a. durch einen Erst-Recht-Schluss aus § 1836 Abs. 3 und Abs. 1 S. 2, vgl. *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1836 Rn. 5 ff.; ebenso: LG Chemnitz FamRZ 2001, 313; anderer Ansicht ist *Zimmermann* (*Zimmermann* FamRZ 1999, 630, 632 und FamRZ 2002, 1373, 1375).

⁴⁰¹ Eine Belastung aus familiären Gründen liegt zumeist dann vor, wenn die betroffene Person bereits mit der Versorgung und Beaufsichtigung minderjähriger Kinder (*MünchKommBGB/Schwab* § 1898 Rn. 5) oder pflegebedürftiger Angehöriger betraut ist. Aber auch, wenn Streit mit anderen Angehörigen über die Übernahme der Betreuung besteht (*Dodegge/Roth* B. Rn. 68; BT-Drucks. 11/4528 S. 129). Eine überdurchschnittliche Arbeitsbelastung mit vielen Überstunden oder häufigen beruflich bedingten Ortswechsel kann einen beruflichen Ausschlussgrund darstellen (*Dodegge/Roth* B. Rn. 68; *MünchKommBGB/Schwab* § 1898 Rn. 6). Unter sonstige Verhältnisse fallen hingegen höchstpersönliche Gründe wie das Lebensalter (*HK-BUR/Bauer* § 1898 Rn. 23; BT-Drucks. 11/4528 S. 129; *Dodegge/Roth* B. Rn. 68) sowie starke psychische Belastung, große räumliche Entfernung oder eigene Krankheit (*BayObLG FamRZ* 2005, 931; *HK-BUR/Bauer* § 1898 Rn. 23).

⁴⁰² BT-Drucks. 11/4528 S. 129; vielmehr sollte die Flexibilität des Gesetzes erhalten bleiben, vgl. *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1898 Rn. 8.

übernommen werden kann.⁴⁰³ Der Gesetzgeber geht davon aus, dass dies jedem Bürger zugemutet werden kann, außer die damit verbundene persönliche Belastung übersteigt das gewöhnliche Maß erheblich.⁴⁰⁴ Je nach Umfang der Betreuung fällt der Bedarf sehr unterschiedlich aus. Manche Betreute benötigen nur eine geringe, andere eine umfassende Hilfestellung. Das individuelle Maß der Zumutbarkeit richtet sich nach dem Betreuer und nicht nach dem Betroffenen.

Auch ohne ausdrückliche Sanktion in § 1898, ist grundsätzlich jeder Bürger zur Übernahme einer Betreuung verpflichtet.⁴⁰⁵ Dies ergibt sich aus der Systematik des Betreuungsrechts. Es benennt die Betreuung als Ehrenamt⁴⁰⁶ und somit als bürgerliche Pflicht.⁴⁰⁷ Zur Übernahme eines solchen Ehrenamts ist jeder Bürger aus Art. 33 GG verpflichtet. Die Grenze der Zumutbarkeit, ein solches Ehrenamt zu übernehmen, kann durch privatautonome Regelungen und somit durch Wünsche der Betreuungsverfügung nicht ausgestaltet werden. Das Maß der Zumutbarkeit nach § 1898 ist als zwingend anzusehen. Einer individuellen Bestimmung durch die Betreuungsverfügung ist diese Grenze nicht eröffnet.

Im konkreten Fall entsteht die Pflicht nach § 1898 Abs. 2 erst, wenn der Betroffene sich zur Übernahme bereit erklärt.⁴⁰⁸ Allgemein wird § 1898 Abs. 2 als Voraussetzung verstanden, die der Betroffene gegenüber dem Betreuungsgericht höchstpersönlich⁴⁰⁹ und ausdrücklich,⁴¹⁰ positiv erklären muss,⁴¹¹ auch wenn der Betreuer vom Betroffenen vorgeschlagen wurde.⁴¹² Die gesetzlichen Anforderun-

⁴⁰³ Dies ist auch im Hinblick auf die unterschiedliche Belastbarkeit der Menschen sinnvoll (*Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1898 Rn. 8).

⁴⁰⁴ *Dodegge/Roth* B. Rn. 68; *Jürgens/Jürgens* § 1898 Rn. 4; juris PK-BGB/*Bieg/Jaschinski* § 1898 Rn. 4.

⁴⁰⁵ *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1898 Rn. 1; im Sinne einer Rechtspflicht, vgl. *Palandt/Diederichsen* § 1898 Rn. 1: Die Übernahmepflicht der Betreuung eines jeden Bürgers ist nach § 1898 Abs. 1 HS. 2 an seine Eignung und die Zumutbarkeit geknüpft. *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1898 Rn. 1; zur Parallelvorschrift der Vormundschaft § 1785: *Staudinger/Engler* § 1785 Rn. 1; BVerfGE 10, 302, 312; BVerwG NJW 1996, 139, 140; *Zimmermann* hält die Übernahme der Betreuung ausdrücklich nicht für eine Pflicht, vgl. *Soergel/Zimmermann* § 1786 Rn. 3; *Palandt/Diederichsen* § 1898 Rn. 1.

⁴⁰⁶ *Peters* S. 154.

⁴⁰⁷ Bürgerpflicht, vgl. *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1898 Rn. 1 f., 9. Es handelt sich nicht um eine Staatsbürgerpflicht, da die Übernahmepflicht einer rechtlichen Betreuung nicht auf Deutsche beschränkt ist (*MünchKommBGB/Schwab* § 1898 Rn. 2). *Rauscher* Rn. 1204: Ehrenpflicht.

⁴⁰⁸ *Staudinger/Bienwald* § 1898 Rn. 29; *Palandt/Diederichsen* § 1898 Rn. 1.

⁴⁰⁹ *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1898 Rn. 1.

⁴¹⁰ *Soergel/Zimmermann* § 1898 Rn. 6.

⁴¹¹ *Dodegge/Roth* B. Rn. 70; *Damrau/Zimmermann* § 1898 Rn. 5; *Staudinger/Bienwald* § 1898 Rn. 27. Bei mehreren Betreuern soll die Zustimmung nach § 1898 i.V.m. § 1899 jedes Einzelnen erforderlich sein (*Palandt/Diederichsen* § 1898 Rn. 5). Bei einem Vereinsbetreuer solle dieser über die Zustimmung des Vereins hinaus nach § 1898 i.V.m. §§ 1899, 1900 auch selber zustimmen (*MünchKommBGB/Schwab* § 1898 Rn. 9; BayObLG FamRZ 1994, 1061, 1062; *Knittel* § 1898 Rn. 4; *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1898 Rn. 4). Auch der einstweilig vorläufig bestellte Betreuer müsse sich zur Übernahme bereit erklären (*HK-BUR/Bauer* § 1898 Rn. 27), gleiches gelte für Behördenbetreuer (*MünchKommBGB/Schwab* § 1898 Rn. 9).

⁴¹² *MünchKommBGB/Schwab* § 1898 Rn. 9; BayObLG FamRZ 1994, 1061, 1062.

gen an die Erklärung sind strikt und klar auf die Bereitschaft zur Übernahme der Betreuung ausgerichtet. An eine Bedingung soll sie nicht gebunden werden können,⁴¹³ einer Form nicht unterliegen⁴¹⁴ und spätestens bis zum Ende des Betreuungsverfahrens eingeholt werden.⁴¹⁵ Ein Widerruf könne nur bis zum Schluss der Tatsachenverhandlung vorgenommen werden.⁴¹⁶ Nach der Bestellung zum Betreuer kann der sich zur Übernahme bereit Erklärende nur nach § 1908b entlassen lassen.⁴¹⁷ Eine Verweigerung⁴¹⁸ der Bereiterklärung sieht das Gesetz nicht vor. Allerdings soll eine Bestellung in diesem Fall nicht möglich sein. In diesem Fall wäre nicht gewährleistet, dass die Betreuung ausschließlich im Interesse des Betroffenen erfolge.⁴¹⁹ Die Bereiterklärung dient vornehmlich dem Zweck, sicherzustellen, dass der ausgewählte zukünftige Betreuer auch tatsächlich zur Übernahme bereit ist.⁴²⁰ Als Voraussetzung für die wirksame Bestellung eines Betreuers ist die

⁴¹³ *Dodegge/Roth* B. Rn. 70; anders: *Soergel/Zimmermann* § 1898 Rn. 6 „hängt von anderen Bedingungen ab“ m.w.N.

⁴¹⁴ *Dodegge/Roth* B. Rn. 70; *Damrau/Zimmermann* § 1898 Rn. 6.

⁴¹⁵ *MünchKommBGB/Schwab* § 1898 Rn. 9. Das Fehlen der Bereiterklärung im Rahmen der Betreuerbestellung führt nicht zur Unwirksamkeit sondern zur Anfechtbarkeit der Entscheidung der Betreuerbestellung (*Soergel/Zimmermann* § 1989 Rn. 8; *Dodegge/Roth* B. Rn. 70) mit der einfachen Beschwerde (*BayObLG FamRZ* 1994, 1061; *Bassenge/Roth* § 69g FGG Rn. 18; *Damrau/Zimmermann* § 1898 Rn. 8).

⁴¹⁶ *MünchKommBGB/Schwab* § 1898 Rn. 9; *Damrau/Zimmermann* § 1898 Rn. 7; *Staudinger/Bienwald* § 1898 Rn. 32.

⁴¹⁷ *MünchKommBGB/Schwab* § 1898 Rn. 9; andere Ansicht: *LG Duisburg FamRZ* 1993, 851; *Palandt/Diederichsen* § 1898 Rn. 5; *Dodegge/Roth* B. Rn. 70; *Damrau/Zimmermann* § 1898 Rn. 7; *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1898 Rn. 15.

⁴¹⁸ Diesbezüglich ist zu bedenken, dass die Weigerung nicht ausdrücklich geäußert werden muss. Das Gesetz schreibt hier eine ausdrücklich Übernahmeerklärung vor. Sollte der ausgewählte Betreuer zur Übernahme der konkreten Betreuung nicht bereit sein, genügt das Nichterklären (= Schweigen) seiner Übernahmebereitschaft, vgl. auch *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1898 Rn. 14.

⁴¹⁹ *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1898 Rn. 11; *BayObLG FamRZ* 1994, 1061, 1062; § 1898 Abs. 2 enthält laut *Bienwald* das Konsenssystem des Betreuungsrechts (*Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1897 Rn. 71; *Staudinger/Bienwald* § 1898 Rn. 27). Der häufige Wechsel der Vormünder/ Pfleger war ein, durch das Betreuungsrecht zu behebender Kritikpunkt am alten Vormundschaftsrechts (BT-Drucks. 11/4528 S. 50). Aufgrund der bestehenden Pflicht zur Übernahme kann das Moment der Erklärung als verpflichtender Dialog zum Zwecke des Informationsaustauschs in Vorbereitung der Erfüllung der Bürgerpflicht angesehen werden.

⁴²⁰ Bei dieser Erklärung handelt es sich um eine – vom Gesetzgeber bewusst geschaffene sanktionslose Rechtspflicht (*Palandt/Diederichsen* § 1898 Rn. 1, 5; *HK-BUR/Bauer* § 1898 Rn. 30; *LG Duisburg FamRZ* 1993, 851). Ursprünglich war ein Zwangsgeld geplant (BT-Drucks. 11/4528 S. 129). Ein solches ist anders als in § 1788 ausgeschlossen. Dies ist mit Blick auf das zu schützende Vertrauensverhältnis zwischen Betreuer und Betroffenen ausgeschlossen und Folge des Bestehens einer kontinuierlichen Betreuerbestellung im Interesse des Betreuten. Eine solche ist im Rahmen der Entscheidungen zum Wohl des Betroffenen grundsätzlich zu berücksichtigen (*Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1908b Rn. 6; *MünchKommBGB/Schwab* § 1908b Rn. 24). Das Vertrauensverhältnis könnte bei einer zwangsweisen Betreuerübernahme nicht entstehen (*Palandt/Diederichsen* § 1898 Rn. 5; *HK-BUR/Bauer* § 1898 Rn. 28; *Knittel* § 1898 Rn. 4; *Damrau/Zimmermann* § 1898 Rn. 5; *Schwab FamRZ* 1992, 493, 501). Ein sich weigernder Bürger

Erklärung als solche mehr als ein formelles Moment bei der Betreuerbestellung. Die Bereiterklärung zur Disposition des Einzelnen frei zu geben, widerspräche dem Sicherungszweck der Norm. Auch wenn in der Regel davon auszugehen ist, dass der Wunschbetreuer zur Übernahme der Betreuung bereit ist, sollte die Erklärung darüber zum Schutz des Betreuten nicht zu seiner Disposition stehen.

VI. Geschäftsfähigkeit und Volljährigkeit des Betreuers

Das Gesetz nennt die Geschäftsfähigkeit und die Volljährigkeit des Wunschbetreuers nicht als Voraussetzung für seine Bestellung. Nach § 1902 ist der Betreuer gesetzlicher Vertreter des Betreuten.⁴²¹ Als solcher vertritt er den Betreuten gerichtlich und außergerichtlich. Für das Handeln als gesetzlicher Vertreter gelten die §§ 164 ff.⁴²² Der Umfang der Vertretungsmacht richtet sich dabei nach dem Umfang der Aufgabenkreise.⁴²³ Der Betreuer soll geeignet sein, die Angelegenheiten des Betreuten rechtlich zu besorgen.⁴²⁴ Das Gesetz sieht Geschäftsunfähige i.S.d. §§ 104, 105 generell als unfähig an, am rechtsgeschäftlichen Verkehr teilzunehmen und Willenserklärungen – egal ob für sich oder einen anderen⁴²⁵ – wirksam abzugeben.

Der Minderjährige, der das 7. Lebensjahr vollendet hat, ist nach den Maßgaben der §§ 107 ff. beschränkt geschäftsfähig. Soweit dies zur Abwendung einer Gefahr für die Person oder das Vermögen eines unter Betreuung stehenden Erwachsenen erforderlich ist, ordnet das Betreuungsgericht an, dass der Betreuer zu einer Willenserklärung, die den Aufgabenkreis des Betreuten betrifft, die Einwilligung des Betreuten bedarf, vgl. § 1903. Weil ein rechtlicher Vertreter nur dann für und gegen den Betreuten entscheiden und rechtswirksam handeln kann, wenn er wirksam Willenserklärungen empfangen und abgeben kann, muss er geschäftsfähig⁴²⁶ sein.

Das Familienrecht regelt in § 1673 Abs. 1 und 2 ausdrücklich, dass die elterliche Sorge⁴²⁷ ruht, wenn ein Elternteil geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Nach §§ 1780, 1781 Nr. 1 kann ein Geschäftsunfähiger nicht, ein beschränkt Geschäftsfähiger soll nicht zum Vormund bestellt werden.

soll laut Gesetzgebung nicht zum Betreuer bestellt werden können, „da nicht zu erwarten ist, dass der Betreffende seine Pflichten erfüllen wird“, BT-Drucks. 11/4528 S. 129. Jedoch kann gegen ihn gem. §§ 1787 Abs. 1, 1908i Abs. 1 S. 1 ein Schadensersatzanspruch geltend gemacht werden, wenn aufgrund seiner Weigerung dem Betroffenen ein Schaden entstanden ist (Palandt/*Diederichsen* § 1898 Rn. 1; HK-BUR/*Bauer* § 1898 Rn. 30; *Knittel* § 1898 Rn. 5).

⁴²¹ *Biennwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1902 Rn. 1; *Neubausen* RNotZ 2003, 157, 165.

⁴²² *Neubausen* RNotZ 2003, 157, 165.

⁴²³ *Neubausen* RNotZ 2003, 157, 166.

⁴²⁴ *Bamberger/Roth/Müller* § 1897 Rn. 7.

⁴²⁵ *Larenz/Wolf* § 46 Rn. 26.

⁴²⁶ BT-Drucks. 11/4528 S. 125; Palandt/*Diederichsen* § 1897 Rn. 5; *Bamberger/Roth/Müller* § 1897 Rn. 7; MünchKommBGB/*Schwab* § 1908b Rn. 6.

⁴²⁷ Und in der Folge die damit einhergehende gesetzliche Vertretungsmacht nach § 1629 Abs. 1 S. 1.

Die Aufgaben des Vormundes als Rechtsfürsorge für Person und Vermögen des Mündels (vgl. § 1793) und die Besorgung der rechtlichen Angelegenheiten des Betreuten (vgl. § 1901 Abs. 1) sind vergleichbar. Die Entwicklung des Betreuungsrechts aus dem Vormundschaftsrecht erlaubt grundsätzlich die Übernahme dieser Regelung für das Betreuungsrecht.⁴²⁸ Ein Verweis in § 1908i auf § 1780 fehlt. Auf ihn hat der Gesetzgeber bewusst verzichtet.⁴²⁹ Als „unnötig“ wurde die Einführung einer Parallelvorschrift zu § 1780 eingestuft. „Der Betreuer ist gesetzlicher Vertreter des Betreuten; die mangelnde Eignung eines Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen zum Betreuer ist offensichtlich.“⁴³⁰ Die alten Regelungen des geltenden Rechts enthielten nach der Gesetzesbegründung zum Betreuungsrecht teilweise „unnötige Selbstverständlichkeiten“ und seien „für ein modernes Betreuungsrecht zu kasuistisch“ und zu starr.⁴³¹ In den §§ 1897 ff. wurde aus diesem Grund auf eine Regelung zur Geschäftsfähigkeit des Betreuers verzichtet. Dem Sinn nach ist den §§ 1780, 1781 wegen § 104 Nr. 2 und § 105 Abs. 1 für den Geschäftsunfähigen und wegen § 1673 Abs. 2 HS 2 für den beschränkt Geschäftsfähigen auch für das Betreuungsrecht Geltung zuzusprechen.⁴³² Ein beschränkt Geschäftsfähiger kann daher nicht zum Betreuer bestellt werden. Gleiches gilt wegen § 1903 Abs. 1 S. 2 für den unter Einwilligungsvorbehalt Stehenden für den betroffenen Aufgabenbereich. Weil der Gegenbetreuer nicht gesetzlicher Vertreter des Betreuten ist,⁴³³ gelten für diesen nicht zwingend dieselben Maßstäbe. Die Eignung fehlt ihm aber ebenfalls.

Die im Rahmen einer Betreuungsverfügung getroffene anderweitige privatautonome Regelung kann keinen Vorrang vor diesen Grundsätzen des Betreuungsrechts haben. Ein Vorrang würde die Funktion des Betreuungsrechts umgehen. Die Voraussetzungen Geschäftsfähigkeit und Volljährigkeit des Betreuers können mit einer Betreuungsverfügung nicht abgedungen werden.

VII. Keine eigene Betreuungsbedürftigkeit des Betreuers

Das Betreuungsrecht enthält keine Regelung zur Frage, ob der Betreuer selber unter Betreuung stehen darf. Das Vormundschaftsrecht hat dies in § 1781 Nr. 2 ausdrücklich geregelt. Es hält denjenigen als zur Übernahme der Vormundschaft für untauglich, für den ein rechtlicher Betreuer bestellt ist. Nach dem Wortlaut soll eine betreute Person als Vormund nicht bestellt werden. Auf das Betreuungsrecht ist dieser Grundsatz zu übertragen.⁴³⁴ Es ist dahingehend zu modifizieren, dass der Betreffende zumindest dann nicht zum Betreuer bestellt werden kann, wenn

⁴²⁸ So Soergel/Zimmermann § 1897 Rn. 4 mit Blick auf § 1781.

⁴²⁹ Vgl. BT-Drucks. 11/4528 S. 125.

⁴³⁰ BT-Drucks. 11/4528 S. 125.

⁴³¹ BT-Drucks. 11/4528 S. 125.

⁴³² MünchKommBGB/Schwab § 1908b Rn. 6; Staudinger/Bienwald § 1897 Rn. 20; ähnlich: Palandt/-Diederichsen § 1897 Rn. 5; keine sinngemäße Anwendung der §§ 1780, 1781 nach Meinung von Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann § 1897 Rn. 43.

⁴³³ Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann § 1902 Rn. 1.

⁴³⁴ Staudinger/Bienwald § 1897 Rn. 22; Schwab FamRZ 1992, 493, 501; Vgl. § 3 B. VI.

er selber im gleichen Aufgabenbereich betreut wird.⁴³⁵ Ist er selber in diesen Fragen aufgrund einer psychischen Krankheit, einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung nicht in der Lage, seine Angelegenheiten ganz oder teilweise zu erledigen, dann kann er erst recht nicht die eines anderen erledigen. Die Möglichkeit der privatautonomen Disposition dieses Grundsatzes würde die Funktion des Betreuungsrechts als rechtliche Hilfe aufheben. Die Nennung eines Wunschbetreuers in einer Betreuungsverfügung, der selber für den fraglichen Aufgabenbereich unter Betreuung steht, entfaltet daher keine Wirkung.

VIII. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Betroffenen auf die Eignung der Person des Betreuers, die notwendige Voraussetzung seiner Volljährigkeit und den Grad seiner Geschäftsfähigkeit, die Einschätzung der Zumutbarkeit der Übernahme einer Betreuung, dem Ausschluss einer Person, die in der Anstalt, dem Heim oder einer sonstigen Einrichtung nach § 1997 Abs. 3 beschäftigt ist, in der der zu Betreuende untergebracht ist, sowie auf den Vorrang der privaten, auch berufsmäßig geführten Einzelbetreuung vor der Betreuung durch einen Verein oder eine Behörde und dem Vorrang der ehrenamtlichen vor der beruflich geführten Betreuung nicht mittels eigener rechtlich anerkannter Wünsche in Form der Betreuungsverfügung Einfluss nehmen kann. Diese Voraussetzungen sind zwingend und können nicht durch den Betroffenenwunsch abgedungen werden.

C. Ergebnis zu § 3

Die Untersuchung zeigt, dass der Betroffene mittels einer Betreuungsverfügung auf die Auswahl des Betreuers unter Beachtung bestimmter gesetzlicher Vorgaben Einfluss nehmen kann. An seine positiven oder negativen Vorschläge bzgl. der Person des Betreuers ist das Betreuungsgericht gebunden, soweit sie nicht gegen eine Betreuung insgesamt gerichtet sind.

Der von ihm benannte Wunschbetreuer muss zur Übernahme der Einzelbetreuung darüber hinaus geeignet und bereit sein und darf in keiner in § 1897 Abs. 3 genannten Verbindung zur Einrichtung oder dem Heim stehen, in dem der Betroffene lebt. Zudem muss er voll geschäftsfähig sein, darf im einschlägigen Aufgabenkreis nicht selber unter Betreuung stehen und die Übernahme der Betreuung darf ihm nicht unzumutbar sein. Diese Voraussetzungen sind zwingend und beantworten die Frage nach dem „Ob“ der Wunscherfüllung des Betroffenen.

⁴³⁵ Bamberger/Roth/Müller § 1897 Rn. 7; MünchKommBGB/Schwab § 1908b Rn. 6; Palandt/-Diederichsen § 1897 Rn. 5; *Bienwald* schließt eine Bestellung dann nicht grundsätzlich aus (Staudinger/*Bienwald* § 1897 Rn. 22).

§ 4 Einfluss der Betreuungsverfügung auf das Verfahren der Betreuerbestellung

Das Betreuungsverfahren beginnt weder zu einem vorher festgelegten Zeitpunkt⁴³⁶ noch mit einer öffentlichen Bekanntmachung⁴³⁷. Damit nicht jeder Antrag zur Einleitung eines Verfahrens nach §§ 26 ff. FamFG/ §§ 12 ff. FGG oder §§ 278 FamFG/ §§ 68 ff. FGG führen muss, wird teilweise eine Vorermittlung zur Zusammentragung wesentlicher Unterlagen und der Kontaktaufnahme zu Behörden zur Ermittlung möglicher dort vorhandener Erkenntnisse befürwortet.⁴³⁸ Bereits in diesem Stadium – also vor Aufnahme von Ermittlungen – soll nach vereinzelter Meinung dem Betroffenen Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden. Dies sei Ausdruck der weitmöglichsten Beachtung des Betroffeneninteresses⁴³⁹ und spiegele die Ziele des Betreuungsrechts mit der Anerkennung der Subjektivität jeder beteiligten Person.⁴⁴⁰ § 275 FamFG (§ 66 FGG) regelt, dass der Betroffene in Betreuungssachen ohne Rücksicht auf seine Geschäftsfähigkeit ver-

⁴³⁶ *Biennwald/Sonnenfeld/Hoffmann* Vorbem. v. §§ 65 ff. FGG Rn. 16.

⁴³⁷ BT-Drucks. 11/4528 S. 89.

⁴³⁸ *Biennwald/Sonnenfeld/Hoffmann* Vorbem. v. §§ 65 ff. FGG Rn. 16.

⁴³⁹ *Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein* Rn. 298.

⁴⁴⁰ BT-Drucks. 11/4528 S. 52; MünchKommZPO/*Schmidt-Recla* § 275 FamFG Rn. 4 und ausführlich oben § 2 C. II.: V.a. Beachtung des Betroffenenwohls, seine persönliche Betreuung und die Stärkung der Personensorge.

fahrensfähig ist. Damit verfolgt der Gesetzgeber das Ziel, dass Anträge, Wünsche und Vorschläge des Betroffenen verbindlich sein sollen, soweit dies verantwortet werden könne.⁴⁴¹ Dies gilt auch für das Verfahren, an dessen Ende bei Erforderlichkeit die Einrichtung der Betreuung steht.

Zu untersuchen ist, inwieweit der Betroffene mittels Wünschen und Vorstellungen der Betreuungsverfügung bereits im Vorhinein für den eventuellen Fall eines Verfahrens auf dieses individuell einwirken kann. Konkret stellt sich die Frage, ob und inwieweit eine privatautonome Einflussnahme bei der Bestellung, der Auswahl und der Vergütung des Verfahrenspflegers und des Sachverständigen, der Anwesenheit und Anhörung Dritter und auf das Handeln des Gerichts bei Gefahr in Verzug möglich ist. Fraglich ist auch, ob der Betroffene mittels Wünschen sogar den Umfang seiner Betreuung bestimmen, also festlegen kann, für welche Angelegenheiten eine Betreuung eingerichtet werden soll.

Unterliegt das Verfahren gesetzlich zwingenden Regelungen, sind allein diese maßgeblich. Sind die Regelungen dispositiv, ist die Einfluss des Betroffenen mittels in der Betreuungsverfügung antizipiert geäußerter Wünsche möglich. Wie und in welchem Umfang ist im Folgenden zu prüfen. Sind die Regelungen disponibel, gilt der allgemeine Wunschbefolungsgrundsatz des § 1901. Seinem Wortlaut nach ist er zwar auf die Führung der Betreuung beschränkt. Es entspricht aber den Zielen des Betreuungsrechts, die Wünsche und Interessen des Betroffenen gem. § 1901 auch im Verfahren umfassend Geltung zukommen zu lassen. Auch spiegelt dies das verfassungsrechtlich begründete Prinzip, wonach der Wille des Betroffenen grundsätzlich zu beachten ist und seine Nichtbeachtung gerechtfertigt werden muss.⁴⁴²

A. Umfang der Betreuung

Kann der Einzelne den Umfang seiner – hypothetisch notwendigen – Betreuung nach seinen eigenen Wünschen und Vorstellungen bestimmen, würde er den Umfang seiner Betreuung antizipiert mit Hilfe der Betreuungsverfügung festlegen. „Ob“ und wenn ja, „Wie“ ein solch individueller Einfluss des Einzelnen möglich ist, ist v.a. anhand von § 1901 zu untersuchen.

I. Bestimmung der Aufgabenkreise gem. § 1901 Abs. 1

Nach § 1901 Abs. 1 umfasst die Betreuung „*alle Tätigkeiten, die erforderlich sind, um die Angelegenheiten des Betreuten [...] rechtlich zu besorgen*“. Welche diese vom Betreuer zu besorgende Angelegenheiten sind, bestimmt sich nach dem jeweiligen Aufgabenkreis. Dieser wird wiederum gem. § 1896 Abs. 2 S. 1 nur für den Bereich bestimmt, in dem eine Betreuung erforderlich ist. Der Umfang der Erforderlichkeit

⁴⁴¹ BT-Drucks. 11/4528 S. 52.

⁴⁴² Vgl. die Ausführungen in § 2 A.

wird bei Einrichtung der Betreuung durch das Betreuungsgericht nach § 286 Abs. 1 Nr. 1 FamFG (§ 69 Abs. 1 Nr. 2b FGG) in Form von Aufgabenkreisen bestimmt und während der Betreuung gem. § 293 Abs. 1 FamFG (§ 69i Abs. 1 FGG) nach Bedarf in einem regulären Verfahren angeglichen. Das vor der Betreuerbestellung einzuholende Sachverständigengutachten hat sich nach § 280 Abs. 3. Nr. 4 FamFG (§ 68b Abs. 1 S. 5 FGG) auf die Frage der Aufgabenkreise zu erstrecken und anzuzeigen, in welchem Umfang dem Betroffenen Fähigkeiten geblieben sind, seine Angelegenheiten selbst zu besorgen.⁴⁴³ In 57 % aller Betreuungsfälle bleiben während der Betreuung die Aufgabenkreise bestehen, die bei Erstbestellung der Betreuer vergeben wurden.⁴⁴⁴ Sollte der Einzelne mittels der Betreuungsverfügung auf den Umfang seiner Betreuung Einfluss haben, müsste der Grundsatz der Erforderlichkeit ihm dies erlauben.

Die Übertragung aller Aufgaben ist im materiellen Recht nicht beschrieben. Das Verfahrensrecht hält dies nach § 276 Abs. 1 Nr. 2 FamFG (§ 67 Abs. 1 Nr. 2 FGG)⁴⁴⁵ für möglich. Gesetzlich bestimmt sind nur einige Aufgaben: § 1896 Abs. 3 nennt die Geltendmachung von Rechten des Betroffenen gegenüber seinem Bevollmächtigten, Abs. 4 Entscheidungen über den Fernmeldeverkehr des Betroffenen und über die Entgegennahme, das Öffnen und das Aufhalten von Post. § 1899 Abs. 2 nennt die Entscheidung über die Einwilligung in die Sterilisation des Betreuten. Die Aufzählung zeigt, dass es sich hier um eine beispielhafte und nicht abschließende handelt.⁴⁴⁶ Durch eine fehlende gesetzliche Definition sollte die frühere Praxis der pauschalen und umfassenden Bestimmung der Wirkungskreise bei der Gebrechlichkeitspflegschaft beendet werden und einer strengen Erforderlichkeitsprüfung weichen.⁴⁴⁷ Der Gesetzgeber vermied bewusst eine Typisierung der Aufgabenkreise, um die Möglichkeit einer differenzierten Bestimmung zu gewährleisten.⁴⁴⁸ Dies soll der Grundsatz der Erforderlichkeit sicherstellen.

II. Typisierung der Aufgabenkreise nach Rechtsprechung und Literatur

Der ursprünglich nur aus den heutigen Abs. 2 - 5 bestehende § 1901 wurde nachträglich um Abs. 1 ergänzt.⁴⁴⁹ Dies war die gesetzgeberische Reaktion auf die in Rechtsprechung und Literatur⁴⁵⁰ unterschiedliche Umschreibung der Aufgabe des

⁴⁴³ Palandt/*Diederichsen* § 1896 Rn. 15; Staudinger/*Biernwald* § 1896 Rn. 151.

⁴⁴⁴ *Sellin/Engels* S. 80.

⁴⁴⁵ *Damrau/Zimmermann* § 67 FGG Rn. 27.

⁴⁴⁶ BT-Drucks. 11/4528 S. 121.

⁴⁴⁷ BT-Drucks. 11/4528 S. 120 f.

⁴⁴⁸ BT-Drucks. 11/4528 S. 121.

⁴⁴⁹ Änderung durch Art. 1 Nr. 1, 10a, 12, 13 BtÄndG; zudem wurden Überschriften von den §§ 1773 ff. und den §§ 1896 ff. geändert.

⁴⁵⁰ Siehe zur Diskussion: BT-Drucks. 13/7158 S. 33 f.; auch jetzt ist die Auslegung unterschiedlich, engeres Verständnis, vgl. MünchKommBGB/*Schnab* § 1897 Rn. 40, weites Verständnis, vgl. *Knittel* § 1897 Rn. 1 und *Soergel/Zimmermann* § 1896 Rn. 18.

Betreuers. Zum Teil wurde diese ausschließlich als tatsächliche, im Sinne einer pflegerischen, verstanden.⁴⁵¹ V.a. während der ersten Anwendung des Betreuungsrechts wurden die Aufgabenkreise teilweise von den Gerichten sehr unterschiedlich benannt und zudem inhaltlich verschieden definiert.⁴⁵² Teilweise knüpften die Richter an die Wirkungsbereiche der Pflegschaft an.⁴⁵³ Mittlerweile hat sich die Rechtsprechung etwas vereinheitlicht. In einigen Bereichen wurden typisierte Aufgabenkreise gebildet.⁴⁵⁴ Die bedeutendsten Aufgabenkreise Vermögenssorge, Gesundheitsvorsorge und Aufenthaltsbestimmung bestimmen die Gerichte unterschiedlich: zum Teil fein untergliedert,⁴⁵⁵ teilweise ohne weitere Aufgliederung.⁴⁵⁶ Im Übrigen werden die Aufgabenkreise jedoch einzelfallbezogen durch die Gerichte beschrieben.⁴⁵⁷

Durch Abs. 1 wird nunmehr die Beschreibung der Betreuertätigkeit einheitlich als Rechtsfürsorge angenommen.⁴⁵⁸ Dies hatte der Gesetzgeber zwar bereits in der Gesetzgebung zum Betreuungsgesetz klargestellt,⁴⁵⁹ es fand in der Praxis vor Einführung des jetzigen Abs. 1 jedoch nur zum Teil Beachtung. Die Rechtsprechung knüpft bei der Bestimmung der Aufgabenkreise mittlerweile einheitlich an das Erforderlichkeitsprinzip.⁴⁶⁰ Danach sind solche Angelegenheiten nicht erfasst, die der Betroffene noch eigenständig erledigen⁴⁶¹ bzw. der mit der Betreuung angestrebte Zweck nicht mit weniger eingreifenden Mitteln erreicht werden kann.⁴⁶² Die Erforderlichkeit der Betreuung muss für jede Aufgabe konkretisiert werden.⁴⁶³

In der Praxis wird in 6,8 % der Fälle⁴⁶⁴ nur eine Angelegenheit auf den Betreuer übertragen. Die Übertragung aller Angelegenheiten nach § 286 Abs. 1 Nr. 1 FamFG (§ 69 Abs. 1 Nr. 2b FGG), § 13 Nr. 2 BWahlG, die die Ausnahme bleiben

⁴⁵¹ Vgl. nur Staudinger/*Bienwald* § 1901 Rn. 2, 17 ff.; BT-Drucks. 13/7158 S. 33; *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1901 Rn. 1.

⁴⁵² Vgl. die Auflistungen bei *Bienwald* BtG, 3. Aufl. § 1896 Rn. 214 ggü. *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1896 Rn. 133.

⁴⁵³ Vgl. zum Pflegschafts- und Vormundschaftsrechts *Zenz/Eicken/Ernst/Hofmann* S. 13.

⁴⁵⁴ Auch aufgrund der Arbeit durch die Literatur, siehe nur *Bienwald* BtG, 3. Aufl. § 1896 Rn. 214 ff. und *HK-BUR/Bauer* § 1896 Rn. 221.

⁴⁵⁵ OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 1324.

⁴⁵⁶ Vgl. nur die Ausführungen bei *HK-BUR/Bauer* § 1896 Rn. 224 ff.

⁴⁵⁷ Siehe hierzu den Überblick bei Palandt/*Diederichsen* § 1896 Rn. 20.

⁴⁵⁸ BT-Drucks. 13/7158 S. 33; *Soergel/Zimmermann* § 1901 Rn. 3.

⁴⁵⁹ Vgl. BT-Drucks. 11/4528 S. 122.

⁴⁶⁰ BayObLG FamRZ 1994, 1552; BayObLG FamRZ 1995, 1085; BayObLG BtPrax 2001, 79.

⁴⁶¹ BayObLG BtPrax 2001, 79.

⁴⁶² BayObLG BtPrax 1994, 209.

⁴⁶³ BayObLG FamRZ 1994, 1552; BayObLG FamRZ 1995, 116; BayObLG FamRZ 1995, 1085; OLG Köln FamRZ 1996, 249; BayObLG FamRZ 1996, 897; BayObLG BtPrax 1997, 72, 73; BayObLG FamRZ 1997, 902, 903; BayObLG FamRZ 1998, 920; BayObLG FamRZ 1998, 921; BayObLG FamRZ 1999, 1612, 1613; OLG München FamRZ 2006, 575.

⁴⁶⁴ *Sellin/Engels* S. 79 – ohne die Bestellung für „alle“ Angelegenheiten.

soll,⁴⁶⁵ erfolgt in 7 % der Betreuungen, wobei dies regional sehr unterschiedlich ausfällt.⁴⁶⁶

Die Literatur hat sich an einer Typisierung der Aufgabenkreise beteiligt.⁴⁶⁷ Anlässlich von Fragen, die die Sorge der Gesundheit des Betreuten betreffen, ist aufgefallen, dass die Legitimation des Betreuers für seine Entscheidungen in diesem Bereich unterschiedlich definiert wird. Nach einer Ansicht enthält die vormundschaftlich vorgenommene Zuweisung eines Sachgebietes an den Betreuer zugleich die Befugnis, die zur Durchführung der konkreten Aufgabe dieser Betreuung nötig erscheint.⁴⁶⁸ Nach anderer Auffassung muss die konkrete Befugnis in dem Bestellungsbeschluss des Betreuers ausdrücklich verlautbart sein.⁴⁶⁹ Der dieser Diskussion zugrunde liegende Streit über die Befugnis zur Einrichtung und die Grenzen der Betreuung und der damit verbundenen Fremdbestimmung betrifft auch die Frage, wie vorausschauend eine Betreuung einzurichten ist. Einerseits wird vertreten, der Aufgabenkreis solle so groß sein, dass ein absehbarer Betreuungsbedarf einzubeziehen sei, damit nicht fortlaufend Erweiterungen des Aufgabenkreises und damit immer wieder neue, den kranken Menschen belastende Gerichtsverfahren veranlasst werden müssten.⁴⁷⁰ Die Mehrheit hält aufgrund des durch die Einrichtung der Betreuung erfolgenden Grundrechtseingriffs nur den im Zeitpunkt der Einrichtung konkret erforderlichen Bedarf für maßgeblich.⁴⁷¹ Das Recht auf Selbstbestimmung soll nicht weiter eingeschränkt werden, als zum Schutz des Betroffenen nötig.⁴⁷²

III. Zwischenergebnis

Die Bestellung einer Betreuung nach §§ 1896 ff. ist ein Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen. Als Grundrechtseingriff bedarf dieser der Rechtfertigung und muss so gering wie möglich gehalten werden. Nach der Konzeption des Gesetzgebers ist der Eingriff in das Recht auf Selbstbestimmung gerechtfertigt, wenn die Betreuerbestellung erforderlich ist. Nach dem § 1896 Abs. 1 und 2 zugrunde liegenden Erforderlichkeitsprinzip⁴⁷³ ist eine Betreuung

⁴⁶⁵ Jürgens/Jürgens § 1896 Rn. 29; *Bienwald* Verfahrenspflegerschaftsrecht Rn. 72 f.; Münch-KommBGB/*Schwab* § 1896 Rn. 107.

⁴⁶⁶ *Sellin/Engels* S. 80.

⁴⁶⁷ Überblick bei *Bienwald* BtG, 3. Aufl. § 1896 Rn. 212 ff.; *Harm* Rpfleger 1998, 89 ff.

⁴⁶⁸ MünchKommBGB/*Schwab* § 1896 Rn. 65; *Soergel/Zimmermann* § 1896 Rn. 43 f.

⁴⁶⁹ *Lipp* S. 98 ff., 242; so auch die Rechtsprechung, vgl. nur OLG München BtPrax 2006, 30 ff.; BayObLG FamRZ 1995, 116; OLG Hamm FamRZ 1995, 433, 435; BayObLG FamRZ 1995, 116.

⁴⁷⁰ *Schwab* FamRZ 1992, 493, 495; Ebenso im Ansatz: *Pankoke-Schenke* NDV 1989, 49, 51; *Zimmermann* fordert eine vorausschauende Betrachtung in den typischen Erweiterungsfällen (*Soergel/Zimmermann* § 1896 Rn. 61).

⁴⁷¹ *Palandt/Diederichsen* § 1896 Rn. 8-10, 19; *Staudinger/Bienwald* § 1896 Rn. 55; *Peters* S. 81; *Schwab* K 28; HK-BUR/*Bauer* § 1896 Rn. 217; *Zenz/Eicken/Ernst/Hofmann* S. 47; BayObLG BtPrax 1995, 218, 219; BayObLG NJW-RR 1998, 158 f.; OLG München BtPrax 2006, 30 ff.

⁴⁷² *Schwab* K 27; HK-BUR/*Bauer* § 1896 Rn. 217.

und 2 zugrunde liegenden Erforderlichkeitsprinzip⁴⁷³ ist eine Betreuung nur möglich, wenn der Betroffene aufgrund einer Krankheit in einem bestimmten Bereich nicht mehr die Fähigkeiten besitzt, seine Angelegenheiten allein zu erledigen.⁴⁷⁴ Zudem muss eine Betreuungsbedürftigkeit bestehen.⁴⁷⁵ Die Angelegenheiten dürfen also nicht von einem Bevollmächtigten oder durch andere Hilfen ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können. Dies muss konkret in diesem Zeitpunkt⁴⁷⁶ vorliegen. Worin konkret Hilfe erforderlich ist, bestimmt sich an der individuellen, krankheitsbedingten Hilflosigkeit und der fehlenden Alternative zur Betreuung. Welche Aufgabenkreise in einer Betreuung auf den Betreuer zu übertragen sind, stellt das Gericht unter Berücksichtigung der konkreten Lebenssituation des Betroffenen fest.⁴⁷⁷ Demnach sind nur solche Aufgaben zu übertragen, die nach seiner Stellung und seiner bisherigen Lebensführung im Interesse des Betroffenen wahrgenommen werden müssen.⁴⁷⁸ Die Übertragung einer Aufgabe aufgrund des Wunsches des Betreuten würde dies ändern. Dann wäre für die Übertragung der einzelnen Aufgabe nicht maßgebend, ob der zu Betreuende zum einen in dieser Sache gem. § 1896 Abs. 1 S. 1 aufgrund einer krankhaften Veränderung nicht mehr in der Lage ist, sie zu erledigen und ihre rechtliche Besorgung zum anderen nicht privatautonom auf einen Dritten übertragen hat. Maßstab der Betreuungseinrichtung wäre damit nicht mehr der Erforderlichkeitsgrundsatz nach § 1896 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 2. Die Einführung der Erforderlichkeitsprüfung zum Schutz des Betreuten vor ungerechtfertigten Eingriffen gilt als Teil der Verhältnismäßigkeitsprüfung und hat somit Verfassungsrang.⁴⁷⁹ Nach der gesetzlichen Begründung soll er dem Schutz der Betroffenen vor ungerechtfertigten Maßnahmen und dem öffentlichen Interesse dienen. Wobei letzteres der entscheidende Gesichtspunkt darstellt, weil er dem Eingriff zustimmen kann. Auf seine Beachtung soll der Betroffene daher nicht verzichten können.⁴⁸⁰

Nach der gesetzlichen Konzeption soll auch im Verfahren der Betreuerbestellung der Wunsch des Betreuten Entscheidungs- und Handlungsmaßstab für das Betreuungsgericht sein.⁴⁸¹ Die Wunschbefolgungspflicht des § 1901 Abs. 3 erlaubt

⁴⁷³ Dieses wird zudem genannt in §§ 1903, 1906 Abs. 1, 1908d Abs. 3.

⁴⁷⁴ Dies wird zum Teil auch mit „Betreuungsbedürftigkeit“ beschrieben, vgl. etwa Palandt/-Diederichsen § 1896 Rn. 8.

⁴⁷⁵ Zum Teil wird alternativ auch von subjektiver Betreuungsbedürftigkeit und objektivem Betreuungsbedarf gesprochen, vgl. Schwab FamRZ 1992, 493, 495.

⁴⁷⁶ Staudinger/Bienwald § 1896 Rn. 43; Bienwald BtG, 3. Aufl. § 1896 Rn. 76 ff.

⁴⁷⁷ Dodegge/Roth A. Rn. 21, 22; Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein Rn. 82, 83; BT-Drucks. 11/4528 S. 120 f.

⁴⁷⁸ Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein Rn. 83; Jürgens/Jürgens § 1896 Rn. 9.

⁴⁷⁹ BT-Drucks. 11/4528 S. 120; BVerfGE 19, 342, 348 f.; BVerfGE 58, 208, 225 f.; BVerfG NJW 1994, 1577, 1578 f.; MünchKommBGB/Schwab § 1896 Rn. 24; Sie eignet sich nach *Gessaphe* aber nicht zur Feststellung der Notwendigkeit der Betreuung, vgl. S. 222-227.

⁴⁸⁰ BT-Drucks. 11/4528 S. 121.

⁴⁸¹ Nach der Gesetzesbegründung sollen Äußerungen des Betreuten in besonderem Maße anerkannt werden (BT-Drucks. 11/4528 S. 68).

dem Betroffenen durch eigene Wünsche und Vorstellungen sein Wohl und mit diesem eine Grenze für die Bindung seiner Wünsche zu formulieren.⁴⁸² Folglich gewährt das Gesetz in § 1901 einen Einfluss des Betreuten auf die Maßstäbe zur Umsetzung seiner Betreuung. Daraus lässt sich hingegen kein ausdrücklicher Einfluss auf den Umfang seiner Betreuung herleiten.

Gem. § 1836 Abs. 1, § 1 des Gesetzes über die Vergütung von Vormündern und Betreuern (VBVG) wird die Betreuung grundsätzlich ehrenamtlich und somit unentgeltlich geführt.⁴⁸³ Bei einer berufsmäßigen Betreuung hat der Betreute hingegen den Berufsbetreuer gem. § 1836 zu vergüten. Die Zahl der Berufsbetreuungen bei mittellosen Betreuten steigt. In diesem Fall kann der Berufsbetreuer seinen Anspruch auf Vergütung nach § 1 Abs. 2 S. 2 VBVG dem Staat gegenüber geltend machen. Der individuelle Einfluss auf den Umfang der Betreuung würde daher in vielen Fällen Mehrkosten für die Staatskasse bedeuten. Dies würde wiederum nicht dem Grundsatz der Erforderlichkeit entsprechen, weil dieser auch öffentlichen Interessen, d.h. auch der Schonung der Staatskasse, dient.⁴⁸⁴

Auch nach Rechtsprechung und Literatur reicht der bloße Wunsch des Betroffenen nach Betreuung zur Einrichtung der Betreuung nicht aus.⁴⁸⁵ Die Einrichtung einer Betreuung lediglich aufgrund des Wunsches des Betreuten würde den für alle vergleichbaren Maßstab der Erforderlichkeit vereiteln. Dadurch würden aufgrund des individuellen Wunsches begrenzte staatliche Leistungen wie Gerichte, Berufsbetreuer und Behörden von dem Betroffenen in Anspruch genommen und ggf. aufgebraucht werden, obwohl ihm ggf. Alternativen zur Verfügung stehen, die in einem Sozialstaat für alle Bedürftigen zur Verfügung stehen sollen.

Die gesetzlichen Formulierungen erlauben an keiner Stelle eine konkrete Einflussnahme durch den Betroffenen auf den Umfang der Betreuung mittels der Betreuungsverfügung. Vielmehr fordert § 1896 Abs. 2 S. 1 ausdrücklich die Untersuchung und positive Feststellung der Erforderlichkeit der Betreuerbestellung. Erforderlich kann eine Betreuung nur dann sein, wenn der Betroffene seine Angelegenheiten aufgrund einer Krankheit nicht mehr besorgen kann und weder der Betroffene selbst, noch andere Personen die Aufgabenbereiche, für die Handlungsbedarf besteht, wahrnehmen können.⁴⁸⁶ Der Auftrag an den Betreuer (Aufgabenkreis) darf dabei nicht mehr beinhalten, als der Betroffene zu besorgen hat⁴⁸⁷ und muss für jeden Aufgabenbereich konkretisiert werden.⁴⁸⁸ Der Gesetzgeber hat sich zwar für die Mitwirkung des Einzelnen bei der Ausgestaltung des Verhältnis-

⁴⁸² Vgl. oben § 2 C. III.

⁴⁸³ Vgl. die Ausführungen unter § 5 B.

⁴⁸⁴ Soergel/*Zimmermann* § 1896 Rn. 39; *Müller/Renner* Rn. 50.

⁴⁸⁵ OLG Köln FamRZ 1996, 249, 250; *Müller/Renner* Rn. 50; Soergel/*Zimmermann* § 1896 Rn. 39.

⁴⁸⁶ *Staudinger/Bienwald* § 1896 Rn. 51.

⁴⁸⁷ Geringst möglicher Umfang *Staudinger/Bienwald* § 1896 Rn. 47; *Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein* Rn. 78.

⁴⁸⁸ *Staudinger/Bienwald* § 1896 Rn. 51.

ses der Betreuung entschieden⁴⁸⁹ und erlaubt diesen Einfluss, wenn er dem wirklichen Willen des Betroffenen entspricht, und dieser daran noch festhalten will.⁴⁹⁰ Nach der gesetzlichen Formulierung, dem Sinn und Zweck und der Gesetzesbegründung bezieht sich dies jedoch nur auf das „Wie“ einer Betreuung. In der Literatur fordern selbst die in dieser Frage „Liberalen“ zumindest die Zuweisung des Sachgebietes durch das Gericht.⁴⁹¹ Im konkreten Fall erlaubt § 1901 dem Einzelnen durch das Formulieren seiner konkreten Wünsche und allgemeinen Vorstellungen die Definition seines individuellen Wohls, an das der Betreuer bei der Ausführung der Betreuung nach § 1901 Abs. 2 und 3 gebunden ist,⁴⁹² nicht aber die Bestimmung des Betreuungsumfangs.

B. Verfahrenspfleger gem. § 276 FamFG

„Das Gericht hat dem Betroffenen einen Verfahrenspfleger zu bestellen, wenn dies zur Wahrnehmung der Interessen des Betroffenen erforderlich ist.“, vgl. § 276 Abs. 1 S. 1 FamFG (§ 67 Abs. 1 S. 1 FGG). Damit stellt das Gesetz einen Grundsatz auf. Immer dann, wenn der Betroffene seine Interessen im Verfahren nicht selber ausreichend wahrnehmen kann, ist ein Verfahrenspfleger zu bestellen.⁴⁹³ Die Bestellung soll zum Schutz des Betreuten erfolgen.⁴⁹⁴ Weil der Betroffene dazu aufgrund seiner körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung nicht in der Lage ist, soll der Verfahrenspfleger ergänzend und erforderlichenfalls an Stelle des Betroffenen dessen Rechte im Verfahren wahrnehmen.⁴⁹⁵ Dabei geht es insbesondere um das in Art. 103 Abs. 1 GG verankerte Recht auf rechtliches Gehör.⁴⁹⁶ Der Verfahrenspfleger soll den Betroffenen grundsätzlich unterstützen, nicht ersetzen.⁴⁹⁷

⁴⁸⁹ Epple BWNNotZ 92, 27, 28.

⁴⁹⁰ Epple BWNNotZ 92, 27, 28.

⁴⁹¹ Vgl. nur MünchKommBGB/Schwab § 1896 Rn. 65; Soergel/Zimmermann § 1896 Rn. 43 ff.

⁴⁹² Vgl. hier die Ausführungen unter § 2 C. II.

⁴⁹³ Es kommt also grundlegend auf die Frage der Erforderlichkeit an (Keidel/Kuntze/-Winkler/Kayser § 67 FGG Rn. 1). Ein Verfahrenspfleger ist nötig, damit die „erforderliche Wahrung der Belange der Betroffenen“ gesichert ist, vgl. BT-Drucks. 11/4529 S. 171.

⁴⁹⁴ Bumiller/Winkler § 67 FGG Rn. 1; Jansen/Sonnenfeld § 67 FGG Rn. 2; BT-Drucks. 11/4528 S. 89, 171.

⁴⁹⁵ Keidel/Kuntze/Winkler/Kayser § 67 FGG Rn. 5; Grell RPfleger 1993, 321, 322; Dodegge/Roth A Rn. 124; Bork FamRZ 2002, 67, 70; KG FamRZ 2000, 1300; FamRefK/Maurer § 50 FGG Rn. 6 f.; Pohl/BtPrax 1992, 20, 21, 24: Sein Wirkungskreis wird nicht ausdrücklich definiert, sondern bezieht sich laut Gesetz auf die Wahrnehmung der Rechte im Verfahren.

⁴⁹⁶ Bork FamRZ 2002, 67, 71; Bassenge/Roth § 67 FGG Rn. 2; Damrau/Zimmermann § 67 FGG Rn. 10; BayObLG FamRZ 1990, 542, 543; LG München I FamRZ 1995, 1440, 1441. Teilweise wird argumentiert, dass die Funktion des Verfahrenspflegers nicht in der Wahrnehmung des rechtlichen Gehörs liege. Vielmehr solle er vermeiden, dass der Betroffene zu einem Objekt des Verfahrens werde (Biernwald/Sonnenfeld/Hofmann § 67 FGG Rn. 5 ff.). Die Gewähr des rechtlichen Gehörs zielt jedoch auf die Vermeidung der Degradierung des Betroffenen zu einem Objekt des Verfahrens. Insofern stellt die v.a. von Biernwald dargelegte Argumentation keine Gemeinmeinung, sondern eher einen anderen Begründungsansatz dar. Dieser ist jedoch als Grund-

Für die Frage der Erforderlichkeit stellt § 276 Abs. 1 S. 2 FamFG (§ 67 Abs. 1 S. 2 FGG) Regelbeispiele auf. Bis zum 1. BtÄndG war die Bestellung in diesen Fällen zwingend. Auch in der jetzigen Fassung werden die Beispiele mehrheitlich als zwingend angesehen.⁴⁹⁸

Im Einzelnen ist fraglich, ob der Betroffene durch die Betreuungsverfügung eine konkrete Person für das Amt des Verfahrenspflegers verbindlich bestimmen und ausschließen kann. Weiter ist zu untersuchen, ob die Bestellung eines Verfahrenspflegers durch den Betroffenen vollständig unterbunden werden kann.

I. Vorschlag in der Betreuungsverfügung

Damit der Betroffene auf die Auswahl der Person des Verfahrenspflegers Einfluss nehmen kann, dürfen die gesetzlichen Regelungen nicht verbieten, dass der Betroffene bestimmte Personen zum Verfahrenspfleger vorschlägt, bzw. von dieser Tätigkeit ausschließt.

1. Auswahl einer Person

Zur Auswahl des Verfahrenspflegers bestimmt § 276 Abs. 3 FamFG, dass derjenige, der Verfahrenspflegschaften im Rahmen seiner Berufsausübung führt nur dann zum Verfahrenspfleger bestellt werden soll, wenn keine andere geeignete Person zur Verfügung steht, die zur ehrenamtlichen Führung der Verfahrenspflegschaft bereit ist.⁴⁹⁹

Eine § 1897 Abs. 4 und § 1901c vergleichbare Regelung sowie einen Verweis auf diese kennt das FamFG nicht. Dies erlaubt nur bedingt Rückschlüsse auf den möglichen Einfluss des Betroffenen auf die Auswahl des Verfahrenspflegers, weil das Institut der Verfahrenspflegschaft nur minimal gesetzlich geregelt ist.⁵⁰⁰ Gegen einen direkten Einfluss des Betroffenen auf die Auswahl des Verfahrenspflegers spricht, dass der Verfahrenspfleger von Rechts wegen „nur“ die objektiven Inte-

annahme zu sehen. Aus ihm erwächst die Notwendigkeit des rechtlichen Gehörs (*Bork* FamRZ 2002, 67, 71).

⁴⁹⁷ BT-Drucks. 11/4528 S. 171; *Bumiller/Winkler* § 67 FGG Rn. 1; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 76 Rn. 31, 38-40; *Jürgens/Krüger/Marschner/Winterstein* Rn. 349; *Grell*/RPfleger 1993, 321, 322; generell: *BVerfG* FamRZ 1999, 85, 87; *BayObLG* FamRZ 2000, 1443, 1443 m.w.N.

⁴⁹⁸ *MünchKommZPO/Schmidt-Recla* § 276 FamFG Rn. 8; *Zum FGG: Pohl* BtPrax 1992, 20, 21 f.

⁴⁹⁹ § 67 Abs. 1 S. 6 FGG erklärte § 1897 Abs. 6 für entsprechend anwendbar. Im Sinne von § 67 FGG konnte Verfahrenspfleger sowohl ein Verein oder die zuständige Behörde sein (*Janzen/Sonnenfeld* § 67 FGG Rn. 43; *Biennwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 67 FGG Rn. 53; *Biennwald* Rpfleger 1999, 429). Das LG Braunschweig war anderer Ansicht (*FamRZ* 2005, 304 mit ablehnender Anm. *Biennwald*): Auch der Vereins- oder der Behördenmitarbeiter als Vereins-/ Behördenverfahrenspfleger müsse nach den Änderungen des 2. BtÄndG gem. § 67a FGG ernennbar sein. Der fehlende Verweis zu § 1897 Abs. 2 sei als Redaktionsversehen zu sehen gewesen (*Janzen/Sonnenfeld* § 67 FGG Rn. 44).

⁵⁰⁰ *Biennwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 67 FGG Rn. 1 f.

ressen des Betroffenen wahrnehmen soll.⁵⁰¹ Er soll die Verfahrensrechte des Betroffenen an dessen Stelle geltend machen. Wunsch und Wille des Betroffenen soll der Verfahrenspfleger dem Gericht zur Erkenntnis mitteilen,⁵⁰² sein Handeln aber nicht danach ausrichten. Durch die reine Wahrnehmung der objektiven Interessen scheint die Tätigkeit des Verfahrenspflegers von persönlichen Einflüssen und somit auch von persönlichen Bindungen losgelöst. Demnach würde er zur reinen Missbrauchskontrolle in Bezug auf die Betroffenenrechte dienen.⁵⁰³ Als solche müsste ein Einfluss des Betroffenen auf die Auswahl des Verfahrenspflegers nicht notwendig sein. Indem der Verfahrenspfleger die Verfahrensrechte des Betroffenen⁵⁰⁴ ausübt, übt er auch dessen Recht auf Selbstbestimmung aus. Der subjektive Einfluss auf das Auswahlrecht dieser Person sollte daher möglich sein. Dies gilt umso mehr, weil der Verfahrenspfleger gesetzlicher Vertreter des Betroffenen wird⁵⁰⁵ und gerichtlich weisungsunabhängig⁵⁰⁶ ist.

Die Weisungsunabhängigkeit bedeutet, dass der Verfahrenspfleger bei der Wahrnehmung der Verfahrensrechte weder an die Wünsche und den Willen des Betroffenen noch an Weisungen des Gerichts gebunden ist.⁵⁰⁷ Auch wenn er (nur) die Verfahrens- und keine sonstigen Rechte des Betroffenen wahren soll, hat bzw. kann er Einblick und v.a Einfluss in höchstpersönliche Entscheidungen des Betroffenen haben. Mit Blick auf die Missbrauchskontrolle kann eine Person des Vertrauens die objektiven Interessen des Betroffenen – nicht nur aus der Perspektive des Betroffenen – interessengerechter, weil auf Basis des Vertrauens, wahrnehmen.⁵⁰⁸ Das subjektive Empfinden des Betroffenen sollte an dieser Stelle nicht unbeachtet bleiben. Dies ist nur konsequent, weil der Wunsch bezüglich der Person des Verfahrenspflegers auch dann für die gerichtliche Ernennungsentscheidung maßgeblich ist, wenn der Betroffene sich noch aktiv äußern kann.⁵⁰⁹ Solange eine Kommunikation mit dem Betroffenen möglich ist, muss das Gericht ihn aufgrund seines Selbstbestimmungsrechts nach der persönlichen Wahl eines Ver-

⁵⁰¹ BT-Drucks. 11/4528 S. 171; Rogalla BtPrax 1993, 146, 147 f.; Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein Rn. 348.

⁵⁰² BT-Drucks. 11/4528 S. 171.

⁵⁰³ Die Notwendigkeit der Missbrauchskontrolle bestätigend Schumacher ZRP 1989, 7, 8 f.

⁵⁰⁴ Er ist gesetzlicher Vertreter des Betroffenen: Bork FamRZ 2002, 67, 70; OLG Frankfurt FamRZ 2000, 1446.

⁵⁰⁵ Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann § 67 FGG Rn. 16.

⁵⁰⁶ Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein Rn. 348; BT-Drucks. 11/4528 S. 171; Zimmermann FamRZ 1991, 270, 271; Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann § 67 FGG Rn. 16.

⁵⁰⁷ BT-Drucks. 11/4528 S. 171.

⁵⁰⁸ Daher sind insbesondere solche Personen zu bestellen, die die Lebensverhältnisse des Betroffenen kennen (Zimmermann BtPrax 1992, 19, 23) sowie Vertrauenspersonen aus dem Familien- und Bekanntenkreis (Jansen/Sonnenfeld § 67 FGG Rn. 38); dazu kritisch: Knittel § 67 FGG Rn. 20; Rechtskenntnisse des Verfahrenspflegers sind dabei zwar erwünscht, der persönliche Kontakt wird jedoch als wichtiger eingestuft, vgl. Jansen/Sonnenfeld § 67 FGG Rn. 38; Bienwald Verfahrenspflegerschaftsrecht Rn. 171.

⁵⁰⁹ Zimmermann FamRZ 1991, 270, 274.

reters befragen. Trotz fehlender ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung ist die Verpflichtung des Betreuungsgerichts, sich bei der Auswahl des Verfahrenspflegers an dem Vorschlag des Betroffenen zu orientieren und ihn dazu anzuhören, allgemein anerkannt.⁵¹⁰ Während die herrschende Meinung eine „Orientierung“ verlangt, wird diese Verpflichtung vereinzelt aus der entsprechenden Anwendung der für die Bestellung eines Betreuers geltenden § 1897, § 278 FamFG (§ 68 FGG) abgeleitet.⁵¹¹ Wenn der Betroffene also aktiv einen Wunschverfahrenspfleger benennen kann, muss dies auch für antizipierte Äußerungen in Form der Betreuungsverfügung gelten.⁵¹²

Im formellen Verfahren ist keine Wunschbeachtungspflicht entsprechend der §§ 1897 Abs. 4, 1901 Abs. 3 vorgesehen. Diese wird nun durch die in § 278 Abs. 2 S. 3 FamFG neu eingeführte Pflicht des Gerichts, mit dem Betroffenen die Frage zu erörtern, welche Person als Betreuer in Betracht kommt auch im Verfahren berücksichtigt. Nach den Grundsätzen des Betreuungsrechts war der Einfluss des Betroffenen auf die Auswahl des Verfahrenspflegers bereits zuvor möglich.⁵¹³

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Auswahl des Verfahrenspflegers nach § 67 FGG entsprechend § 1897 Abs. 4 durch den Betroffenen rechtswirksam vorgenommen werden kann.⁵¹⁴ Der Wille des Betroffenen bei der Auswahl des Verfahrenspflegers hat demnach entsprechend § 1897 Abs. 4 S. 2 Geltung.⁵¹⁵

2. Ausschluss einer Person

Die rechtliche Bewertung eines Wunsches des Volljährigen, der eine konkrete Person vom Amt des Verfahrensbevollmächtigten ausschließen soll, ist gesetzlich nicht geregelt. Mit Blick auf die Grundsätze des Betreuungsrechts kann in diesem Fall nichts anderes gelten als im Fall des Ausschlusses einer bestimmten Person vom Amt des Betreuers nach § 1897 Abs. 4 S. 2.⁵¹⁶ Soweit die Bestellung einer bestimmten Person zum Verfahrenspfleger des Betroffenen, dessen bewussten,

⁵¹⁰ Lipp S. 114; Bumiller/Winkler § 67 FGG Rn. 5; Jürgens/Mertens § 67 FGG Rn. 10.

⁵¹¹ Lipp S. 114.

⁵¹² Langenfeld S. 165; Lipp S. 114 und FS Bienwald S. 177, 186; Jansen/Sonnenfeld § 67 FGG Rn. 42; Keidel/Kuntze/Winkler/Kayser § 67 FGG Rn. 1; Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann § 1897 Rn. 16; Bienwald FamRZ 2000, 1281; BVerfGE FamRZ 2000, 1280, 1281.

⁵¹³ Zimmermann behandelt daher z.B. die Frage, ob man sich gegen einen bestellten Verfahrenspfleger wenden kann, weil dieser einem persönlich nicht gefällt, mit Blick auf die besondere Ausrichtung auf die Betroffenenwünsche im materiellen Recht gem. § 1901, so dass diese auch bei der Bestimmung des Verfahrenspflegers zu berücksichtigen sind (Zimmermann FamRZ 1994, 286). Wenn der Betroffene sich in der Beschwerde gegen die Person des Verfahrenspflegers wenden kann, dann erst recht von vornherein. Siehe hierzu auch Pohl BtPrax 1992, 19, 20 f.

⁵¹⁴ Im Ergebnis ebenso: Dodegge/Roth C. Rn. 171; Epple BtPrax 1993, 156, 159 und BWNotZ 1992, 27, 30.

⁵¹⁵ Bumiller/Winkler § 67 FGG Rn. 5; im Übrigen habe der Verfahrenspfleger jedoch nicht den Vorrang des Betroffenenwillens zu beachten, sondern müsse das objektive Interesse des Betroffenen vertreten (Bumiller/Winkler § 67 FGG Rn. 1).

⁵¹⁶ Vgl. dazu § 3 A. II.

ernsthaften und frei von Irrtum und Einfluss Dritter gebildeten Wunsch widerspricht, ist dieser für das Gericht verbindlich. Die Bestellung dieser Person zum Verfahrenspfleger darf daher nicht erfolgen.

II. Vermeidung der Verfahrenspflegschaft durch privatautonome Bevollmächtigung eines Dritten oder Verzicht auf den Verfahrenspfleger

Fraglich ist, ob die Bestellung eines Verfahrenspflegers vermieden werden kann, indem der Betroffene eine dritte Person mit der Wahrnehmung seiner Verfahrensrechte beauftragt oder auf die Zuordnung eines Verfahrenspflegers mittels seiner Betreuungsverfügung generell verzichtet.

1. Bevollmächtigte Verfahrensvertreter

Der gesetzlich vorgeschriebene Vorrang privatautonomer Vertretung (vgl. § 1896 Abs. 2 S. 2) hat in § 276 Abs. 4 FamFG (§ 67 Abs. 1 S. 7 FGG) Ausdruck gefunden. Danach „*soll* die Bestellung eines Verfahrenspflegers *unterbleiben oder aufgehoben werden, wenn die Interessen des Betroffenen von einem Rechtsanwalt oder von einem anderen geeigneten Verfahrensbevollmächtigten vertreten wird.*“ In diesem Fall hat der Betroffene seinen Verfahrensvertreter selber ausgesucht und privatautonom zum Vertreter bestellt.

§ 276 Abs. 1 S. 1 FamFG/ § 67 FGG sieht nur bei Erforderlichkeit die Bestellung eines Verfahrenspflegers vor. Die Erforderlichkeit ist unter Berücksichtigung aller Umstände im jeweiligen Einzelfall zu ermitteln.⁵¹⁷ Von der Erforderlichkeit ist wie in § 1896 Abs. 2 auszugehen, wenn zur Wahrnehmung der Betroffenenverfahrensrechte eine andere Person als der Verfahrenspfleger fehlt.

Nach dem Wortlaut besteht ein zwingender Vorrang anderer Hilfen vor der Bestellung des Verfahrenspflegers.⁵¹⁸ Dies entspricht der Gesetzssystematik. Die wirksame Bevollmächtigung einer Wunschperson zur Wahrnehmung der Betroffenenverfahrensrechte ist somit möglich. Die Bestellung eines Verfahrenspflegers ist dann nicht mehr erforderlich. Die Bevollmächtigung kann im Rahmen der Betreuungsverfügung erfolgen.

Bei Unwirksamkeit dieser Bevollmächtigung muss die Auswahl des Betroffenen für den Verfahrensbevollmächtigten durch Umdeutung der Bevollmächtigung gem. § 140 übernommen werden. Andernfalls würde man die Wünsche des Betroffenen missachten.

⁵¹⁷ Bumiller/Winkler § 67 FGG Rn. 2; Jansen/Sonnenfeld § 67 FGG Rn. 11; Bienwald/Sonnenfeld/-Hoffmann § 67 FGG Rn. 28.

⁵¹⁸ Pohl/BtPrax 1992, 20, 21.

2. Verzicht auf den Verfahrenspfleger

Fraglich bleibt, ob der Betroffene in der Betreuungsverfügung die Ernennung eines Verfahrenspflegers ausdrücklich ausschließen kann.

a) Bestellung eines Verfahrenspflegers trotz Verfahrensbevollmächtigten

Der in § 276 Abs. 4 FamFG (§ 67 Abs. 1 S. 7 FGG) gesetzlich formulierte Vorrang des privatautonom beauftragten Vertreters wird nicht nach allen Meinungen als zwingend angesehen.⁵¹⁹ Vielmehr soll die Bestellung eines Verfahrenspflegers in bestimmten Fällen trotz vorhandener Bevollmächtigung nicht ausgeschlossen sein.⁵²⁰ Bei ständigem Wechsel des Rechtsanwalts⁵²¹ oder des Verfahrensbevollmächtigten⁵²² wurde eine Bestellung für notwendig erachtet, bzw. dann, wenn der Betroffene dem Verfahrensbevollmächtigten unsinnige Anweisungen erteilt.⁵²³ Anders als der Verfahrenspfleger ist dieser dem Betroffenen weisungsgebunden.⁵²⁴ In diesen Fällen kann der Betroffene sich nach herrschender Meinung zur früheren Regelung § 67 Abs. 1 S. 7 FGG nicht durch die Benennung eines Verfahrensbevollmächtigten vor der Ernennung eines Verfahrenspflegers schützen. Dies wird auch für den gleich lautenden § 267 Abs. 4 FamFG gelten.

b) Bestellung eines Verfahrenspflegers gegen den Betroffenenwillen

Nach § 276 Abs. 1 S. 2 FamFG (§ 67 Abs. 1 S. 2, 3 FGG) ist die Bestellung eines Verfahrenspflegers in der Regel erforderlich, wenn von der Anhörung des Betroffenen abgesehen werden soll, weil hiervon erhebliche Nachteile für die Gesundheit des Betroffenen zu besorgen sind⁵²⁵ oder wenn ein Betreuer zur Besorgung aller Angelegenheiten bestellt werden oder die Erweiterung des Aufgabenkreises hierauf erfolgen soll. Als Regelbeispiele zählt Satz 2 nur Beispielfälle auf. Das Gericht hat in dieser Entscheidung einen Ermessensspielraum.⁵²⁶ Weiter ist § 276 Abs. 2 FamFG zu berücksichtigen. Danach kann von der regelhaften Verfahrenspflegerbestellung nach Abs. 1 S. 2 abgesehen werden, wenn ein Interesse des Betroffenen an der Bestellung des Verfahrenspflegers offensichtlich nicht besteht.

⁵¹⁹ *Bassenge/Roth* § 67 FGG Rn. 6; wohl anders *MünchKommZPO/Schmidt-Recla* § 276 FamFG Rn. 5.

⁵²⁰ BT-Drucks. 11/4528 S. 171, 231 und 11/6949 S. 78; *Bumiller/Winkler* § 67 FGG Rn. 4.

⁵²¹ BT-Drucks. 11/4528 S. 171; *Keidel/Kuntze/Winkler/Kayser* § 67 FGG Rn. 16.

⁵²² *Bassenge/Roth* § 67 FGG Rn. 6.

⁵²³ *Bassenge/Roth* § 67 FGG Rn. 6.

⁵²⁴ Der Verfahrenspfleger ist kein Amtsträger, weshalb es auch anders als beim Betreuer keinen Bestellungsakt gibt, vielmehr reicht die Bekanntmachung nach § 40 Abs. 1 FamFG/ § 16 Abs. 1 FGG (*Rogalla BtPrax* 1993, 146, 146).

⁵²⁵ § 276 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 278 Abs. 4 i.V.m. § 34 Abs. 2 FamFG.

⁵²⁶ *Bumiller* bewertet dies anders, sie beschreibt die Aufzählung in § 267 Abs. 1 S. 2 FamFG als Fälle, in denen durch das Gericht zwingend ein Verfahrenspfleger bestellt werden muss (*Bumiller/Harders* § 267 FamFG Rn. 5).

Die bis zur Einführung des FamFG als zwingend formulierten jetzigen Regelbeispiele werden von der herrschenden Meinung zum FGG als zwingend angesehen.⁵²⁷ Die Regelung § 67 Abs. 1 S. 2 FGG entspricht der Formulierung von § 276 Abs. 1 S. 2 FamFG. Danach dürfte eine anders lautende Formulierung einer Betreuungsverfügung keine verbindliche Wirkung haben. Abs. 2 erlaubt jedoch ein Abweichen von der in Abs. 1 vorgesehen Bestellung eines Verfahrenspflegers, wenn der Betroffene daran offensichtlich kein Interesse hat. Diese Ausnahme muss unabhängig davon gelten, ob man die Beispiele als zwingend ansieht. Folgt man diesem Gedanken, enthält die Norm auch nach dem FamFG einen Widerspruch. Die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung wird daher auch zu Recht in Frage gestellt.⁵²⁸

Zudem steht die Ausnahme des Abs. 2 im Widerspruch zu Abs. 1 S. 1. Nach dem Wortlaut von Abs. 1 S. 1 *hat* das Gericht bei Erforderlichkeit einen Verfahrenspfleger zu bestellen und somit gerade keinen Ermessensspielraum, nach Abs. 2 *kann* es von der Bestellung absehen, wenn ein Interesse des Betroffenen an der Bestellung offensichtlich nicht besteht.

Allerdings muss jede natürliche Person auf ihre Rechte und folglich auch auf den Beistand durch den Verfahrenspfleger verzichten können. Sinn und Zweck der Einführung des Rechtsinstitutes im Rahmen des Betreuungsrechts⁵²⁹ ist, einem Schutzbedürftigen eine Kontrollinstanz gegenüber dem Staat an die Hand zu geben.⁵³⁰ Gerade derjenige, der nach Satz 1 seine Interessen nicht ausreichend wahrnehmen kann, bedarf Beistand zur Wahrung seiner Rechte. Dies gebietet schon der rechtsstaatliche Grundsatz auf ein faires Verfahren.⁵³¹ Objektiv gesehen kann somit Satz 3 keine Anwendung finden. Die Bestellung eines Verfahrenspflegers sieht das Gesetz in den von Satz 2 genannten Fällen zwingend vor. Die Vermeidung der Verfahrenspflegerbestellung durch die Betreuungsverfügung ist somit im Ergebnis nicht möglich. Wie bei der Betreuerbestellung hat diese bei Erforderlichkeit zu erfolgen.

⁵²⁷ BT-Drucks. 11/4528 S. 171; *Epple* BtPrax 1993, 156, 159; Keidel/Kuntze/Winkler/*Kayser* § 67 FGG Rn. 5, 9; *Pohl* BtPrax 1992, 19, 21 f.; *Zimmermann* FamRZ 1991, 270, 274; *Bumiller/Winkler* § 67 FGG Rn. 3; Gernhuber/*Coester-Waltjen* § 76 Rn. 38-40; *Bork* FamRZ 2002, 65, 69; *Jürgens/Mertens* § 67 FGG Rn. 4; *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 67 FGG Rn. 36, 44; *Ständeke-Otto* BtPrax 1993, 16.

⁵²⁸ Vgl. nur *Jansen/Sonnenfeld* § 67 FGG Rn. 3, 4, 27; Keidel/Kuntze/Winkler/*Kayser* § 67 FGG Rn. 8 f.; *Bauer/Rinke* BtPrax 1996, 158; *Bienwald* Verfahrenspflegerschaftsrecht Rn. 97; Gernhuber/*Coester-Waltjen* § 76 Rn. 38-40; verfassungsrechtlich bedenklich, weil S. 3 nun eine weit gefasste Ausnahme normiert.

⁵²⁹ Eine § 67 FGG vergleichbare Vorschrift gab es vor der Reform nicht.

⁵³⁰ BT-Drucks. 11/4528 S. 89, 171; *Jansen/Sonnenfeld* § 67 FGG Rn. 2.

⁵³¹ *Jansen/Sonnenfeld* § 67 FGG Rn. 27.

III. Vergütung des Verfahrenspflegers

Fraglich ist, ob der Betroffene mittels der Betreuungsverfügung das Ob und Wie der Vergütung des Verfahrenspflegers bestimmen kann. Die Vergütung des Verfahrenspflegers war lange umstritten; erst durch das 2. BtÄndG⁵³² wurde sie in § 67a Abs. 3 S. 2 FGG positiv geregelt. § 67a FGG ist mit der aktuellen Regelung des § 277 FamFG identisch.

Bei einer Bevollmächtigung kann die Vergütung des Verfahrensbevollmächtigten privatrechtlich vereinbart werden.⁵³³ Zu untersuchen ist, ob der Betroffene seinen Wunschverfahrenspfleger unabhängig von den gesetzlichen Vorgaben durch privatautonome Vereinbarung vergüten kann.⁵³⁴

Eine privatautonome Bestimmung der Vergütung wird durch die geltenden gesetzlichen Bestimmungen nicht ausdrücklich untersagt. § 277 Abs. 2 FamFG i.V.m. § 1836 Abs. 1 S. 1 legen fest, dass die Verfahrenspflegschaft grundsätzlich ehrenamtlich und somit unentgeltlich zu führen ist. Nach § 1836 Abs. 2 kann der Betroffene eine angemessene Vergütung nur bewilligen, wenn der Umfang oder die Schwierigkeit der Geschäfte dies rechtfertigen und er nicht mittellos ist.

Nur im Ausnahmefall kann die Verfahrenspflegschaft gem. § 277 Abs. 2 FamFG i.V.m. § 1836 Abs. 1 S. 2 von einem Berufspfleger und dann auch entgeltlich übernommen werden. Dieser erhält nach § 277 Abs. 2 S. 2 FamFG i.V.m. §§ 1 – 3 Abs. 1 und 3 VBVG neben der für ehrenamtlich Tätige gem. § 277 Abs. 1 FamFG i.V.m. § 1835 Abs. 1, 2 gezahlten Aufwandsentschädigung eine Vergütung.⁵³⁵ Gem. § 277 Abs. 5 S. 1, § 168 Abs. 1 FamFG i.V.m. § 1835a erfolgt diese aus dem Betreutenvermögen (Mündelvermögen), bei Mittellosigkeit aus der Staatskasse. Der Staat hat dann gem. § 1836e einen Regressanspruch gegen den Betroffenen.⁵³⁶ Somit zahlt der Betroffene Aufwandsentschädigung und Vergütung des Verfahrenspflegers, soweit vorhanden, aus seinem Vermögen. Das „Ob“ einer Vergütung ist für den Betroffenen daher nicht zwingend festgelegt. Ein Einfluss des Betroffenen kann demzufolge über das gesetzlich zwingende Maß hinaus

⁵³² § 67a FGG wurde eingeführt mit Wirkung zum 01.07.2005, vgl. dazu Fn. 70.

⁵³³ *Bienwald* Verfahrenspflegschaftsrecht Rn. 659. Bei Rechtsanwälten stellt sich dann die Frage der Regulierung durch das BRAG (§ 1 Abs. 2 S. 1 RVO) – so ist eine Abrechnung nach der BRAG untersagt, wenn er Berufsverfahrenspfleger ist (*Krauß* BWNotZ 2006, 35, 37; *Schlöpke* Rpfleger 1993, 435; *Damrau/Zimmermann* § 70b FGG Rn. 5; *Jürgens/Krüger/Marschner/Winterstein* § 70b FGG Rn. 360; *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 70b FGG Rn. 15); siehe § 5 B. Sollte ein Rechtsanwalt jedoch nur privatautonom beauftragt werden, müsste die Abrechnung regulär nach BRAG erfolgen.

⁵³⁴ Str. – so zumindest auch *Epple* BWNotZ 1992, 27, 29 f. in Bezug auf den Betreuer. Kritisch dazu *Bienwald* Verfahrenspflegschaftsrecht Rn. 659, wegen Rückforderungsansprüchen des Vermögensbetreuers.

⁵³⁵ Er erhält jedoch nicht den Betreuervergütungsstundensatz, sondern den (niedrigeren) Vormündervergütungssatz. Tatsächlich aufgewandte Zeit – je nach Ausbildung 19, 50 € – 25, 00 € – 33, 50 € zzgl. Umsatzsteuer und Aufwendungsersatz.

⁵³⁶ *Bienwald* Verfahrenspflegschaftsrecht Rn. 657.

diskutiert werden.⁵³⁷ Die Disponibilität ist aber auf die Fälle der vermögenden Betroffenen einzuschränken.⁵³⁸ Ein mittelloser Betroffener kann nicht eine individuelle höhere Vergütung bestimmen, die dann aus der Staatskasse und somit aus den Steuergeldern aller Bürger entrichtet wird.⁵³⁹ Dies würde eine Verfügung zu Lasten Dritter darstellen. Dies ist wirksam nicht möglich.

Die Vergütungsstruktur des Verfahrenspflegers ist mit der des Betreuers vergleichbar.⁵⁴⁰ Soweit eine Vergütung erfolgt, wird diese in beiden Fällen nach den Regelungen des VBVG gewährt.⁵⁴¹ Daher ist in der Frage der individuellen Vergütungsvereinbarung grundsätzlich auf die dort geführte Diskussion zu verweisen.⁵⁴² Als Unterschied ist zu beachten, dass der Betreuer sein Handeln gem. § 1901 an dem Wunsch und Willen des Betroffenen auszurichten hat.⁵⁴³ Der Verfahrenspfleger ist hingegen nur an die objektiven Interessen des Betroffenen gebunden. Er ist ausdrücklich weder gegenüber dem Betroffenen noch dem Gericht weisungsgebunden.⁵⁴⁴ Dies führt jedoch nicht dazu, dass der Betroffene kein Interesse an der Person und dessen Handeln hat. Als gesetzlicher Vertreter des Betroffenen gelten seine Entscheidungen gem. §§ 164 ff. für und gegen den Betroffenen.⁵⁴⁵ Auf sie, wie auf die grundsätzliche Frage der Bestellung des Verfahrens-

⁵³⁷ Somit ist auch die Vergütung eines ehrenamtlich Tätigen durch einen vermögenden Betreuten disponibel. Dies strikt verneinend: HK-BUR/*Bauer* § 67a FGG Rn. 28.

⁵³⁸ Zum Begriff der Mittellosigkeit vgl. *Staudinger/Bienwald* § 1836d Rn. 2 ff. Das Recht zur Anfechtung der Bestellung eines Verfahrenspflegers gilt daher auch nur für vermögende Betroffene, vgl. etwa LG Lübeck RPfleger 1994, 110, 111.

⁵³⁹ Andeutend OLG Oldenburg FamRZ 2005, 391, 391.

⁵⁴⁰ *Kirch* RPfleger 1992, 379 ff. m.w.N.; kritisch dazu *Rogalla* BtPrax 1993, 146, 149. Jedoch ist zu beachten, dass der Verfahrenspfleger nach §§ 1 – 3 Abs. 1, 3 VBVG (§ 67a Abs. 2 S. 2 FGG) nicht den Betreuervergütungsstundensatz, sondern den (niedrigeren) Vormündervergütungsstundensatz erhält, d.h. konkret die tatsächlich aufgewandte Zeit – je nach Ausbildung 19, 50 – 25, 00 – 33, 50 € zzgl. Umsatzsteuer und Aufwendersatz. Da auf § 3 Abs. 3 VBVG nicht verwiesen wird, kann auf die besondere Schwierigkeit der Sache und bei Vermögen des Mündels (Betroffenen) kein höherer Stundensatz bewilligt werden. Das Gericht kann statt der Stundenabrechnung einen festen Geldbetrag („Individualpauschale“) zubilligen, § 67a Abs. 3 S. 1 FGG. Dabei wird die voraussichtlich notwendige Zeit mit dem Stundensatz multipliziert und der Stundensatz um 3 € erhöht (= Aufwandspauschale, dafür bedarf es keiner Einzelauflistung der Tätigkeit).

⁵⁴¹ So bezieht sich die gesetzgebende Diskussion z.B. auch ausdrücklich auf dieselben Gründe für den Vorrang der ehrenamtlichen vor der berufsmäßigen Betreuung, vgl. nur BT-Drucks. 15/2494 S. 18; *Krauß* BWNotZ 2006, 35, 35, 37.

⁵⁴² Siehe § 5 B.

⁵⁴³ Soweit es mit der Funktion des Verfahrenspflegers vereinbar ist, gelten die allgemein betreuungsrechtlichen Regelungen (*Lipp* S. 114).

⁵⁴⁴ *Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein* Rn. 348; *Lipp* S. 111 f.; *Damrau/Zimmermann* § 67 FGG Rn. 30; als objektiver Beteiligter muss er auch den Richter kontrollieren. V.a. mit Blick auf die zukünftige Bestellung kann dies seiner originären Aufgabe ggf. nicht zuträglich sein, da seine Bestellung alleine im Ermessen des Betreuungsgericht, und damit dem zuständigen Richter steht, vgl. dazu nur *Knieper* JurBüro 1998, 289, 290 f.

⁵⁴⁵ Der Verfahrenspfleger greift in die Rechtssphäre des Betroffenen ein, weshalb er auch zwingend Verfahrensbeteiligter sein muss, vgl. nur *Lipp* S. 111 f.; *Kirsch* RPfleger 1992, 379, 381.

pflegers hat der Betroffene keinen Einfluss.⁵⁴⁶ Wie bereits oben besprochen, vertraut der Betroffene einem Wunschverfahrenspfleger auch in der Wahrnehmung seiner objektiven Interessen leichter, als einem Unbekannten. Die Frage individueller Vergütung ist trotz gesetzlich geregelter Pauschalen mithilfe des Selbstbestimmungsrechts zu beantworten. Dieses erlaubt jedem Einzelnen, sein Vermögen nach subjektiven Kriterien zu verwalten und folglich auch zu verteilen.⁵⁴⁷ Selbst der aufgrund geistiger, körperlicher oder seelischer Behinderung in der Vermögensverwaltung Eingeschränkte und daher Betreute behält diese Grundfreiheit.⁵⁴⁸ Dies kann einem Betroffenen, für den Zeitraum der Prüfung der Notwendigkeit einer Betreuerbestellung erst recht nicht abgesprochen werden. Dies gilt v.a. auch mit Blick auf die uneingeschränkte Verfahrensfähigkeit des Betroffenen gem. § 275 FamFG (§ 66 FGG).

Der privatautonome Einfluss des vermögenden Betroffenen muss über den Mindestsatz der gesetzlich geregelten Vergütung hinaus nach den gesetzlichen Regelungen möglich sein. Der Betroffene kann daher auch einem ehrenamtlichen Verfahrenspfleger eine Vergütung zukommen lassen.⁵⁴⁹

Nach der gesetzlichen Regelung erhalten Betreuungsbehörden für die Verfahrenspflegerbestellung eines Mitarbeiters keine Vergütung und keinen Aufwendungsersatz, vgl. § 277 Abs. 4 S. 3 FamFG.⁵⁵⁰ Werden Mitarbeiter eines Vereins bestellt, stehen dem Verein gem. § 277 Abs. 4 S. 1 FamFG Vergütung und Aufwendungsersatz zu.

Anders das Bundesverfassungsgericht, welches entschied, dass eine Grundrechtsverletzung der Berufsausübungsfreiheit vorliege, wenn einem Betreuungsverein jegliche angemessene Entschädigung für die Wahrnehmung einer Verfahrenspflegschaft durch einen Mitarbeiter vorenthalten werde, der bei ihm beschäftigt wird, um Betreuungen und Pfllegschaften auf Grund gerichtlicher Bestellung zu übernehmen.⁵⁵¹ Der Bundesgerichtshof hat sich dieser Überlegung für die Tätigkeit eines Vereinsmitglieds als Pfleger in analoger Anwendung § 67a Abs. 4 FGG angeschlossen und die fehlende gesetzliche Normierung als planwidrige Regelungslücke bewertet.⁵⁵²

Diese Regelungen sind jedoch als zwingend anzusehen, weil die Zahlung von Aufwendungsersatz und Vergütung der Verfahrenspfleger gem. § 277 Abs. 5 FamFG stets aus der Staatskasse erfolgt, so dass der Betroffene darauf keinen

⁵⁴⁶ Vgl. § 4 B. I. und *Bienwald*, Verfahrenspflegschaftsrecht Rn. 71 ff.

⁵⁴⁷ Vgl. Ausführungen in § 2 C.

⁵⁴⁸ Vgl. nur *Lipp* S. 161.

⁵⁴⁹ Allein der fehlende Verweis auf § 1836 Abs. 2 rechtfertigt hier keine Beschränkung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen, so aber *Krauß* BWNNotZ 2006, 35, 37.

⁵⁵⁰ Ebenso: *Müller* ZKJ 2007, 449; anders: BVerfG FamRZ 2000, 414 f. und BGH NJW-RR 2007, 937, 938; anders, jedoch eher die Frage der Vergütung eines Vereins beurteilend: OLG Brandenburg FamRZ 2003, 882, 883.

⁵⁵¹ BVerfG FamRZ 2000, 414 f.

⁵⁵² BGH NJW-RR 2007, 937, 938.

Einfluss nehmen kann. Werden hingegen Mitarbeiter eines Betreuungsvereins bestellt, die gem. § 277 Abs. 4 S. 1 FamFG eine Vergütung abrechnen können, müsste die Einflussnahme durch den Betroffenen nach oben gesagtem möglich sein.

C. Anhörung des Betroffenen gem. § 278 FamFG

Fraglich ist, inwieweit die Ausgestaltung der Anhörung eine Einflussnahme des Betroffenen gewährt. Zu untersuchen ist, ob er den Ort der Anhörung sowie die Auswahl der anwesenden Personen für das Gericht verbindlich festlegen, bzw. die Anhörung verhindern kann.

I. Unterbinden einer Anhörung

„Das Gericht hat den Betroffenen vor der Bestellung eines Betreuers [...] persönlich anzuhören. Es hat sich einen persönlichen Eindruck von dem Betroffenen zu verschaffen.“ vgl. § 278 Abs. 1 S. 1 und 2 FamFG. Die Regelung entspricht inhaltlich dem früher geltenden § 68 FGG. Gem. § 278 Abs. 4 i.V.m. § 34 Abs. 2 FamFG kann das Gericht von der persönlichen Anhörung in zwei Fällen absehen.⁵⁵³ Die erste Ausnahme liegt vor, wenn nach ärztlichem Gutachten von der Anhörung erhebliche Nachteile für die Gesundheit des Betroffenen zu besorgen sind. In diesem Fall ist das Gericht jedoch nicht von der Verpflichtung entbunden, sich einen unmittelbaren Eindruck von dem Betroffenen zu verschaffen. Aus § 26 FamFG (§ 12 FGG) folgt seine Pflicht, die zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen erforderlichen Ermittlungen durchzuführen.⁵⁵⁴ Die durch die Anhörung zu befürchtenden Nachteile müssen erheblich sein.⁵⁵⁵ Können gesundheitliche Gefahren durch Medikamente vermieden werden, müssen diese eingesetzt werden. Es muss sich um ein ärztliches Gutachten handeln, aufgrund dessen von der Anhörung abgesehen wird.⁵⁵⁶ An das Gutachten ist der Richter nicht gebunden, er muss selber entscheiden, ob eine Anhörung möglich ist.⁵⁵⁷

Die zweite Ausnahme von der persönlichen Anhörung ist dann gegeben, wenn der Betroffene offensichtlich nicht in der Lage ist, seinen Willen kundzutun.⁵⁵⁸

⁵⁵³ Vereinzelt wird überlegt, ob der unmittelbare Eindruck ein Teil der Anhörung ist, vgl. *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 68 FGG Rn. 14.

⁵⁵⁴ *Zöller/Feskorn* § 26 FamFG Rn. 6; *Damrau/Zimmermann* § 68 FGG Rn. 37.

⁵⁵⁵ Die ernstliche Gesundheitsgefahr muss bestehen, sie ist bei schwerwiegenden, irreversiblen oder lebensgefährlichen Schäden gegeben (siehe mit Beispielen und jeweiligen Nachweisen bei *Damrau/Zimmermann* § 68 FGG Rn. 38).

⁵⁵⁶ Genauen Anforderungen sind unklar, näher: *Damrau/Zimmermann* § 68 FGG Rn. 39 ff.

⁵⁵⁷ *Damrau/Zimmermann* § 68 FGG Rn. 40.

⁵⁵⁸ Nach der früheren Regelung in § 68 Abs. 2 Nr. 2 FGG musste diese Verständigungsunfähigkeit „nach unmittelbarem Eindruck des Gerichts“ von diesem selbst festgestellt werden. Dieser Passus, der die Pflicht des Gerichts noch erhöhte, ist in der geltenden Fassung des § 34 Abs. 2 FamFG nicht mehr enthalten.

Eine Anhörung scheidet also aus, wenn der Betroffene nicht mehr in der Lage ist, Fragen zu beantworten oder zu stellen und keine zusammenhängende Sätze mehr bilden kann.⁵⁵⁹

Das Gesetz enthält nur diese zwei Ausnahmen. Diese ermöglichen das Absehen von der Anhörung, verbieten diese jedoch nicht. Die Ausnahmen sind eng gefasst.⁵⁶⁰ Folglich muss in fast allen Fällen eine Anhörung zwingend vorgenommen werden. Nur so kann das gesetzgeberische Ziel, einen nahen Kontakt zwischen Betroffenen und Gericht zu schaffen, verwirklicht werden.⁵⁶¹

Die Anhörung nach § 278 FamFG (§ 68 FGG) soll dem Betroffenen als spezielle Ausprägung von Art. 103 Abs. 2 GG rechtliches Gehör einerseits gewähren und stellt andererseits eine besonders intensive Art der bindend vorgeschriebenen Sachaufklärung gem. § 26 FamFG (§ 12 FGG) dar.⁵⁶² Die Anhörung in der jetzigen Form wurde erst durch das Betreuungsgericht eingeführt.⁵⁶³ Sie soll zu einer starken persönlichen Beziehung zwischen dem Gericht und dem Betroffenen und zu einer optimalen Aufklärung aller entscheidungserheblichen Umstände führen.⁵⁶⁴ In der Anhörung ist v.a. zwingend die Frage zu erörtern, wer Betreuer werden soll⁵⁶⁵ und ob es eines Verfahrenspflegers bedarf.⁵⁶⁶

Die Anhörung ist folglich in jedem Fall zwingend und grundsätzlich von dem zuständigen Gericht durchzuführen.⁵⁶⁷ Sie ist vom erkennenden Richter durchzuführen, vgl. § 278 FamFG (§ 68 Abs. 1 S. 4 und 5 FGG).⁵⁶⁸ In dieses System ist die unter engen Voraussetzungen gefasste Möglichkeit der Amtshilfe nach § 278 Abs. 3 FamFG (§ 68 Abs. 1 S. 4 und 5 FGG) einzuordnen.⁵⁶⁹ Nur in diesem Aus-

⁵⁵⁹ *Damrau/Zimmermann* § 68 FGG Rn. 43.

⁵⁶⁰ *Peters* S. 89; BT-Drucks. 11/4528 S. 90.

⁵⁶¹ *Peters* S. 89; BT-Drucks. 11/4528 S. 172.

⁵⁶² *Zimmermann* FamRZ 1991, 270, 272; *Holzhauser/Reinicke* § 68 FGG Rn. 1.

⁵⁶³ Nach früherem Recht war eine solche nicht vorgesehen, de lege lata besteht die Anhörung nach § 68 Abs. 1 FGG erst mit Einführung BtG.

⁵⁶⁴ BT-Drucks. 11/4528 S. 172; *Damrau/Zimmermann* § 68 FGG Rn. 23; BVerfG NJW 1990, 2309, 2310.

⁵⁶⁵ LG Duisburg FamRZ 2006, 146, 147; *Dodegge* NJW 2006, 2670, 2671.

⁵⁶⁶ *Zimmermann* FamRZ 1991, 270, 272.

⁵⁶⁷ KG FamRZ 1995, 1379; OLG Stuttgart FamRZ 1993, 1365.

⁵⁶⁸ Nach der Regelung des FGG konnte die Anhörung mit dem sog. Schlussgespräch, der Erörterung gem. § 68 Abs. 5 S. 2 FGG zusammengelegt werden, soweit dies sachdienlich und im Interesse des Betroffenen war (BT-Drucks. 11/4528 S. 173). Auch vom Schlussgespräch konnte nur in den besonderen Ausnahmefällen des § 68 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 FGG abgewichen werden (*Peters* S. 89). Das Gespräch war als Teil der Anhörung zu verstehen; beides sollte der Stärkung der verfahrensrechtlichen Rolle des betroffenen Personenkreises dienen. Mit Einführung des FamFG ist es weggefallen. Nach den Regelungen des FGG, hätten für die Anhörung und das Schlussgespräch dieselben Bedingungen gelten sollen (*Peters* S. 89; *Jürgens/Krüger/-Marschner/Winterstein* Rn. 372 f.).

⁵⁶⁹ Nur im Ausnahmefall ist sie von einem ersuchenden Richter durchzuführen: BayObLG FamRZ 1993, 1225, 1226; BayObLG FamRZ 1993, 450; *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* Vorbem. v. §§ 65 ff. FGG Rn. 19 f.; *Damrau/Zimmermann* § 68 FGG Rn. 30; *Zimmermann* FamRZ 1991, 270, 272.

nahmefall ist von der Anhörung abzusehen.⁵⁷⁰ Unterbleibt die Anhörung, ist zwingend ein Verfahrenspfleger zu bestellen.⁵⁷¹ Weigert sich der Betroffene, kann er vorgeführt werden, vgl. § 278 Abs. 5 FamFG (§ 68 Abs. 3 FGG). Ein Einfluss durch den Betroffenenwillen auf das „Ob“ der Anhörung ist daher nicht möglich. Die gesetzlichen Regeln sind ihrem Wortlaut und dem Sinn des Gesetzgebers nach zwingend und abschließend. Der Betroffene kann sich – zu seinem Schutz – einer Anhörung nicht entziehen.

II. Anhörungsort gem. § 278 Abs. 1 FamFG

§ 278 Abs. 1 S. 2 und 3 FamFG (§ 68 Abs. 1 S. 2 FGG) regelt, dass sich das Gericht von dem Betroffenen einen persönlichen Eindruck zu verschaffen hat. „*Die- sen persönlichen Eindruck soll sich das Gericht in dessen üblicher Umgebung verschaffen, wenn es der Betroffene verlangt oder wenn es der Sachaufklärung dient und der Betroffene nicht wider- spricht.*“ Demnach sieht das Gesetz ausdrücklich eine Einflussnahme des Betroffe- nen bei der Wahl des Ortes vor, an dem sich das Gericht von ihm einen persönli- chen Eindruck verschaffen soll. Nach der Regelung des früheren § 68 Abs. 1 FGG hatte sich das Gericht den Betroffenen persönlich anzuhören und sich einen unmittelbaren Eindruck zu verschaffen. Die Änderung des Gesetzestextes soll nach der Gesetzesbegründung sprachlicher Art sein.⁵⁷² Eine inhaltlich von der früheren Regelung des § 68 FGG abweichende Auslegung ist daher nicht vorzu- nehmen.

Weil die unmittelbare oder persönliche Eindrucksverschaffung grundsätzlich im Rahmen der Anhörung geschieht,⁵⁷³ ist die Einflussnahme des Betroffenen auf den Ort der Anhörung ebenfalls anzunehmen.⁵⁷⁴ Umstritten ist, ob dieses Verlan- gen des Betroffenen verbindlich ist.⁵⁷⁵ Nach einer Meinung ist dies gegeben, weil es das grundsätzliche Ziel des Betreuungsrechts widerspiegelt, den Betroffenen in das Verfahren besser einzubinden. Dies sollte mit verbindlichen Vorschlägen des Betroffenen am ehesten möglich sein. Auch würde dies der materiellrechtlichen Wunschbefolgungspflicht des § 1901 Abs. 3 S. 1 entsprechen und dem Selbstbe- stimmungsrecht des Betroffenen gerecht werden. Dies ist besonders zu beachten, da es in diesem Zeitpunkt des Verfahrens gerade um die Feststellung der Betreu- ungsbedürftigkeit geht.

⁵⁷⁰ Zimmermann FamRZ 1991, 270, 273; BT-Drucks. 11/4528 S. 172.

⁵⁷¹ Zimmermann FamRZ 1991, 270, 273.

⁵⁷² BT-Drucks. 16/6308 S. 267.

⁵⁷³ Jansen/Sonnenfeld § 68 FGG Rn. 30; Zumindest gilt dies lt. Damrau/Zimmermann § 68 FGG Rn. 5 für die Praxis; Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann § 68 FGG Rn. 5.

⁵⁷⁴ Andeutungsweise so auch Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann § 68 FGG Rn. 16 und Schwab. Nach seinem Verständnis erfolgt die Anhörung grundsätzlich im Gericht, wenn der Betroffene dies aber verlangt, es der Sachaufklärung dient und der Betroffene nicht widerspricht, in dessen unmittelbarer Umgebung (MünchKommBGB/Schwab § 1896 Rn. 160).

⁵⁷⁵ Einen Ermessensspielraum annehmend: OLG Düsseldorf FamRZ 1996, 1373.

Nach anderer Meinung kommt die Anhörung in der gewünschten Umgebung nur in Betracht, wenn dies dem Gericht zweckmäßig erscheint.⁵⁷⁶ Letztlich ist die im Regierungsentwurf vorgesehene Milieuanhörung nicht zu Gesetz geworden, die Anhörung demnach grundsätzlich im Gericht durchzuführen.⁵⁷⁷ Nach ganz überwiegender Meinung ist die Anhörung vom Verschaffen des unmittelbaren bzw. persönlichen Eindrucks zu unterscheiden. Die Verschaffung des unmittelbaren Eindrucks ist zwingend,⁵⁷⁸ kann allerdings – im Gegensatz zur Anhörung, welche nur mündlich stattfinden kann⁵⁷⁹ – auch ohne Worte erfolgen⁵⁸⁰. Ist der Betroffene nicht mehr mobil, finden Eindrucksverschaffung und Anhörung zwangsläufig in der unmittelbaren Umgebung des Betroffenen statt, der sich zu meist an einem selbstbestimmten Ort befindet. § 278 Abs. 1 S. 3 (§ 68 Abs. 1 S. 2 FGG) ist eine *Soll*-Vorschrift. Demnach ist der Ortsvorschlag des Betroffenen nicht zwingend, ihm ist jedoch grundsätzlich zu folgen. S. 3 eröffnet kein freies Ermessen, sondern erlaubt nur begründete Ausnahmen.⁵⁸¹

Die unmittelbare Eindrucksverschaffung ist zwingender Verfahrensteil.⁵⁸² Sie soll das rechtliche Gehör über die grundsätzlich durchzuführende Anhörung hinaus umsetzen und gleichzeitig zur Wahrung der Intimsphäre des Betroffenen dienen, die ihre Grundlage in Art. 13 GG findet. Durch die unmittelbare bzw. persönliche Eindrucksverschaffung über das Leben des Betroffenen in seiner natürlichen Umgebung wird auf seine Interessen umfassend Rücksicht genommen. Daher kann sie bei einem Widerspruch des Betroffenen gem. § 278 Abs. 1 S. 3 FamFG (§ 68 Abs. 2 S. 2 FGG) auf keinen Fall⁵⁸³ in seiner üblichen Umgebung erfolgen.⁵⁸⁴ Dies gilt auch dann, wenn es nach Meinung des Gerichts der Sachaufklärung dient.⁵⁸⁵

Ein verbindlicher Vorschlag würde dem Gericht keinen Entscheidungsspielraum lassen.⁵⁸⁶ Zum einen ist dieser nach der gesetzlichen Formulierung nicht gewollt, zum anderen aber auch nicht zweckmäßig. Nicht in jedem Fall ist die

⁵⁷⁶ *Damrau/Zimmermann* § 68 FGG Rn. 9; *Holzhauser/Reinicke* § 68 FGG Rn. 4.

⁵⁷⁷ Vgl. *BtG-DiskE* S. 170 ff.; *BT-Drucks.* 11/4528 S. 172; *MünchKommBGB/Schwab* § 1896 Rn. 160.

⁵⁷⁸ *Jansen/Sonnenfeld* § 68 FGG Rn. 30; *Biennwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 68 FGG Rn. 5.

⁵⁷⁹ *Dodegge/Roth A.* Rn. 139; *Jansen/Sonnenfeld* § 68 FGG Rn. 18.

⁵⁸⁰ *Jansen/Sonnenfeld* § 68 FGG Rn. 30.

⁵⁸¹ *Jansen/Sonnenfeld* § 68 FGG Rn. 34 und damit einen gewissen Spielraum, vgl. *OLG Düsseldorf FamRZ* 1996, 1373; *Knittel* § 68 FGG Rn. 6; *Keidel/Kuntze/Winkler/Kayser* § 68 FGG Rn. 7; *MünchKommZPO/Schmidt-Recla* § 278 FamFG Rn. 10 spricht von pflichtgemäßem Ermessen.

⁵⁸² *HK-BUR/Bauer* § 68 FGG Rn. 42.

⁵⁸³ *Jansen/Sonnenfeld* § 68 FGG Rn. 35.

⁵⁸⁴ Verbindlichkeit kann zudem aus Missbrauchsgründen nicht angenommen werden (*Damrau/Zimmermann* § 68 FGG Rn. 9). Eine Missbrauchsgefahr erkennt nicht: *HK-BUR/Bauer* § 68 FGG Rn. 66.

⁵⁸⁵ Einhellige Meinung, vgl. nur *Zimmermann FamRZ* 1991, 270, 272; *Keidel/Kuntze/Winkler/Kayser* § 68 FGG Rn. 7; *BT-Drucks.* 11/4528 S. 172.

⁵⁸⁶ Dieser wird in diesem Fall aber als notwendig angesehen (*Keidel/Kuntze/Winkler/Kayser* § 68 FGG Rn. 7).

Anhörung, bzw. die unmittelbare Eindrucksgewinnung an dem vom Betroffenen gewünschten Ort notwendig. Auch mit Blick auf die entstehenden Kosten für einen außergerichtlichen Anhörungstermin wäre die Annahme der Verbindlichkeit des Betroffenenvorschlags nicht immer verhältnismäßig. Demnach kann der Betroffene zwar Vorschläge für den Ort der Anhörung äußern, diese sind für das Gericht jedoch nicht verbindlich.⁵⁸⁷ Dieses hat sich vielmehr unter dem Aspekt der Zweckmäßig- und Verhältnismäßigkeit zur unmittelbaren bzw. persönlichen Eindrucksermittlung an diesem Wunsch zu orientieren und kann ihm demnach entsprechen bzw. ausschlagen und dennoch eine Anhörung und unmittelbare bzw. persönliche Eindruckverschaffung im Gericht anordnen. Nur die Orientierung am Wunsch des Betroffenen ist für das Gericht zwingend.⁵⁸⁸

III. Hinzuziehung von Vertrauenspersonen und Ausschluss Dritter von der Anhörung gem. §§ 278 f. FamFG

1. Hinzuziehung von Vertrauenspersonen

Die neue Regelung des § 278 FamFG zur Anhörung des Betroffenen enthält keine Angaben über die gleichzeitige Anwesenheit Dritter. Die Vorgängerregelung § 68 FGG regelte in Abs. 4 S. 2 und 3: „Auf Verlangen des Betroffenen ist einer Person seines Vertrauens die Anwesenheit zu gestatten. Anderen Personen kann das Gericht die Anwesenheit gestatten, jedoch nicht gegen den Willen des Betroffenen.“ Ausschließlich auf Wunsch des Betroffenen sollten Personen seines Vertrauens in die Anhörung einzubeziehen sein. Die Regelung wurde in das FamFG nicht aufgenommen. Dafür wurde § 170 GVG um folgende Sätze ergänzt: „Das Gericht kann die Öffentlichkeit zulassen, jedoch nicht gegen den Willen eines Beteiligten. In Betreuungs- und Unterbringungssachen ist auf Verlangen des Betroffenen einer Person seines Vertrauens die Anwesenheit zu gestatten.“

§ 68 Abs. 4 FGG wurde zum Schutz des Betroffenen in das Gesetz aufgenommen, sollte die Rechte des Betroffenen im Verfahren stärken und eine Vertraulichkeit des Verfahrens herbeiführen.⁵⁸⁹ Aus denselben Motiven wurde § 170 GVG geändert.⁵⁹⁰ Die Anwesenheit der Vertrauensperson war nach dem Wortlaut von § 68 FGG bei entsprechendem Wunsch des Betroffenen zwingend erforderlich. Diese Auslegung fand bis zur Reform des FGG breite Zustimmung. Dem Gericht stand demnach kein Ermessen zu: Nannte der Betroffene eine Vertrau-

⁵⁸⁷ Ähnlich auch die Begründung der jetzigen Regelung, vgl. BT-Drucks. 11/4528 S. 214.

⁵⁸⁸ So im Ergebnis auch Holzhauser/Reinicke § 68 FGG Rn. 4; HK-BUR/Bauer § 68 FGG Rn. 68. Anderer Ansicht sind: Damrau/Zimmermann § 68 FGG Rn. 7 ff.; Keidel/Kuntze/Winkler § 68 FGG Rn. 7; Zimmermann FamRZ 1991, 270, 273.

⁵⁸⁹ BT-Drucks. 11/4528 S. 172 f. und S. 89 f. (schon im ursprünglichen Entwurf); Dodegge/Roth A. Rn. 148.

⁵⁹⁰ Die Gesetzesbegründung stellt dabei auf die Abwägung der Wahrung der Öffentlichkeit im Verfahren als Rechtsstaatsprinzip gegenüber dem Schutz der Privatsphäre des Einzelnen ab, vgl. BT-Drucks. 16/6308 S. 320.

ensperson, die bei der Anhörung anwesend sein sollte, war das Gericht an diesen Wunsch gebunden.⁵⁹¹ Da § 170 S. 3 GVG dem § 68 Abs. 4 S. 2 FGG entsprechen soll,⁵⁹² sollte dafür Gleiches gelten.

Nach der Gesetzesbegründung ist die Regelung über die Anwesenheit Dritter als Ausnahme von der Nichtöffentlichkeit systematisch im GVG anzuordnen.⁵⁹³ Diese Einschätzung ist zur übrigen Einordnung der Regelungen über die Anwesenheit Dritter bei der Anhörung unsystematisch. Nach der gesetzlichen Begründung ist die Regelung des § 68 Abs. 4 S. 2 FGG entbehrlich, da der Betroffene gem. § 12 FamFG/ § 13 FGG „*jederzeit mit einer ihm vertrauten Person als Beistand erscheinen*“ kann.⁵⁹⁴ Gegenüber der Regelung des FGG ist dies eine Einschränkung,⁵⁹⁵ da Beistand i.S.v. § 12 FamFG nur sein kann, wer im Verfahren, in dem die Beteiligten das Verfahren selbst betreiben können, als Bevollmächtigter zur Vertretung befugt ist. Dies beschränkt sich auf die in § 10 Abs. 2 FamFG genannten Personen.⁵⁹⁶ Da es sich bei der Anwesenheit von Dritten, nach dem Wunsch des Betroffenen gerade nicht um Bevollmächtigte i.S.v. § 10 FamFG handelt, ermöglicht § 12 FamFG nicht die Hinzuziehung jedweder Vertrauensperson auf Wunsch des Betroffenen mittels der Betreuungsverfügung.

Nach § 68a S. 4 FGG sollte auf Verlangen des Betroffenen eine, dem Betroffenen nahe stehende Person nicht nur anwesend sein, sondern auch die Möglichkeit zur Äußerung gegenüber dem Gericht haben. Das Verlangen stand unter dem Vorbehalt, dass die Äußerung „*ohne erhebliche Verzögerung möglich ist.*“ § 279 Abs. 3 FamFG entspricht § 68a S. 4 FGG, wurde im Wortlaut jedoch insofern geändert, dass die Person nunmehr „*anzuhören*“⁵⁹⁷ ist. Diese Änderung soll redaktioneller Art sein⁵⁹⁸ und daher inhaltlich ohne Auswirkung. Diese Regelung könnte die für das Gericht obligatorische Hinzuziehung eines Dritten auf Wunsch des Betroffenen bei seiner Anhörung durch seine Betreuungsverfügung ermöglichen. Auch durch § 68a FGG sollte eine Stärkung der Betroffenenrechte bewirkt werden.⁵⁹⁹ Die Norm diene zur Konkretisierung von § 12 FGG, dem jetzigen § 26 FamFG und nach einer Meinung allein der Sachaufklärung⁶⁰⁰ nach anderer Meinung dem recht-

⁵⁹¹ Zimmermann FamRZ 1991, 270, 272; Epple BtPrax 1993, 156, 159.

⁵⁹² BT-Drucks. 11/6308 S. 320.

⁵⁹³ BT-Drucks. 11/6308 S. 267.

⁵⁹⁴ BT-Drucks. 16/6308 S. 267.

⁵⁹⁵ MünchKommZPO/Schmidt-Recla § 278 FamFG Rn. 20.

⁵⁹⁶ Zimmermann FamFG Rn. 50 f.

⁵⁹⁷ In § 68a S. 3 FGG hieß es: „*Auf Verlangen [...] ist einer ihm nahe stehenden Person [...] Gelegenheit zur Äußerung zu geben.*“

⁵⁹⁸ BT-Drucks. 11/6308 S. 267.

⁵⁹⁹ BT-Drucks. 11/4528 S. 174; als reine Sachaufklärungsnorm verstehen sie Zimmermann FamRZ 1990, 1308, 1311 und Keidel/Kuntze/Winkler/Kayser § 68 FGG Rn. 1. Sie begründet keine formelle Beteiligung (Bassenge/Roth § 68a FGG Rn. 4).

⁶⁰⁰ Keidel/Kuntze/Winkler/Kayser § 68 FGG Rn. 1: Demnach konkurriere § 68a FGG mit § 12 FGG. Diese Einschätzung erscheint fraglich, weil § 68a FGG den Kreis der anzuhörenden Personen weit umschreibt. Bei dieser Auslegung fällt wohl jede Person unter einen der in

lichem Gehör Dritter.⁶⁰¹ Nach der Gesetzesbegründung wurde die Verzögerungsgrenze aufgenommen, um die Äußerungsmöglichkeit der Vertrauensperson nicht zu einem Instrument werden zu lassen, das die Verfahrensdurchführung durch den Betroffenen mit der Absicht der Verhinderung unmöglich macht.⁶⁰² Daher war und ist daraus nicht die Unverbindlichkeit des Betroffenenwunsches zu folgern. Vielmehr ist der ausdrückliche Wunsch entsprechend § 1901 Abs. 2 und 3 verbindlich, soweit und solange er nicht zur tatsächlichen Blockade des Verfahrens führt.⁶⁰³ Gleiches muss für die Frage der Anzahl der zu nennenden Vertrauenspersonen⁶⁰⁴ gelten: solange die Anhörung der vom Betroffenen gewünschten Vertrauenspersonen vom Gericht ohne erhebliche Verzögerung möglich ist, ist dieser Betroffenenwunsch verbindlich. So war nach überwiegender Meinung vom Gericht die Beziehung des Betroffenen zu der genannten Vertrauensperson nicht zu prüfen, hier ging es allein darum, dass der Betroffene sie benannt hatte.⁶⁰⁵ Bei der Betroffenenäußerung nach der ersten Anhörung hatte das Gericht zu überlegen, eine zweite Anhörung durchzuführen.⁶⁰⁶ Rein organisatorische Probleme, wie die Ermittlung der Anschrift der Vertrauensperson lassen den Wunsch des Betroffenen nicht unverbindlich werden.⁶⁰⁷ Die Hinzuziehung Dritter zur Anhörung des Betroffenen ist auf seinen Wunsch hin daher gemäß § 279 Abs. 3 FamFG in der Grenze der erheblichen Verzögerung möglich.

Nach § 279 Abs. 1 FamFG hat das Gericht die sonstigen Beteiligten vor der Bestellung eines Betreuers anzuhören. Die sonstigen Beteiligten sind nach der gesetzlichen Systematik und Begründung alle in § 274 FamFG Genannten.⁶⁰⁸ Nach § 279 Abs. 4 FamFG ist bei der Bestellung des Betreuers auch die Person

§ 68a FGG genannten Gruppen. Zur entsprechenden Regelung im FamFG: MünchKommZPO/*Schmidt-Recla* § 279 FamFG Rn. 2.

⁶⁰¹ Wenn es der Betroffene verlangt, erwächst z.B. ein Recht auf Äußerung der Betreuungsbehörde nach *Bumiller/Winkler* § 68a FGG Rn. 1.

⁶⁰² *Jürgens/Krüger/Marschner/Winterstein* Rn. 402; *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 68a FGG Rn. 22 ff.; *Damrau/Zimmermann* § 68a FGG Rn. 17.

⁶⁰³ *Damrau/Zimmermann* § 68a FGG Rn. 17; MünchKommBGB/*Schwab* § 1896 Rn. 183; *Zimmermann* FamRZ 1991, 270, 273, 274. Als erhebliche Verzögerung wird dabei der unbekannte Aufenthalt einer Person oder die Abwesenheit aufgrund einer längeren Reise angesehen (*Jürgens/Krüger/Marschner/Winterstein* Rn. 402). *Bienwald* definiert den Begriff relativ eng (*Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 68a FGG Rn. 25): Das Verlangen brauche dann nicht erfüllt zu werden, wenn ein weiterer Termin nötig werden würde, obwohl keine weiteren Hindernisse erkennbar seien, die Sache jetzt zu entscheiden.

⁶⁰⁴ MünchKommZPO/*Schmidt-Recla* § 278 FamFG Rn. 13; HK-BUR/Bauer § 68a FGG Rn. 62.

⁶⁰⁵ HK-BUR/Bauer § 68a FGG Rn. 61. Eine Hinzuziehung kann aus welchen Gründen auch immer geschehen (*Dodegge/Roth* A. Rn. 148).

⁶⁰⁶ Wenn der Betroffene dies wünscht: *Dodegge/Roth* A. Rn. 148; anders: *Damrau/Zimmermann* § 68 FGG Rn. 53.

⁶⁰⁷ Eine erhebliche Verzögerung kann man im Gegensatz zum streitigen Verfahren daher nicht schon dann annehmen, wenn wegen der Erfüllung dieses Verlangens ein weiterer Termin anberaumt werden muss.

⁶⁰⁸ BT-Drucks. 16/6308 S. 267; MünchKommZPO/*Schmidt-Recla* § 278 FamFG Rn. 5.

seines Vertrauens Beteiligte im Verfahren. Die Anhörung des Betroffenen ist Teil der Betreuerbestellung. Die Hinzuziehung von Dritten nach § 274 Abs. 4 FamFG soll nur erfolgen können, wenn sie im Interesse des Betroffenen erfolgt. Das Interesse des Betroffenen ist nach den Grundsätzen des Betreuungsrechts subjektiv zu bewerten. Ein objektiver Maßstab stünde im Widerspruch zu § 1901 Abs. 2 und 3, der auch im Betreuungsverfahren gilt, sowie den Grundsätzen des Betreuungsrechts, die allein den Betroffenen und seine Interessen in den Mittelpunkt stellen.⁶⁰⁹ Es kommt bei § 274 Abs. 4 FamFG daher allein auf den Willen des Betroffenen an.⁶¹⁰ Ist dieser für das Vormundschaftsgericht verbindlich, steht dem Gericht auch kein Ermessen zu. Danach greift nicht mehr die in § 279 Abs. 3 FamFG formulierte Grenze der erheblichen Verzögerung. Vielmehr ist dem Wunsch des Betroffenen nachzukommen und der Dritte zur Anhörung des Betroffenen hinzuziehen. Eine Grenze ist wie bei der Betreuerbestellung⁶¹¹ da zu ziehen, wo die Hinzuziehung Dritter auf Betroffenenwunsch die Anhörung des Betroffenen unmöglich macht.

Die umstrittene Frage, ob der Betroffene bei fehlender (vorliegender) Äußerung auf diese Möglichkeit hingewiesen werden muss,⁶¹² kann vorliegend unbehandelt bleiben. Ein diesbezüglich in der Betreuungsverfügung enthaltener Wunsch des Betroffenen wurde geäußert und ist für das Gericht verbindlich.

2. *Ausschluss Dritter*

Gegen den Willen des Betroffenen konnten nach § 68 FGG nur der Sachverständige und der Verfahrenspfleger an der Anhörung teilnehmen.⁶¹³ Der Widerspruch des Betroffenen gegen die Anhörung Dritter hatte gegenüber dem Verlangen des Verfahrenspflegers und/oder des Bevollmächtigten Vorrang, weil seine Intimsphäre zu schützen war.⁶¹⁴ Nach dem ersatzlos weggefallenen § 68 Abs. 4 S. 1 FGG darf nach § 278 FamFG bei der Anhörung des Betroffenen nicht mal der Sachverständige anwesend sein. Eine Regelung für den Fall des Widerspruchs durch den Betroffenen bedarf es nach der Gesetzgebung nicht mehr, da nach § 274 Abs. 4 FamFG schon die Person nicht zu beteiligen ist, deren Beteiligung nicht im – wie ausgeführten – subjektiven Interesse des Betroffenen liegt.⁶¹⁵ Eine Beteiligung Dritter gegen den Willen des Betroffenen ist daher entgegen der gesetzlichen Begründung aber auch dann nicht möglich, wenn „*der subjektive Wille des Betroffenen seinen objektiven Interessen zuwider läuft und [...] keine erheblichen Gründe vor-*

⁶⁰⁹ MünchKommZPO/Schmidt-Recla § 278 FamFG Rn. 13.

⁶¹⁰ MünchKommZPO/Schmidt-Recla § 279 FamFG Rn. 4.

⁶¹¹ Vgl. § 3 A. II.: Die Ablehnung einer Person bezieht sich nicht auf den individuellen Betreuer sondern die Betreuung insgesamt.

⁶¹² Verneinend: Bassenge/Roth § 68a FGG Rn. 4; ausführlich zum Streitstand: Bienniald/Sonnenfeld/Hoffmann § 68a FGG Rn. 11 ff.

⁶¹³ Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein Rn. 296, 297; BT- Drucks.: 11/4528 S. 89.

⁶¹⁴ Bassenge/Roth § 68a FGG Rn. 14.

⁶¹⁵ BT-Drucks. 16/6308 S. 267.

liegen, die gegen die *Hinzuziehung der Verwandten sprechen*.⁶¹⁶ § 170 S. 2 GVG stützt diese Meinung, wonach das Gericht bei entsprechendem Willen des Betroffenen die Öffentlichkeit ausschließen muss. Somit muss auch derjenige von der Anhörung ausgeschlossen werden, dessen Anwesenheit der Betroffene ausdrücklich nicht wünscht.⁶¹⁷ Wünscht der Betroffene mittels der Betreuungsverfügung, dass bestimmte Personen bei seiner Anhörung nicht anwesend sind, ist dieser Wunsch für das Betreuungsgericht verbindlich.

IV. Anhörung von Vertrauenspersonen und Ausschluss der Anhörung Dritter gem. §§ 278, 274 FamFG

§ 279 FamFG regelt die Anhörung der sonstigen Beteiligten, der Betreuungsbehörde und des gesetzlichen Vertreters vor der Betreuerbestellung. Die Norm soll den Grundzügen des § 68a FGG entsprechen.⁶¹⁸ Nach § 278 Abs. 1 FamFG hat das Gericht die sonstigen Beteiligten, also diejenigen, die kraft Gesetz oder durch Hinzuziehung Beteiligte sind,⁶¹⁹ anzuhören. Nach der Gesetzesformulierung hat das Gericht in dieser Frage kein Ermessen. In § 274 FamFG sind die Beteiligten des Betreuungsverfahrens positiv genannt. Der bislang in § 68a S. 3 FGG geregelte Widerspruch des Betroffenen wurde nicht aufgenommen. Nach der Gesetzesbegründung ist dieser nicht mehr nötig, da in § 274 Abs. 4 Nr. 1 FamFG nur die Verwandten beteiligt werden können, deren Beteiligung im Interesse des Betroffenen steht.⁶²⁰ Danach kann im Interesse des Betroffenen auch jede Person seines Vertrauens beteiligt, bzw. angehört werden. Sein Widerspruch muss hingegen als Grund für fehlendes Interesse gewertet werden. Denn die in § 274 Abs. 4 Nr. 1 FamFG Genannten werden nur dann beteiligt und somit zu Beteiligten i.S.v. § 279 Abs. 1 FamFG, wenn dem der Betroffene nicht mit erheblichen Gründen widerspricht.⁶²¹ Dies ergibt sich nicht aus dem Wortlaut, soll aber nach der Gesetzesbegründung als Maßstab des § 68a S. 3 FGG auch für § 279 Abs. 4 FamFG gelten.

Als zwingende Norm kann der Betroffene die Anhörung der Beteiligten gem. § 279 FamFG nicht verhindern. Die Hinzuziehung Dritter zu seiner Anhörung kann er gem. § 170 GVG und den Grundsätzen des Betreuungsrecht verbindlich bestimmen.⁶²² Bei der Anhörung Dritter nach § 279 FamFG geht es um die alleinige Anhörung Dritter.

Mit Einführung der Anhörung der Familienangehörigen nach § 68a FGG wollte der Gesetzgeber die Sachverhaltsermittlung stärken und gleichzeitig die

⁶¹⁶ Keidel/Engelhardt/Sternal/Budde § 274 FamFG Rn. 10.

⁶¹⁷ Zimmermann FamFG Rn. 477.

⁶¹⁸ BT-Drucks. 16/6308 S. 267.

⁶¹⁹ Diekmann BtPrax 2009, 149, 151.

⁶²⁰ BT-Drucks. 16/6308 S. 267.

⁶²¹ BT-Drucks. 16/6308 S. 266.

⁶²² Siehe § 4 C. III. 1.

Rechte der Angehörigen aus Art. 6 Abs. 1 GG wahren.⁶²³ Nach § 68a FGG hatte das Gericht diesen Personen die Möglichkeit der Äußerung einzuräumen.⁶²⁴ § 68a S. 3 FGG war dabei als Regel-Ausnahmeverhältnis gestaltet, was bedeutet, dass es grundsätzlich keinen Grund gibt, von der Anhörung abzusehen.⁶²⁵ Die Grenze bestand im Widerspruch des Betroffenen, der auf erheblichen Gründen, wie z. B. die Befürchtung, dass durch die Anhörung die Belange des Betroffenen beeinträchtigt sein könnten, basieren musste. Die Anforderungen an den Widerspruch waren gering.⁶²⁶ Da dies auch für § 274 Abs. 4 FamFG gelten soll, müsste daher auch hier gelten, dass ein Widerspruch des Betroffenen – aus welchen Gründen auch immer – verbindlich ist und die Anhörung einer in Frage stehenden Person unmöglich macht.

Dem Betroffenen steht nach § 279 Abs. 1 i.V.m. § 174 Abs. 4 S. 1 FamFG die Möglichkeit offen, eine Person seines Vertrauens durch Benennung zum Verfahrensbeteiligten zu machen, der das Gericht Gelegenheit zur Äußerung zu geben hat. Dabei kann das Gericht auch nicht nachprüfen, in welcher tatsächlichen Verbindung der Betroffene zu der genannten Person steht.⁶²⁷ Vielmehr soll die alleinige Nennung der Person die Pflicht des Gerichts zur Anhörung begründen.⁶²⁸ Nach anderer Meinung besteht die Anhörungspflicht für das Gericht auch dann nicht, wenn die Sache ansonsten entscheidungsreif ist.⁶²⁹ Allein entscheidend können hier nur der Wille und das Interesse des Betroffenen sein.

Demnach kann der Betroffene mittels Nennung in der Betreuungsverfügung verbindlich festlegen, welche Dritte im Verfahren durch das Gericht angehört bzw. nicht angehört werden sollen. Dies ist für das Gericht soweit verbindlich, wie es nicht die gerichtliche Sachaufklärung nach § 26 FamFG (§ 12 FGG) verhindert, zu der das Gericht verpflichtet ist⁶³⁰. Dies wird wie bei der Benennung des Betreuers dann gegeben sein, wenn der Betroffene durch den Ausschluss aller Vertrauenspersonen die Sachaufklärung unmöglich macht.⁶³¹

⁶²³ BT-Drucks. 11/4528 S. 174; Jansen/*Sonnenfeld* § 68a FGG Rn. 11, 13; *Bienwald/-*

Sonnenfeld/Hoffmann § 68a FGG Rn. 22; *Damrau/Zimmermann* § 68a FGG Rn. 15 f.; HK-BUR/*Bauer* § 68a FGG Rn. 49.

⁶²⁴ Jansen/*Sonnenfeld* § 68a FGG Rn. 13; HK-BUR/*Bauer* § 68a FGG Rn. 56; *Epple* BWNotZ 1992, 27, 30 und *BtPrax* 1993, 156, 159. Auf die Möglichkeit hinweisen soll es jedoch nicht müssen (Jansen/*Sonnenfeld* § 68a FGG Rn. 9).

⁶²⁵ Jansen/*Sonnenfeld* § 68a FGG Rn. 19.

⁶²⁶ Die Rechte und Interessen auch enger Familienmitglieder an einer Beteiligung im Betreuungsverfahren müssen dann zurücktreten, wenn dies andernfalls die Belange des Betroffenen beeinträchtigt (BT-Drucks. 11/4828 S. 174).

⁶²⁷ Auch wenn nach der Gesetzesbegründung nur solche Personen hinzuzuziehen sind, mit denen der Betroffene eng verbunden ist (BT-Drucks. 16/6308 S. 266), ist dies tatsächlich nicht nachprüfbar. Verbundenheit drückt sich nicht in tatsächlich Messbarem aus.

⁶²⁸ Jansen/*Sonnenfeld* § 68a FGG Rn. 21.

⁶²⁹ HK-BUR/*Bauer* § 68a FGG Rn. 59.

⁶³⁰ *Zöller/Feskorn* § 26 FamFG Rn. 6.

⁶³¹ Vgl. dazu die Ausführungen unter § 3 A. II.

D. Sachverständigengutachten gem. §§ 280 ff. FamFG

§§ 280 – 284 FamFG regeln die Einholung eines Sachverständigengutachtens im Betreuungsverfahren und sind aus § 68b FGG hervorgegangen. Nach § 281 Abs. 1 FamFG „*hat vor der Bestellung eines Betreuers eine förmliche Beweisaufnahme durch Einholung eines Gutachtens über die Notwendigkeit der Maßnahme stattzufinden.*“ Das Gutachten hat nach § 280 Abs. 3 FamFG unter anderem das Krankheitsbild und den Zustand des Betroffenen, den Umfang des Aufgabenkreises und die voraussichtliche Dauer der Maßnahme aufzuzeigen.⁶³² Das Gutachten wird von Gericht veranlasst und muss eine bestimmte Person bezeichnen.⁶³³ Anstelle eines Gutachtens reicht gem. § 281 FamFG in zwei Fällen ein ärztliches Zeugnis.

I. Verweigerung oder Verzicht der Begutachtung

Fraglich ist, ob der Betroffene sich einer solchen Begutachtung entziehen kann. Mittels in der Betreuungsverfügung enthaltener Wünsche war dies nach Meinung einiger gem. § 68 b Abs. 1 S. 2 und S. 3 FGG möglich.⁶³⁴ Dies müsste auch für die jetzige gleich lautende Regelung des § 281 Abs. 1 FamFG gelten. Für diese Auslegung des Gesetzes spreche v.a., dass der Betroffene die Betreuung und somit auch die Begutachtung weitgehend mit Vollmachten umgehen könne.⁶³⁵

Der Betroffene kann auf ein Sachverständigengutachten nur dann verzichten, wenn die gesetzlichen Regelungen nicht zwingend sind. Nach diesen kann von der Erstellung eines Gutachtens über den Betroffenen dann abgesehen werden, wenn gem. § 281 Abs. 1 Nr. 1 FamFG (§ 68b Abs. 1 S. 2 FGG) die Bestellung des Betreuers aufgrund des Antrags des Betroffenen geschieht, dieser auf die Begutachtung verzichtet hat, ein ärztliches Zeugnis vorliegt und das Einholen eines Gutachtens – insbes. im Hinblick auf den Umfang des Aufgabenkreises des Betreuers – unverhältnismäßig wäre. Nach § 281 Abs. 1 Nr. 2 FamFG (§ 68b Abs. 1 S. 3 FGG) kann davon abgesehen werden, wenn der Betreuer nur zur Geltendmachung der Rechte des Betroffenen gegenüber dem Bevollmächtigten bestellt wird und ein ärztliches Gutachten nach § 282 Abs. 1 FamFG vorliegt (§ 68b Abs. 1a S. 1 FGG) und verwendet werden kann. Nach der gesetzlichen Formulierung kann das Gericht jedoch auch in diesem Fällen ein Sachverständigengutachten einholen.⁶³⁶

Das Gesetz schreibt mit § 280 Abs. 1 FamFG die grundsätzliche Notwendigkeit der Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Beurteilung der Betreuungsnotwendigkeit vor. Im ersten Ausnahmefall kommt der Eingriff der Betreu-

⁶³² Schon nach § 68b FGG sollten so Grund, Art, Umfang und Dauer der notwendigen Betreuung aufgezeigt werden (*Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann Vorbem. v. §§ 65 ff. FGG Rn. 5*).

⁶³³ *Jansen/Sonnenfeld* § 68b FGG Rn. 17; *Damrau/Zimmermann* § 68b FGG Rn. 7.

⁶³⁴ *Epple BWNNotZ* 1992, 27, 30; *Schmidt/Böcker* Rn. 113.

⁶³⁵ *Epple BWNNotZ* 1992, 27, 30.

⁶³⁶ Ob bei Vorliegen einer Ausnahme ein zusätzliches Sachverständigengutachten eingeholt wird, liegt demnach im Ermessen des Gerichts (*BT-Drucks. 15/2495 S. 41*).

erbestellung nicht von außen, sondern auf Anregung des Betroffenen selbst. Im zweiten erhält der Betreuer „nur“ die Aufgabe der Überwachung und soll lediglich im Zweifelsfall die Rechte des Betroffenen gegenüber dessen Bevollmächtigten geltend machen. Der Handlungsspielraum des Betreuers ist hier somit auf die Sicherung der Betroffenenrechte begrenzt⁶³⁷. Im dritten Fall wird auf das Gutachten nicht verzichtet. Es liegt bereits vor. Mit Einführung der letzten Ausnahme in § 68b Abs. 1a S. 1 FGG sollten Doppelbegutachtungen vermieden werden.⁶³⁸ Die Fälle verbindet, dass der Eingriff in die Rechte des Betroffenen durch die Begutachtung relativ gering ist, weil diese entweder auf Anregung und daher mit Einwilligung des Betroffenen erfolgt oder bereits vorliegt. Im Hinblick auf die Möglichkeit eines Geschäftsunfähigen, die Betreuung anzuregen, ist bemerkenswert, dass allein die Tatsache der Antragstellung ausreichen soll, auf ein Sachverständigen-gutachten zu verzichten.⁶³⁹ Es bestehen Zweifel, ob dieser Betroffene die Tragweite seiner Entscheidung überblicken kann und in dieser Folge das Gericht auf ein Gutachten verzichten sollte.⁶⁴⁰

Diese gesetzliche Regelung ist v.a. mit Blick auf den Zweck des grundsätzlichen Erfordernisses eines Sachverständigen-gutachtens zum Schutz des Betroffenen erstaunlich. Der Betroffene dürfte aus der zugunsten des Gerichts und der Staatskasse getroffenen Entscheidung nach § 281 FamFG nicht den Anspruch herleiten, von einer Begutachtung unbehelligt zu bleiben.⁶⁴¹ Diesen Anspruch kann er nicht geltend machen, obwohl bereits die Begutachtung ein Eingriff in die Rechte des Betroffenen darstellt. Aus diesem Grund steht dem Gericht nach § 283 und § 284 FamFG die Möglichkeit zur Verfügung, die Vorführung des Betroffenen zur Untersuchung anzuordnen, wenn dieser nicht freiwillig erscheint. Dies kann auch gegen den Willen des Betroffenen erfolgen⁶⁴² und die Vorführung ggf. unter Anwendung von unmittelbarem Zwang erfolgen. Gem. § 283 Abs. 3 FamFG darf dazu sogar die Wohnung des Betroffenen ohne dessen Einwilligung betreten werden, wenn dies das Gericht aufgrund einer ausdrücklichen Entscheidung anordnet. Nach Anhörung eines Sachverständigen ist es gem. § 284 FamFG schließlich möglich, den Betroffenen zur Vorbereitung der Begutachtung auf bestimmte Dauer unterzubringen. Durch diese Entscheidungen wird massiv in die Rechte des Betroffenen eingegriffen. Die Möglichkeiten, die das Gesetz dem Gericht bietet, den Betroffenen sachverständig untersuchen zu lassen, rechtfertigten

⁶³⁷ Lt. BT-Drucks. 11/4528 S. 174 hat der Betreuer in diesem Fall eine ausschließliche Kontrollfunktion und greife so überhaupt nicht in die Rechte des Betroffenen ein.

⁶³⁸ Das Verfahren sollte dadurch entlastet werden (BT-Drucks. 15/2495 S. 42). Nach § 282 Abs. 4 FamFG kann das Gericht nach der neuen Regelung sogar von der Einholung eines Gutachtens insgesamt absehen, wenn die übrigen Voraussetzungen für die Bestellung eines Betreuers zur Überzeugung des Gerichts feststehen.

⁶³⁹ Vgl. § 281 Abs. 1 Nr. 1 FamFG/ § 68b Abs. 1 S. 2 FGG.

⁶⁴⁰ Dazu: *Bienwald/Sonnefeld/Hoffmann* § 68b FGG Rn. 55.

⁶⁴¹ *Bienwald/Sonnefeld/Hoffmann* § 68b FGG Rn. 56.

⁶⁴² Dies sagt ausdrücklich die Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 16/6308 S. 268).

sich ausschließlich darin, dass sie zu seinem Schutz erfolgen. Dabei ist der Eingriff durch die ärztliche Begutachtung gegen den Eingriff durch die Betreuerbestellung abzuwägen. Letzteres bedeutet einen größeren und andauernden Eingriff in seine Rechte als die Erstellung eines Gutachtens.⁶⁴³ Daher ist sie als verhältnismäßig und somit gerechtfertigt zu bewerten. Nur so kann das verfassungsrechtlich begründete Prinzip beachtet werden, wonach der Wille des Betroffenen grundsätzlich zu beachten ist und seine Nichtbeachtung gerechtfertigt werden muss.⁶⁴⁴

Die ärztliche Begutachtung durch die Bestellung eines Bevollmächtigten zu umgehen, führt nicht zur Auslegung der §§ 280 – § 282 FamFG als dispositives Recht. Dies ist davon losgelöst zu betrachten. Die Erstellung eines Gutachtens ist vielmehr in § 280 Abs. 1 FamFG gesetzlich zwingend festgeschrieben. Das Gesetz sieht nur wenige Ausnahmen vor. Die Begutachtung kann durch den Betroffenen daher nicht mittels der Betreuungsverfügung verhindert werden.

II. Auswahl und Ausschluss des Gutachters

Die Auswahl des Sachverständigen trifft das Gericht⁶⁴⁵ nach pflichtgemäßem Ermessen⁶⁴⁶. Strittig ist, ob der Betroffene auf die Auswahl des Sachverständigen Einfluss nehmen und sogar die Person des Begutachters bestimmen kann.

Einige verneinen dies.⁶⁴⁷ Nach der Regel des § 404 Abs. 1 S. 1 ZPO für den Beweis durch Sachverständige, die gem. § 29 Abs. 2 FamFG (§ 15 FGG) anzuwenden ist, sei ein Einfluss der Parteien nicht möglich.⁶⁴⁸ Dies gelte auch für das Betreuungsverfahren. Zudem erfolge die Auswahl des Sachverständigen als Teil des Beweisbeschlusses.⁶⁴⁹ Bei diesem habe das Gericht ausdrücklich keine Pflicht, den Betroffenen, Bevollmächtigten oder Verfahrenspfleger zur Auswahl des Sachverständigen anzuhören.⁶⁵⁰ Wegen § 406 ZPO sei dies nicht nötig, wenngleich zweckmäßig.⁶⁵¹ Die Möglichkeit der Einflussnahme des Betroffenen könne auch deshalb nicht angenommen werden, weil an den Willen des Betroffenen bzgl. der

⁶⁴³ Obwohl der Betreuer das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen wahren soll, bedeutet Betreuung immer auch ein gewisses Maß an Fremdbestimmung, vgl. § 2 C.

⁶⁴⁴ Vgl. die Ausführungen zu § 2 A.

⁶⁴⁵ Keidel/Kuntze/Winkle/Kayser § 68b FGG Rn. 7; Jansen/Sonnenfeld § 68b FGG Rn. 17; HK-BUR/Rink § 68b FGG Rn. 21; Vennemann BtPrax 1994, 93 f.

⁶⁴⁶ Keidel/Kuntze/Winkle/Kayser § 68b FGG Rn. 7; Bienwald/Sonnefeld/Hoffmann § 68b FGG Rn. 16, 47; Jansen/Sonnenfeld § 68b FGG Rn. 17.

⁶⁴⁷ Jansen/Sonnenfeld § 68b FGG Rn. 17: Untersagt nicht ausdrücklich die Auswahl durch den Betroffenen, bestimmt aber positiv die Auswahl durch das Gericht. KG FamRZ 1995, 1379; OLG Stuttgart FamRZ 1993, 1365.

⁶⁴⁸ HK-BUR/Rink § 68b FGG Rn. 21.

⁶⁴⁹ Thomas/Putz/Reichold § 404 ZPO Rn. 1.

⁶⁵⁰ HK-BUR/Rink § 68b FGG Rn. 21.

⁶⁵¹ Thomas/Putz/Reichold § 404 ZPO Rn. 1.

Auswahl des Gutachters keine Bindung bestehe.⁶⁵² Wünschen kann das Gericht lediglich nachkommen.⁶⁵³

Nach anderer Meinung kann der Betroffene mittels der Betreuungsverfügung einen geeigneten Sachverständigen verbindlich vorschlagen.⁶⁵⁴ Dieser Einfluss des Betroffenen auf das Verfahren ist aus verschiedenen Gründen gerechtfertigt.

Der ausgewählte Sachverständige soll mit seinem Gutachten die Prüfung untersuchen, ob die Voraussetzungen der Betreuung aus medizinischer Sicht gegeben sind. Um ein solches Urteil abgeben zu können, muss er zur Sachverhaltsermittlung entsprechend geeignet sein. Das Gesetz bestimmt in § 280 Abs. 1 S. 2, dass der Sachverständige Arzt für Psychiatrie oder Arzt mit Erfahrung auf dem Gebiet der Psychiatrie sein soll.⁶⁵⁵ Die Auswahl des Betroffenen ist also insoweit begrenzt, als es sich um einen geeigneten Sachverständigen handeln muss. Darüber hinaus lässt sich die Begrenzung des Betroffenenvorschlags nicht begründen.

Nach den oben entwickelten Grundsätzen ist der rechtlich anerkannte Wunsch des Betroffenen verbindlich.⁶⁵⁶ Dies gilt auch für das Verfahren der Sachverständigenbenennung. Ein verbindliches Vorschlagsrecht entspricht auch § 26 FamFG i.V.m. § 404 Abs. 3 und Abs. 4 ZPO. Nach Abs. 3 kann das Gericht die Parteien auffordern, Personen zu bezeichnen, die geeignet sind, als Sachverständige vernommen zu werden. Nach Abs. 4 hat das Gericht den Sachverständigen zu ernennen, auf den sich die Parteien geeinigt haben, es kann dann lediglich die Wahl der Sachverständigen auf eine bestimmte Zahl beschränken. Durch die FGG-Reform wurden allgemein Bezeichnungen und Verfahrensabläufe dem streitigen Verfahren angeglichen. Zur Vereinheitlichung wird im Rahmen des FamFG bei Möglichkeit auf die ZPO verwiesen. Daher gelten die Vorschriften der ZPO über den Beweis durch Sachverständige im FamFG entsprechend.⁶⁵⁷ Eine entsprechende Anwendung erfordert keine schematische Übertragung aller Beweisregelungen und -grundsätze, sondern soll Spielraum im Einzelfall lassen.⁶⁵⁸ Nach § 404 Abs. 3 und Abs. 4 ZPO hat das Gericht demnach bereits den durch den Betroffenen genannten Sachverständigen zu benennen.

⁶⁵² HK-BUR/*Rink* § 68b FGG Rn. 21. In Bezug auf die Bindung an den Betroffenenwunsch nicht eindeutig Stellung nehmend: *Schmidt/Böcker* Rn. 113 „Sollte nachgekommen werden“.

⁶⁵³ HK-BUR/*Rink* § 68b FGG Rn. 21; anders hingegen *Schmidt/Böcker* Rn. 113: Wünschen sollte nachgekommen werden, außer es bestehen Zweifel an der Unparteilichkeit.

⁶⁵⁴ *Epple* BWNNotZ 1992, 27, 30; *Schmidt/Böcker* Rn. 113; ohne Begründung *Zimmermann* Rn. 369.

⁶⁵⁵ Durch die mit dem FamFG eingeführte, ausdrücklich definierte Anforderung an den Arzt, dürfte die vormals bestehende Diskussion zumindest in Bezug auf seine Fachrichtung beendet sein. Im Rahmen des FGG wurde allgemein gefordert, dass der Arzt aufgrund seiner Ausbildung und Erfahrung zur Einschätzung der Situation qualifiziert sein musste. Die Anforderungen waren im Einzelfall umstritten, hing jedoch auch vom individuellen Fall ab (*Jansen/Sonnenfeld* § 68b FGG Rn. 14; *Rink* R & P 1991, 148, 151). Der Umfang seiner notwendigen Erfahrung ergibt sich nicht aus dem FamFG und wurde auch in der Gesetzesbegründung nicht genannt.

⁶⁵⁶ Vgl. dazu § 2 C.

⁶⁵⁷ Dies war nach dem FGG nur grundsätzlich der Fall (BT-Drucks. 16/8308 S. 268).

⁶⁵⁸ BT-Drucks. 16/8308 S. 268.

Nach § 406 ZPO kann der Betroffene den Gutachter zudem aus denselben Gründen wie einen Richter ablehnen.⁶⁵⁹ Bei Befangenheit oder Umständen die geeignet sind, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit zu wecken, besteht für ihn somit die Möglichkeit, den bestimmten Sachverständigengutachter abzulehnen. Was nach der Ernennung des Gutachters gilt, muss auch für den Zeitraum vor seiner Benennung gelten. Daher kann der Betroffene einen bestimmten Gutachter auch durch antizipierte Äußerung ablehnen.

Dem positiven Vorschlag ist dieselbe rechtliche Bedeutung wie einer Ablehnung zuzumessen. Diese Einflussnahme des Betroffenen steht im Einklang mit den Zielen der 2. Reform des Betreuungsrechts, welche seine verfahrensmäßige Position stärken sollte. Seine Entscheidungskompetenz ergibt sich auch aus der Stellung des Betroffenen als Beteiligter des Betreuungsverfahrens aus § 274 Abs. 1 Nr. 1 FamFG (§§ 68 b Abs. 1 S. 1, 70 Abs. 1 FGG)⁶⁶⁰. Bedeutend ist, dass das Gesetz eine Benennung und Ablehnung eines Sachverständigen nicht verbietet. Es entspricht dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen, wenn er die Auswahl des sachverständigen Gutachters alleine bestimmt. Der Betroffene kann somit in seiner Betreuungsverfügung einen Sachverständigen benennen. Dieser Vorschlag ist bei Geeignetheit des Sachverständigen für das Betreuungsgericht verbindlich. Schließt der Betroffene einzelne Personen als Gutachter aus, ist dieser Wunsch wie bei der Betreuerbestellung⁶⁶¹ solange für das Gericht verbindlich, wie sie die Begutachtung nicht unmöglich macht, weil der Betroffene alle Geeigneten ausschließt.

E. Gerichtliche Zuständigkeit

Im Verfahren der Betreuerbestellung kann der Betroffene auf die örtliche, sachliche und funktionale Zuständigkeit des Betroffenen nur bedingt einwirken. Hier finden die allgemeinen Regelungen Anwendung. Sachlich sind gem. § 23a Abs. 1 Nr. 2, und Abs. 2 Nr. 1 GVG (§ 35 FGG) die für Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuständigen Amtsgerichte zuständig. Gem. § 23c GVG werden an den Amtsgerichten Abteilungen für Betreuungssachen, Unterbringungssachen und betreuungsgerichtliche Zuweisungssachen gebildet.⁶⁶² Örtlich ist nach § 2 FamFG (§ 36 FGG) in dieser Reihenfolge das Gericht zuständig, 1. bei dem die Betreuung anhängig ist, wenn bereits ein Betreuer bestellt ist, 2. in dessen Bezirk der Betroffene seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, 3. in dessen Bezirk das Bedürfnis der

⁶⁵⁹ So z.B. wenn der Gutachter eigenmächtig vom Gutachtenauftrag abweicht, vgl. *Bienwald/Sonnefeld/Hoffmann* § 68b FGG Rn. 51; *Jansen/Sonnenfeld* § 68b FGG Rn. 19; KG FamRZ 1995, 1379, 1380; OLG München NJW 1992, 1569.

⁶⁶⁰ *Lipp* FS Bienwald S. 177, 186.

⁶⁶¹ Vgl. § 3 A. II.: Die Ablehnung einer Person bezieht sich nicht auf den individuellen Betreuer sondern die Betreuung insgesamt.

⁶⁶² Vgl. dazu Fn. 4.

Fürsorge hervortritt und 4. das Amtsgericht Schöneberg in Berlin, wenn der Betroffene Deutscher ist.⁶⁶³ Auf die sachliche und örtliche Zuständigkeit gewährt das Gesetz dem Betroffenen keinen Einfluss.⁶⁶⁴

Die Aufteilung der funktionalen Zuständigkeit ist in § 15 Rechtspflegergesetz (RPfLG) zwingend geregelt und daher ebenfalls dem Einfluss des Betroffenen entzogen.⁶⁶⁵

F. Gefahr in Verzug gem. §§ 301 f. FamFG

Bei Gefahr in Verzug kann das Gericht gem. § 301 FamFG (§ 69f Abs. 1 S. 5 FGG) abweichend von § 1897 Abs. 4 und 5, also ohne Rücksicht auf den Betroffenenvorschlag, einen vorläufigen Betreuer bestellen.⁶⁶⁶ Das Gericht darf wegen der besonderen Eile ausnahmsweise von aufwendigen Ermittlungen absehen.⁶⁶⁷ Sind diese nicht erforderlich, weil offenkundig, sind die Auswahlkriterien des § 1897 Abs. 4 und 5 auch bei der einstweiligen Auswahl zu beachten.⁶⁶⁸ Eine andere Auslegung von § 301 Abs. 2 FamFG ist ggü. dem Eingriff in die Betroffenenrechte durch die Betreuerbestellung nicht zu rechtfertigen. Die Entbindung von § 1897 Abs. 4 und Abs. 5 rechtfertigt sich allein in der Eilbedürftigkeit der Maßnahme und der darin begründeten fehlenden Zeit zur Ermittlung und Beteiligung der Genannten.

Die Vorschläge des Betroffenen sind schließlich ebenfalls zwingend bei der endgültigen Betreuerbestellung zu berücksichtigen,⁶⁶⁹ auch wenn dies nicht ausdrücklich durch § 69 Abs. 1 S. 5 FGG vorgeschrieben wird.⁶⁷⁰ Ihr Nichtbeachten würde eine Umgehung der gesetzlichen Vorgaben und ein Abweichen von den betreuungsrechtlichen Zielen bedeuten.

⁶⁶³ Bei der einstweiligen Anordnung nach § 300 FamFG oder einer vorläufigen Maßregel ist auch das Gericht zuständig, in dessen Bezirk das Bedürfnis der Fürsorge hervortritt, § 272 Abs. 2 S. 1 FamFG.

⁶⁶⁴ Zimmermann FamFG Rn. 9.

⁶⁶⁵ Näheres bei HK-BUR/Bauer § 1896 Rn. 4 ff.

⁶⁶⁶ Biennwald/Sonnenfeld/Hoffmann § 1897 Rn. 52.

⁶⁶⁷ Jansen/Sonnenfeld § 69f FGG Rn. 14.

⁶⁶⁸ Jansen/Sonnenfeld § 69f FGG Rn. 14.

⁶⁶⁹ BayObLG FamRZ 1994, 1270; BayObLG FamRZ 1993, 720; abzulehnen daher BayObLG BtPrax 2004, 111.

⁶⁷⁰ So jedoch das BayObLG BtPrax 2004, 111 mit Blick auf § 69f FGG Abs. 1 S. 5, das die unverzügliche Nachholung der Verfahrensverhandlungen verlangt.

G. Ergebnis zu § 4

Die Untersuchung zeigt, dass der Betroffene auch auf das Verfahren der Betreuerbestellung durch individuell formulierte, rechtlich verbindliche Wünsche einwirken kann. Er kann sowohl die Person des Verfahrenspflegers auswählen, als auch bestimmte Personen von dieser Aufgabe ausschließen. Er kann die Verfahrenspflegschaft aber nur durch alternative, d.h. privatautonome Beauftragung eines Verfahrensvertreters vermeiden. Ist er vermögend, erlaubt die gesetzliche Regelung eine individuell bestimmte Vergütung des Verfahrenspflegers. Die Anhörung kann der Betroffene nicht vermeiden, ihren Ort nur vorschlagen. Die Ortswahl liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts. Dritte können auf Wunsch des Betroffenen hinzugezogen bzw. ausgeschlossen werden. Die dadurch drohende erhebliche Verfahrensverzögerung bildet nach den Regelungen des FamFG keine Grenze für die Verbindlichkeit dieser Betroffenenwünsche mehr. Diese entsteht erst, wenn durch die Wünsche die Einrichtung der Betreuung unmöglich wird.

Das Sachverständigengutachten kann nicht aufgrund des Wunsches des Betroffenen unterbleiben, er kann aber die Person des Gutachters verbindlich vorschlagen und andere ablehnen. Letzteres wiederum nur in der Grenze, die eine Begutachtung nicht unmöglich macht.

Die gerichtliche Zuständigkeit und die einstweilige Betreuerbestellung sind hingegen gesetzlich zwingend geregelt und somit dem Einfluss des Betroffenen entzogen.

§ 5 Einfluss der Betreuungsverfügung auf die Betreuung gem. §§ 1901 ff.

Fraglich ist, wie der Einzelne auf die Führung der eigenen zukünftigen Betreuung mittels der Betreuungsverfügung Einfluss ausüben kann. Das Gesetz bestimmt in §§ 1901 ff. die Pflichten des Betreuers. Zu untersuchen ist, ob und in welchem Umfang diese Regelungen dem Betroffenen eine individuelle Ausgestaltung seiner Betreuung erlauben. Kann der Einzelne in seiner Betreuungsverfügung festlegen, in welcher Art und Weise, nach welchen konkreten Maßstäben und Kriterien seine Betreuung geführt werden soll? Kann er die Vergütung seines Betreuers trotz der gesetzlichen Vorgaben individuell bemessen?

A. Führung der Betreuung

Nach § 1901 Abs. 3 S. 1 hat der Betreuer den Wünschen des Betreuten zu entsprechen. Dies gilt nach S. 2 auch für Wünsche, die der Betroffene vor der Bestellung der Betreuung geäußert hat. Um solche handelt es sich bei der Betreuungsverfügung. Somit kann der Betroffene mit Hilfe der Betreuungsverfügung die Art und Weise, wie die Betreuung in ihren einzelnen Aufgaben geführt werden soll,

bestimmen.⁶⁷¹ Trotz dieser gesetzlichen Formulierung erblicken einige, die den Wünschen des Betreuten keine verbindliche Wirkung sondern Richtliniencharakter zusprechen, in der Betreuungsverfügung keine so weit reichende Regelungsmöglichkeit.⁶⁷² Sie beschränken die tatsächliche Wirkung auf die Nennung des Wunschbetreuers und die Formulierung von Wünschen. Deren Bindung beschreiben sie als gering und beschränken sie auf wenige Bereiche.⁶⁷³ Vertreter der weiten Bindungswirkung antizipierter Wünsche in Form der Betreuungsverfügung setzen den Regelungsinhalt zum Teil mit dem der Vorsorgevollmacht gleich⁶⁷⁴. Die konkrete Frage, was genau der Einzelne in der Betreuungsverfügung in Bezug auf die (Aus-)Führung der Betreuung regeln kann, ist bislang nicht umfassend beantwortet. Nach dem dieser Arbeit zugrunde liegenden Verständnis des Rechts auf Selbstbestimmung kann der Einzelne mit Blick auf die gesetzlichen Formulierungen der §§ 1901 ff. sein Leben „in“ einer möglichen Betreuung umfassend regeln. Nur die zwingenden betreuungsrechtlichen Regelungen begrenzen die individuelle Ausgestaltungsfreiheit der eigenen Betreuung. Welches diese sind, ist zu untersuchen.

I. Pflichten des Betreuers gem. § 1901

§ 1901 Abs. 2 bestimmt: „Der Betreuer hat die Angelegenheiten des Betreuten so zu besorgen, wie es dessen Wohl entspricht. Zum Wohl [...] gehört auch [...] sein Leben nach seinen eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten.“ Dies gilt nach Abs. 3 S. 2 „auch für Wünsche, die der Betreute vor der Bestellung des Betreuers geäußert hat“. Zu untersuchen ist, was diese Wünsche beinhalten können.

1. Aufgabenkreis und persönliche Betreuung

Aus der Aufgabe der Betreuung, die rechtliche Handlungsfähigkeit des Einzelnen herzustellen und seine Rechtsgleichheit zu verwirklichen, ist abzuleiten, dass sich der Aufgabenbereich nur auf diese Aufgabe der Rechtsfürsorge beziehen kann. In dieser Aufgabe findet die Betreuung ihre Grenzen.⁶⁷⁵ Ein antizipiert geäußerter Wunsch des Betreuten darf von dem Betreuer nur beachtet werden, wenn er in dessen Aufgabenbereich fällt.⁶⁷⁶

Nach § 1901 Abs. 1 muss der Betreuer die Aufgaben rechtlich besorgen und den Betroffenenem „hierfür“ im erforderlichen Umfang persönlich betreuen. Der Wortlaut macht die persönliche Betreuung als Instrument zur Umsetzung der rechtlichen Angelegenheiten deutlich. Soweit die Umsetzung der rechtlichen An-

⁶⁷¹ So sehen das auch Bühler/Kren/Stolz S. 22 f.; Lipp FS Bienwald S. 177, 179 ff.; Winkler S. 60, 63 f.; Frost S. 49; Palandt/Diederichsen Einf. v. § 1896 Rn. 8; Zimmermann Rn. 368-370.

⁶⁷² HK-BUR/Bauer § 1901 Rn. 42 ff.

⁶⁷³ So etwa: HK-BUR/Bauer § 1901 Rn. 49 ff.

⁶⁷⁴ Coeppicus Sachfragen S. 51 (C.).

⁶⁷⁵ Lipp S. 153.

⁶⁷⁶ Knittel § 1901 Rn. 8.

gelegenheiten dies fordert, ist eine persönliche Betreuung erforderlich.⁶⁷⁷ Diese erfordert zumeist einen direkten Kontakt zwischen Betreuer und Betroffenen,⁶⁷⁸ welcher je nach Aufgabenbereich unterschiedlich ist.⁶⁷⁹ Gem. § 1901 Abs. 2 und 3 bestimmen das Wohl und die Wünsche des Betreuten das Betreuerhandeln.⁶⁸⁰ Eine konkrete Wohlgefährdung durch den Betreuer durch fehlende persönliche Betreuung macht diesen ungeeignet für die Ausübung des Amtes.⁶⁸¹ Das Betreuungsgericht muss sich bei der Betreuerauswahl maßgeblich davon leiten lassen, durch wen die bestmögliche Kombination von aufgabenbezogener persönlicher Betreuung bei Besorgung der rechtlichen Angelegenheiten des Betreuten gewährleistet wird.⁶⁸² Auf diese Grundsätze des Betreuungsrechts kann der Betroffene nicht mittels individuell abweichender Entscheidung einwirken.

2. Wünsche und Vorstellungen des Betreuten

Äußert der Betroffene eigene Wünsche und Entscheidungen, trifft er dadurch antizipiert eine eigene Entscheidung. Die Aufgabe des Betreuers besteht dann darin, die Entscheidung des Betreuten herbeizuführen.

Bei der Wirkung der Wünsche ist zwischen Innen- und dem Außenverhältnis zu unterscheiden. Im Innenverhältnis, der Beziehung zwischen Betreutem und Betreuer sind die Wünsche des Betreuten verbindlich. Außenwirkung entfalten sie jedoch erst, wenn der Betreuer sie umsetzt. Konkret formulierten Wünschen hat der Betreuer dabei gem. § 1901 Abs. 3 S. 1 zu entsprechen, sie also direkt umzusetzen und zu verwirklichen. Er muss sie vorher aber auch kontrollieren und ihr ggf. die Anerkennung versagen.⁶⁸³ Die Kontrolle bezieht sich dabei v.a. auch auf die Frage, ob das Betreuungsrechts für den Betreuten die individuelle Einflussnahme mittels seines Wunsches vorsieht und zulässt.

⁶⁷⁷ Die rechtliche Umsetzung der personenbezogenen Angelegenheiten erfordert beispielsweise eine intensivere persönliche Beziehung als bei sachbezogenen Angelegenheiten. Bei Fragen im Aufgabenkreis der Gesundheitssorge wird die Intensität einer persönlichen Betreuung grundsätzlich hoch, im Fall der Vermögenssorge eher geringer sein.

⁶⁷⁸ Räumliche Entfernung steht dem grundsätzlich entgegen Palandt/*Diederichsen* § 1897 Rn. 4; Staudinger/*Bienwald* § 1897 Rn. 15; BT-Drucks. 11/4528 S. 125, 68; *Dodegge/Roth* B. Rn. 35 f.; *Coepicus* BtPrax 2003, 164, 165; OLG Köln FamRZ 1996, 506.

⁶⁷⁹ Die Betreuung kann ausnahmsweise in großer Entfernung zum Betroffenen ausgeübt werden (Staudinger/*Bienwald* § 1897 Rn. 15; *Knittel* § 1897 Rn. 10a; OLG Köln FamRZ 1996, 506). Zur persönlichen Betreuung ist z.B. keine körperliche Pflege erforderlich, sondern vielmehr Zeit und Geduld zur persönlichen Beziehung- und Kontaktaufnahme zum Zweck der Kommunikation (Palandt/*Diederichsen* § 1897 Rn. 4; *Dodegge/Roth* B. Rn. 38). Daher muss der Betreuer in diesem Fall die Fähigkeit zum Umgang mit krankheits- oder behinderungsbedingten Verhaltensweisen besitzen, um adäquat agieren zu können (Staudinger/*Bienwald* § 1897 Rn. 15).

⁶⁸⁰ KG Berlin FamRZ 2006, 889, 890; Staudinger/*Bienwald* § 1897 Rn. 15; *Dodegge/Roth* B. Rn. 38.

⁶⁸¹ Staudinger/*Bienwald* § 1897 Rn. 10.

⁶⁸² Staudinger/*Bienwald* § 1897 Rn. 16, vgl. dazu auch § 3 B.

⁶⁸³ *Lipp* S. 155.

Allgemeine Wünsche und Vorstellungen des Betreuten hat der Betreuer hingegen gem. § 1901 Abs. 2 zu beachten und anhand dieser Vorgaben die Angelegenheiten des Betreuten zu besorgen. Seine Entscheidung muss dabei an den Wünschen und Vorstellungen des Betreuten ausgerichtet sein. Er muss die Entscheidung des Betreuten herbeiführen.

II. Medizinische Behandlung gem. §§ 1901a, 1901b

Durch das 3. Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts (3. BtÄndG)⁶⁸⁴ wurde die Verbindlichkeit der Betroffenenentscheidung über medizinische Behandlungen positiv in §§ 1901a und 1901b geregelt.⁶⁸⁵ Das Gesetz trat zum 01.09.2009 in Kraft und fügte die §§ 1901a, 1901b, 1904 Abs. 2 bis 4 in das BGB ein.⁶⁸⁶ Der bisherige § 1901a wird zu § 1901c. § 1901a Abs. 1 enthält nun die Legaldefinition der Patientenverfügung: Darunter ist die schriftliche Festlegung des einwilligungsfähigen Volljährigen zu verstehen, ob er für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit in bestimmte, zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht unmittelbar bevorstehenden Untersuchungen seines Gesundheitszustandes, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe einwilligt oder diese untersagt. Die Verbindlichkeit dieser antizipierten Entscheidungen ist nunmehr uneingeschränkt anerkannt. Liegt in der Betreuung ein in der Patientenverfügung beschriebener Fall vor, hat der Betreuer dem Willen des Betreuten Ausdruck zu verleihen und Geltung zu verschaffen.

Entscheidungen über unmittelbar bevorstehende ärztliche Maßnahmen, mündliche Entscheidungen und andere Formen der Willensbekundung sind nicht vom gesetzlichen Begriff der Patientenverfügung umfasst.⁶⁸⁷ Diese Äußerungen entfalten auch nach der neuen Fassung des § 1901a keine unmittelbare Rechtswirkung. Sie sind gem. § 1901a Abs. 2 S. 1 als Behandlungswünsche des Betroffenen zu verstehen und müssen als solche gem. § 1901 Abs. 3 S. 2 und 3 erst durch den Betreuer konkretisiert und dann umgesetzt werden.

Bei der Feststellung der Betroffenenwünsche nach § 1901a Abs. 2 soll gem. § 1901b nahen Angehörigen oder sonstigen Vertrauenspersonen des Betreuten Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden, sofern dies ohne erhebliche Verzögerung möglich ist.

Fragen zur medizinischen Behandlung kann der Betroffene somit auch im Rahmen der Betreuungsverfügung regeln. Mit Blick auf die Bindung des Betreuers an die Patientenverfügung, muss sich der Betroffene überlegen, ob er seinen späteren Betreuer wirklich verpflichten will oder ob er ihm durch formulierte Wün-

⁶⁸⁴ Das 3. BtÄndG vom 29.07.2009, BGBl. I S. 2286 ff. ist am 18.06.2009 vom Bundestag angenommen worden (Gesetzentwurf: BT-Drucks. 16/8442; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses: BT-Drucks. 16/13314; Beschluss des Bundestages: BR-Drucks. 503/09).

⁶⁸⁵ Zur bisherigen Rechtslage z.B. *Lipp/Klein* FPR 2007, 56 ff.

⁶⁸⁶ Des Weiteren wurde das Verfahren für die gerichtliche Genehmigung nach § 1904 in §§ 287 Abs. 3, 298 FamFG angepasst.

⁶⁸⁷ BT-Drucks. 16/8442 S. 13.

sche einen mehr oder weniger großen Entscheidungsspielraum lassen möchte. Festlegungen, die einer Patientenverfügung entsprechen, muss der Betroffene aufgrund des Formerfordernisses des § 1901a Abs. 1 auch im Rahmen der Betreuungsverfügung schriftlich abfassen. Diese Entscheidungen des Betroffenen hat der Betreuer im gegebenen Fall ohne eigenen Entscheidungsspielraum umzusetzen. Hält der Betroffene in der Betreuungsverfügung hingegen allgemeine Wünsche zur medizinischen Behandlung oder deren Unterlassen fest, hat der Betreuer gem. § 1901a Abs. 2 i.V.m. § 1901 Abs. 2 auf dieser Grundlage zu entscheiden.

Die §§ 1901a und 1901b legen die Verbindlichkeit der Betroffenenwünsche in Bezug auf medizinische Fragen fest. Sie beschränken die Wünsche des Betroffenen nicht inhaltlich. Mittels der Betreuungsverfügung kann der Betroffene Wünsche über alle medizinischen Fragen äußern. Durch §§ 1901a und 1901b i.V.m. § 1901 Abs. 3 ist der Betreuer nun eindeutig an diese Wünsche gebunden.

III. Genehmigungsvorbehalte der §§ 1904 – 1908, 1908i

Das Gesetz nennt neben §§ 1901a, 1901b und § 1901 Abs. 3 keine weitere ausdrückliche Pflicht zur Beachtung der Wünsche und Vorstellungen des Betroffenen. Fraglich ist, ob die betreuungsgerichtlichen Genehmigungsvorbehalte der §§ 1904 bis 1908 sowie die Verweise nach § 1908i indirekt zwingende gesetzliche Regelungen vorsehen und damit eine Einflussnahme mittels Wünschen und Vorstellungen der Betreuungsverfügung auf Einzelfragen der Führung der Betreuung verwehren.

Die gerichtlichen Genehmigungsvorbehalte des Betreuungsrechts knüpfen an die gesetzliche Vertretungsmacht des Betreuers. Dieser vertritt den Betreuten in seinem Aufgabenbereich, vgl. § 1902. Dabei handelt es sich um eine gesetzliche Vertretungsmacht,⁶⁸⁸ auf die der Betreute nicht einwirken kann – auch nicht durch antizipierte oder aktuelle Wunsch- oder Vorstellungsäußerung. Gleiches gilt für die Genehmigungsvorbehalte der §§ 1904 ff. Der Betreute kann somit weder durch antizipierte Wünsche in der Betreuungsverfügung, noch durch aktuelle Wünsche in der Betreuung die Genehmigung wirksam selber erteilen⁶⁸⁹ und so ein gerichtliches Eingreifen vermeiden. Dies gilt auch, wenn der Betreute geschäftsfähig ist.⁶⁹⁰ Bei den Genehmigungsvorbehalten der §§ 1904 – 1908 handelt es sich vielmehr um zwingendes und daher unabdingbares Recht.⁶⁹¹

Nach früher verbreiteter Ansicht kann der geschäftsfähige Betreute dem Betreuer auch in dessen Aufgabenkreis Vollmachten erteilen, die über die gesetzliche

⁶⁸⁸ *Schwab* FamRZ 1992, 493, 504.

⁶⁸⁹ OLG Frankfurt FamRZ 1997, 1424, 1425; BayObLG NJW-RR 1998, 158 f.; *Perau* MittRhNotK 1996, 285, 288; *Epple* BWNotZ 1992, 27, 29; *Langenfeld* S. 166 f. So ist wohl auch *Renner* zu verstehen: Müller/*Renner* Rn. 330 f. und Rn. 131 (1. Auflage).

⁶⁹⁰ OLG Frankfurt FamRZ 1997, 1424, 1425.

⁶⁹¹ *Perau* MittRhNotK 1996, 285, 288.

Vertretungsmacht hinausgehen und so eine betreuungsgerichtliche Genehmigung entbehrlich machen.⁶⁹² Die gegenteilige Auffassung sieht auch heute noch v.a. mit Blick auf die amtliche Begründung des Betreuungsrechts eine solche Freistellung von gesetzlich zwingenden Vorschriften nicht vor.⁶⁹³ Der Sinn der Genehmigung liege in der Kontrolle der Betreuerentscheidung zum Schutz des Betreuten. Dies gelte, obwohl das in der gesetzgeberischen Begründung enthaltene Ziel nicht in § 1902 Ausdruck erhalten hat. Eine rein privatautonome Bevollmächtigung sei nur im Rahmen einer Vorsorgevollmacht und nicht in einer Betreuungsverfügung möglich. Wenn in einem Schriftstück einerseits eine Vollmacht erteilt, andererseits Wünsche für die Betreuung festgehalten werden, ist es jedoch beides.

Die wirksame Bevollmächtigung eines Dritten ist zumindest für die medizinische Behandlung nach § 1904 Abs. 4 und für die Unterbringung nach § 1906 Abs. 5 möglich. In beiden Fällen unterliegt auch der Bevollmächtigte dem betreuungsgerichtlichen Genehmigungsvorbehalt. In dem Aufgabenbereich, für den ein Betreuer bestellt wurde, kann der Betreute den Betreuer zwar wirksam bevollmächtigen. Die Betreuung wäre dann jedoch nicht mehr erforderlich und daher aufzuheben. Eine Bevollmächtigung, die keine Schnittmenge mit der Betreuung hat, kann aber grundsätzlich neben einer Betreuung bestehen. Deshalb kann der Betreute seinen Betreuer auch über dessen Aufgabenkreis hinaus bevollmächtigen. Nach der Gesetzesbegründung sollen die Schranken, die dem Betreuer innerhalb seines Wirkungsbereiches auferlegt werden, für ihn jedoch über den Aufgabenkreis hinaus gelten.⁶⁹⁴ Die Genehmigungstatbestände seien somit auch für ihn zwingend, eine Umgehung für den Betreuten durch Bevollmächtigung des Betreuers also nicht möglich.

Nach der gesetzlichen Regelung sind die vormundschaftlichen Genehmigungserfordernisse der §§ 1904 – 1908 zwingendes Recht und als solche durch den Betreuten weder mittels einer eigenen antizipierten Genehmigung in der Betreuungsverfügung noch durch Einwilligung während der Betreuung abdingbar. Anderes gilt, wenn die Person als Bevollmächtigte handelt.

Zu untersuchen ist daher, ob die Genehmigungstatbestände bestimmte zwingende Vorgaben für die inhaltliche Tätigkeit des Betreuers enthalten oder der allgemeine Maßstab des § 1900 Abs. 3 gilt.

⁶⁹² Schwab FamRZ 1992, 493, 504; Damrau/Zimmermann § 1902 Rn. 3; Knittel § 1902 Rn. 6; Münch-KommBGB/Schwab § 1902 Rn. 4 f.; Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann § 1902 Rn. 34; Cypionka DNotZ 1991, 571, 577; zur früheren Gebrechlichkeitspflegschaft: RG HRR 1930, Nr. 615; KG Berlin WM 1971, 871, 872; OLG Karlsruhe FamRZ 1957, 57; Schwab FamRZ 1992, 493, 504.

⁶⁹³ BT-Drucks. 11/4528 S. 135; OLG Köln FamRZ 2000, 1525; Palandt/Diederichsen § 1902 Rn. 2; Holzhauser/Reinicke § 1902 Rn. 13; Jürgens/Jürgens § 1902 Rn. 8; Erman/Holzhauser § 1902 Rn. 13 und im Anschluss Erman/Roth § 1902 Rn. 13 ff.

⁶⁹⁴ BT-Drucks. 11/4528 S. 136.

1. Sterilisation des Betreuten gem. § 1905

Fraglich ist, ob das Gesetz dem Einzelnen die Möglichkeit einräumt, durch antizipierte Äußerung im Rahmen der Betreuungsverfügung trotz zwingend erforderlicher gerichtliche Genehmigung Einfluss auf die Frage einer möglicherweise erforderlichen Sterilisation zu nehmen. Der Gesetzgeber wollte mit der Schaffung von § 1905 zum einen psychisch Kranke und geistig-seelisch Behinderte, bei denen eine Empfängnisverhütung auf andere Weise nicht (praktikabel) durchführbar ist und nur die Sterilisation zu einem unbeschwerten Sexualleben führt, erfassen.⁶⁹⁵ Zum anderen sollte der bisherige unregelmäßige Zustand dieser Materie behoben werden. Vor Einführung der Norm durch das Betreuungsgesetz wurden zahlreiche Sterilisationen in einer rechtlichen Grauzone durchgeführt.⁶⁹⁶ § 1905 soll dabei eine Spezialvorschrift zu § 1904 darstellen, vgl. Abs. 1.⁶⁹⁷

Die neue Regelung hat mit ihrem restriktiven Charakter wenig Zustimmung erfahren. Bis heute ist umstritten, ob die Übertragung dieser vertreterfeindlichen Entscheidung auf einen Bevollmächtigten überhaupt verfassungskonform ist oder dies eine nicht zu rechtfertigende Verletzung der Menschenwürde und des Persönlichkeitsrechts darstellt. Nach heute herrschender Meinung sind stellvertretende Entscheidungen in dieser Frage zulässig.⁶⁹⁸ Nach langer Debatte in der Öffentlichkeit wurde die Sterilisation des Betreuten⁶⁹⁹ unter den engen Voraussetzungen des § 1905 Abs. 1, durch Bestellung eines besonderen Betreuers gem. § 1899 Abs. 2, unter vormundschaftlicher Kontrolle in Form der Genehmigung der Einwilligung des Betreuers nach § 1905 Abs. 2 S. 1 und unter den Anforderungen an die Durchführung der Maßnahme nach Abs. 2 S. 2, 3 eingeführt. Die inhaltlichen Voraussetzungen der Sterilisation orientieren sich an der individuellen Situation des Betreuten⁷⁰⁰ und seinem Wohl.⁷⁰¹ Daher darf nach Abs. 1 Nr. 1 die Sterilisation nicht dem Willen des Betreuten widersprechen. Widerspricht der Betreute, ist

⁶⁹⁵ BT-Drucks. 11/4528 S. 73 ff.; BT-Drucks. 11/6949 S. 73 ff. – dies dürfte aufgrund der medizinischen Entwicklung im Bereich der hormonellen Verhütung mittlerweile zumindest zum Teil anders sein.

⁶⁹⁶ Der Rechtsausschuss des BT schätzte 1000 Fälle pro Jahr; BT-Drucks. 11/4528 S. 74 schätzt 30 000 – 50 000 Frauen-Sterilisationen pro Jahr in der BRD.

⁶⁹⁷ Lt. amtlicher Begr. vgl. BT-Drucks. 11/4528 S. 141; zustimmend: *Knittel* § 1905 Rn. 25; *MünchKommBGB/Schwab* § 1904 Rn. 3; *Biennwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1905 Rn. 1; *Damrau/Zimmermann* § 1905 Rn. 1; *Erman/Roth* § 1905 Rn. 7; *Mayer* S. 173.

⁶⁹⁸ *Mayer* S. 173; *MünchKommBGB/Schwab* § 1905 Rn. 3; *Pieroth* FamRZ 1990, 117, 120 m.w. Ausführungen.

⁶⁹⁹ Unter Sterilisation wird die gezielte permanente Unfruchtbarkeit durch einen operativen Eingriff an den Transportwegen des Eies oder der Gebärmutter verstanden (*Laufs/Katzenmeier/Lipp* Kapitel VII. Rn. 1; BayObLG FamRZ 1997, 702, 703 unter Berufung auf *Knittel* § 1905 Rn. 1). Entscheidend ist die dauerhafte medizinische Unfruchtbarkeit (*MünchKommBGB/Schwab* § 1905 Rn. 1).

⁷⁰⁰ *Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein* Rn. 218; *MünchKommBGB/Schwab* § 1905 Rn. 12; *Mayer* S. 171.

⁷⁰¹ *MünchKommBGB/Schwab* § 1905 Rn. 4.

ausreichend, wenn er dazu einen natürlichen Willen bilden kann.⁷⁰² Der Betreuer ist nur einwilligungsbefugt, wenn es dem Betreuten an der erforderlichen Einwilligungsfähigkeit mangelt.⁷⁰³ § 1905 verbietet Zwangssterilisation jeder Art.

Ein Einfluss des Einzelnen auf die Frage der Sterilisation ist mittels der Betreuungsverfügung trotz des zwingenden Charakters von § 1905 nicht ausgeschlossen: Die engen Voraussetzungen der Sterilisation⁷⁰⁴ fordern in § 1905 Abs. 1 Nr. 1, dass diese dem Willen des Betreuten nicht widerspricht. Ein Verfasser der Betreuungsverfügung kann somit durch die Formulierung seines Willens auf eine, seine Person betreffende Sterilisation Einfluss nehmen, indem er seine Ablehnung formuliert. Der in der Betreuungsverfügung enthaltene Wille ist verbindlich. Dies gilt auch für den eine Sterilisation ablehnenden Willen. Damit würde der Betroffene formulieren, dass die Sterilisation seinem Willen widerspricht, die Voraussetzungen für die Einwilligung eines Betreuers in die Sterilisation liegen dann gem. § 1905 Abs. 1 Nr. 1 nicht vor. Der Betroffene kann seine Sterilisation somit mittels der Betreuungsverfügung vorsorglich wirksam verhindern.

In der Betreuung betrifft die Sterilisation in erster Linie Behinderte.⁷⁰⁵ Der Anwendungsbereich des § 1905 auf die Betreuungsverfügung wird aufgrund seiner weit reichenden Wirkung dennoch groß sein.

2. Unterbringung des Betreuten gem. § 1906

§ 1906 regelt die Voraussetzungen der Unterbringung und alle sonstigen freiheitsbeschränkenden sowie freiheitsentziehenden Maßnahmen, die den Betreuten betreffen. Zu untersuchen ist, ob der Einzelne auf diese Voraussetzungen mittels der Betreuungsverfügung einwirken kann.⁷⁰⁶ Kann er so eine zwangsweise Unterbringung in einer geschlossenen Wohnform⁷⁰⁷ verhindern; das ununterbrochene oder regelmäßige Verlassen seines Aufenthaltsortes

⁷⁰² Mayer S. 178, 186; Geschäftsfähigkeit ist dabei ebenfalls irrelevant. Der Betreute ist widerspruchsfähig (Frost S. 185-91, insb. S. 188; *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1905 Rn. 13).

⁷⁰³ Mayer S. 186; Die freiwillige Sterilisation eines Einwilligungsfähigen fällt nicht in die Betreuung, da der Betroffene seine Angelegenheiten selber erledigen kann. Sie erfüllt keinen Straftatbestand, vgl. BGHSt 20, 81 ff.

⁷⁰⁴ Gem. § 1905 kann der Betreuer nur in eine Sterilisation des Betreuten einwilligen, wenn sie dem Willen des Betroffenen nicht widerspricht, dieser auf Dauer einwilligungsunfähig bleiben wird, die Annahme besteht, dass es ohne Sterilisation zu einer Schwangerschaft kommen würde, infolge derer eine Gefahr für das Leben oder den körperlichen oder seelischen Gesundheitszustand der Schwangeren zu erwarten ist oder eine solche Schwangerschaft nicht anders verhindert werden kann.

⁷⁰⁵ Mayer S. 193; Frost S. 162; BT-Drucks. 11/4528 S. 79; Sie trifft primär Frauen, aber auch Männer, auch wenn dies bestritten wird.

⁷⁰⁶ Dies untersucht auch schon *Hartmann* mit Hilfe der Psychiatrischen Verfügung in NStZ 2000, 113, 117.

⁷⁰⁷ Hier ist auch der Fall zu nennen, in dem die Eingangstür zeitweilig – insbesondere nachts – verschlossen wird.

oder regelmäßige Verlassen seines Aufenthaltsortes sichern;⁷⁰⁸ die Fixierungen an dem Bett mit Bauch- und/oder Armgurten verhindern?

Der Gesetzgeber wollte mit § 1906 die freiheitsentziehende zivilrechtliche Unterbringung des Betreuten ohne oder gegen seinen Willen regeln.⁷⁰⁹ Mit dem Genehmigungsvorbehalt des Abs. 2 sollte ein doppelter Schutz des Betreuten vor der unzulässigen freiheitsentziehenden Maßnahme geschaffen werden.⁷¹⁰ Die Rechtsprechung war und ist in der Anwendung und der Auslegung des § 1906 uneinheitlich.⁷¹¹ Auch die zahlreichen Abhandlungen zu § 1906 spiegeln die juristischen Probleme mit der Handhabe von freiheitsein- und freiheitsbeschränkenden Maßnahmen (inkl. der Unterbringung) des Betreuten gegen oder ohne seinen Willen. § 1906 normiert nach seinem Wortlaut keine Pflicht des Betreuers, sondern beschreibt, wann eine freiheitsentziehende Maßnahme zulässig ist. Der Betreuer entscheidet, ob die Voraussetzungen vorliegen und bedarf dann nach Abs. 2 S. 1 zur Unterbringung des Betreuten der gerichtlichen Genehmigung. Gem. Abs. 1 S. 1 ist die freiheitsentziehende Maßnahme nur zulässig, solange sie zum Wohl des Betreuten erforderlich ist. Im Sinne der Erforderlichkeit darf also keine weniger einschneidende Maßnahme⁷¹² möglich sein. Demnach ist das Wohl des Betreuten der regulierende Faktor.⁷¹³

Wie oben geschildert,⁷¹⁴ definiert derjenige, der Wünsche und Vorstellungen in einer Betreuungsverfügung formuliert, mit diesen sein individuelles Wohl. Dieses darf durch die freiheitsentziehende Maßnahme nicht beeinträchtigt werden. Folglich kann der Betroffene durch in der Betreuungsverfügung formulierte Wünsche die Unzulässigkeit von freiheitsentziehenden Maßnahmen im Sinne von § 1906 Abs. 1 bestimmen. Ist es für das objektive Wohl des Betroffenen beispielsweise erforderlich, dass er mit einem Bettgitter schläft, hat er dieser Maßnahme aber in der Betreuungsverfügung widersprochen, muss die Zulässigkeit dieser Maßnahme wie folgt geprüft werden: Durch die antizipierte Formulieren seiner Wünsche und Vorstellungen, nicht in einem Bett mit Bettgitter schlafen zu wollen, hat er sein Wohl dahingehend formuliert, dass diesem angebrachte Bettgitter widersprechen. Das Anbringen von Bettgittern würde seinem subjektiven Wohl also nicht entsprechen. Die Maßnahme wäre daher nicht erforderlich und folglich gem. § 1906

⁷⁰⁸ BT-Drucks. 11/4528 S. 146.

⁷⁰⁹ BT-Drucks. 11/4528 S. 146, 148; *Holzhauser* FuR 1992, 249, 255: Willigt der Betroffene mit natürlichem Willen ein, liegt keine Unterbringung vor. Anderer Ansicht sind: Münch-KommBGB/*Schwab* § 1800 Rn. 28 und *Diekmann* JZ 1988, 789, 799.

⁷¹⁰ BT-Drucks. 11/4528 S. 148.

⁷¹¹ Vgl. nur BayObLG FamRZ 1993,600; Düsseldorf FamRZ 1995, 118. Diesbezüglich hat das höchstrichterliche Urteil zur Frage der Zwangsbehandlung etwas Klarheit geschaffen, wenn dies auch weiterhin umstritten ist, vgl. nur *Lipp* BtPrax 2008, 51 ff. und JZ 2006, 661 ff.

⁷¹² BT-Drucks. 11/4528 S. 146; *Wigge* MedR 1996, 291, 292.

⁷¹³ Anderer Ansicht ist *Harm*. Seiner Meinung nach ist Personensorge gegen den Willen der betreuten Person für den gesetzlichen Vertreter nicht zugänglich, außer im Falle der abschließend normierten Eingriffe des § 1906 (*Harm* Rpfleger 1998, 89, 91).

⁷¹⁴ Vgl. § 2 C.

unzulässig.⁷¹⁵ Der objektive Schutz, der durch die Montage von Bettgittern herbeigeführt werden sollte, z.B. dass der Betreute nicht aus dem Bett fällt, müsste dann durch andere zulässige Maßnahmen geschaffen werden.⁷¹⁶

Das Recht auf seine eigene Krankheit ermöglicht dem Betroffenen, sein Wohl nach seinen Wünschen und Vorstellungen zu definieren.⁷¹⁷ Dabei kann nicht entscheidend sein, ob ein Fall der Selbstgefährdung vorliegt. Allein maßgeblich ist das subjektive Wohl des Betreuten.⁷¹⁸ Sein eigener Wunsch steht zu diesem Wohl nicht im Widerspruch.

Als zwingendes Recht ist § 1906 nicht durch den Betreuten abdingbar. Weil eine Maßnahme nach § 1906 jedoch nur zulässig ist, solange sie zum Wohl des Betreuten erforderlich ist, ist jede Maßnahme an seinen Wünschen und Vorstellungen und somit an seinem subjektiven Wohl zu messen. Mittels konkreter Wünsche in der Betreuungsverfügung kann der Betroffene daher definieren, welche Maßnahmen nicht seinem Willen und folglich seinem subjektiven Wohl entsprechen. So kann er beispielsweise antizipiert bestimmen, dass die Montage von Bettgittern am Bett, das Verhindern am Verlassen des Gebäudes durch komplizierte Schließmechanismen, Pförtner oder anderes Personal oder die Ruhigstellung durch Schlafmittel oder sonstige Medikamente nicht seinen Wünschen entsprechen.

3. Übrige Angelegenheiten des Betreuten

Das Gesetz regelt in den §§ 1901 ff. weitere Angelegenheiten des Betreuten. Thematisch hat sich die Unterscheidung in Fragen der Gesundheit (§§ 1904, 1905), des Aufenthaltes (§§ 1906, 1907) und des Vermögens (§§ 1908, 1908i) durchgesetzt.

a) Fragen der Gesundheit

Neben §§ 1901a, 1901b und § 1905 nennt das Gesetz nur noch in § 1904 Regelungen in Bezug auf die Gesundheit des Betreuten. Gem. § 1901a Abs. 2 kann der Verfasser der Betreuungsverfügung Wünsche für medizinische Maßnahmen festhalten, die für die Betreuerentscheidung gem. § 1901 Abs. 3 maßgeblich sind. Die

⁷¹⁵ Anders: *Hartmann*, § 1906 schützte allein den Betreuten (*Hartmann* NSTZ 2000, 113, 118); *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1906 Rn. 110; einige sehen § 1906 der Anwendung eröffnet, wenn es sich *auch* um den Schutz von Drittinteressen handelt (*Soergel/Zimmermann* § 1906 Rn. 25; *Zimmermann* Rn. 11; *MünchKommBGB/Schwab* § 1906 Rn. 3; *Pardey* FamRZ 1995, 713, 716).

⁷¹⁶ Wie z.B. einer alternativen ebenerdigen Schlafform, bei der der Betreute nicht aus dem Bett fallen kann.

⁷¹⁷ S. o. § 2 C. II. 3.; Freiheit zur Krankheit: BVerfG NJW 1998, 1774 f. BVerfGE 58, 208, 224 ff.; kritisch *Coeppicus* BtPrax 1999, 130 ff.

⁷¹⁸ *Zimmermann* plädiert dafür, das „Wohl des Betreuten“ an dieser Stelle nicht einseitig/ egoistisch zu deuten, sondern vielmehr in Form einer Gesamtbetrachtung (*Soergel/Zimmermann* § 1906 Rn. 25).

neue Regelung zur Patientenverfügung in § 1901a bestimmt nun ausdrücklich die Verbindlichkeit dieser Betroffenenwünsche.

Bei Eingriffen, bei denen die begründete Gefahr des Versterbens oder eines schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schadens besteht, hat der Betreuer gem. § 1904 Abs. 1 für seine Einwilligung die Genehmigung des Betreuungsgerichts einzuholen. Ohne diese Genehmigung darf die Maßnahme nur durchgeführt werden, wenn mit dem Aufschieben Gefahr verbunden ist. Die Nicht-einwilligung oder der Widerruf der Einwilligung des Betreuers in eine solche Maßnahme bedarf gem. § 1904 Abs. 2 ebenfalls der Genehmigung, wenn die Maßnahme medizinisch angezeigt ist und die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute aufgrund des Unterlassens der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden Schaden erleidet. Nach § 1904 Abs. 3 ist nun festgelegt, dass die Genehmigung zu erteilen ist, wenn die Entscheidung des Betreuers dem Willen des Betreuten entspricht. Sie ist nach § 1904 Abs. 4 letztlich nur dann erforderlich, wenn zwischen Betreuer und behandelndem Arzt kein Einvernehmen darüber besteht, dass die Entscheidung des Betreuers dem nach § 1901a i.V.m. § 1901 Abs. 3 ermitteltem Willen des Betreuten entspricht. Dann kann der Betroffene auch durch einen entsprechenden Wunsch in der Betreuungsverfügung nicht verhindern, dass die Genehmigung des Betreuungsgerichts einzuholen ist, da § 1904 insoweit zwingend ist. Weil § 1904 Abs. 3 dem Betreuungsgericht jedoch vorschreibt, dass dieses die Genehmigung zu erteilen hat, wenn die Entscheidung dem Willen des Betreuten entspricht, und das Betreuungsgericht diesen ebenso wie der Betreuer gem. § 1901 Abs. 3 entsprechend seiner Wünsche auszulegen hat, kann der Betreuer mittels seiner Wünsche bestimmen, wann die Genehmigung zu erteilen ist.

Das Gesetz schränkt den Verfasser der Betreuungsverfügung daher nur durch das unumgängliche Genehmigungserfordernis im Streitfall zwischen Betreuer und Arzt über den Betreutenwillen ein (§ 1904 Abs. 4). Im Übrigen kann der Betroffene Fragen, die seine Gesundheit betreffen, für seine mögliche Betreuung gem. § 1901a Abs. 1 in der Patientenverfügung und damit gem. § 1901a Abs. 2 S. 1, 1. Alt. auch in der Betreuungsverfügung verbindlich regeln.⁷¹⁹ Der Einzelne kann in seiner Betreuungsverfügung beispielsweise bestimmen, welcher Arzt ihn behandeln oder untersuchen soll⁷²⁰ und Anweisungen betreffend der Vornahme bzw. Nichtvornahme bestimmter Heilbehandlungen⁷²¹ und sonstiger ärztlicher Maßnahmen⁷²² geben. Er kann festlegen, ob die Pflege (bei Bereitschaft) durch

⁷¹⁹ *Taupitz* A 121, er favorisiert für medizinische Angelegenheiten jedoch die mit der Betreuungsverfügung kombinierte oder integrierte Patientenverfügung.

⁷²⁰ *Epple* BtPrax 156, 158.

⁷²¹ Z.B. der Wahl einer Therapieform.

⁷²² *Mayer* S. 91 – der der Betreuungsverfügung ebenfalls Bindungswirkung zuschreibt; *Epple* BWNNot 1992, 27, 29; *Friedrichs* MDR 1992, 5, 6 – *Friedrichs* will die Wünsche der Betreuungsverfügung jedoch nur „berücksichtigen“, eine detaillierte Auseinandersetzung mit der Frage der Bindungswirkung der in der Betreuungsverfügung enthaltenen Wünsche nimmt er nicht vor, sagt

nahe stehende Personen oder durch Fremde (Pflegedienst⁷²³) erfolgen soll,⁷²⁴ bzw. von welcher konkreten Person er gepflegt werden will⁷²⁵.

b) Fragen des Aufenthalts und des Wohnraums

Zu untersuchen ist, ob der Einzelne in der Betreuungsverfügung Anweisungen über seinen Aufenthalt während der Betreuung machen kann. Kann er verbindlich festlegen, bis zu seinem Lebensende in seiner Wohnung/ seinem Haus zu bleiben, ein spezielles Pflegeheim auswählen oder den Aufenthalt in einem Krankenhaus verhindern? Ist es trotz §§ 1907, 1908i i.V.m. §§ 1821, 1822 für den Betroffenen möglich, durch antizipierten Wunsch festzulegen, sein Haus nicht zu veräußern?⁷²⁶

aa) Aufenthalt

Unter Aufenthalt ist der Ort zu verstehen, an dem sich der Betroffene tatsächlich vorrangig niedergelassen hat.⁷²⁷ Das Betreuungsrecht trifft keine speziellen Aussagen über den allgemeinen Aufenthalt des Betreuten. Auch § 1907, der die Aufgabe der Mietwohnung regelt, formuliert keine Anordnungen. Daher gilt auch in dieser Frage allein der Maßstab des § 1901 Abs. 3. Den Wünschen des Betroffenen über seinen Aufenthalt hat der Betreuer daher soweit zu entsprechen, wie sie dessen Wohl nicht zuwiderlaufen. Diese Wünsche werden durch keine weiteren gesetzlichen Regelungen eingeschränkt.

bb) Veräußerung des Wohnraums

§ 1907 i.V.m. §§ 1908i Abs. 1, 1821, 1822 unterwirft die Veräußerung und Weitervermietung des im Eigentum des Betreuten stehenden Wohnraums, sowie die Kündigung von gemietetem Wohnraum dem zwingenden Genehmigungsvorbehalt des Betreuungsgerichts.⁷²⁸ Es ist zu untersuchen, inwieweit § 1907 für die Betroffenenwünsche über § 1901 Abs. 3 hinausgehende Anforderungen formuliert.

Der Gesetzgeber wollte mit § 1907 den Wohnraum des Betreuten als räumlichen Mittelpunkt des Lebens für den Betreuten vor voreiliger Veräußerung oder Kündigung durch den Betreuer schützen.⁷²⁹ Die Heimverschaffung in Verbindung mit der Wohnungsauflösung stellt einen erheblichen Eingriff in die Lebensum-

jedoch zum „Wunschrecht“ bzw. zu der vom Betreuungsrecht geschaffenen „Möglichkeit, in seinen Angelegenheiten Wünsche gegenüber dem Betreuer vorzubringen: [...] Ein Mitspracherecht ist dies jedoch nicht.“ (S. 6); Palandt/Diederichsen Einf. v. § 1896 Rn. 9; BT-Drucks. 11/4528 S. 142; HK-BUR/Bauer § 1901 Rn. 35.

⁷²³ Zimmermann Rn. 368.

⁷²⁴ Winkler S. 60, 67.

⁷²⁵ Cypionka NJW 1992, 207, 210.

⁷²⁶ Dies bejaht BayObLG NJW-RR 1998, 158 f. = FamRZ 1998, 455.

⁷²⁷ BayObLGZ 1985, 158, 160.

⁷²⁸ Damrau/Zimmermann § 1907 Rn. 1; Miet- und Eigentumswohnung, BT-Drucks. 11/4528 S. 149.

⁷²⁹ Damrau/Zimmermann § 1907 Rn. 1.

stände des Betroffenen dar,⁷³⁰ sie beeinträchtigt die Rechte eines Menschen in der Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG und dem Eigentum an der Wohnungseinrichtung nach Art. 14 GG.⁷³¹ § 1907 knüpft daher an das reine Mietverhältnis.⁷³² Der Wohnraum sei als vertraute Umgebung des Betreuten und Ort des Bekanntenkreises besonders schützenswert. Diese Bedeutung behalte er auch während eines Krankenhaus- bzw. Heimaufenthalt, stelle dies doch eine Möglichkeit für den Betreuten dar, nach seinem Aufenthalt in seine vertraute Umgebung zurückzukehren.⁷³³ Die Rechtsprechung kam zu einer vergleichsweise einheitlichen Anwendung des § 1907 im Interesse des Betreuten.⁷³⁴ § 1907 legt nach der gesetzlichen Begründung und der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur lediglich fest, ob eine Genehmigung des Betreuungsgerichts im Fall der Kündigung oder Aufhebung eines Mietverhältnisses oder der Veräußerung der Eigentumswohnung des Betreuten durch den Betreuer erforderlich ist.⁷³⁵ § 1907 formuliert somit keine inhaltlichen Voraussetzungen. Vielmehr verweist er auf den allgemeinen Maßstab des § 1901: Wohl und Wünsche des Betreuten.⁷³⁶ Eine objektiv unvernünftige Entscheidung zur Wohnsituation des Betreuten läuft seinem Wohl nicht zuwider, wenn sie seinen Wünschen und Vorstellungen entspricht.⁷³⁷

⁷³⁰ *Winkler* S. 60, 66; v.a. auch damit verbundene Wegfall der Möglichkeit einer Rückkehr.

⁷³¹ *Coepicus* Rpfleger 1996, 425, 432.

⁷³² § 1907 fordert nicht ein tatsächliches Bewohnen (*Damrau/Zimmermann* § 1907 Rn. 6.) Es fordert kein Genehmigungserfordernis, wenn die Wohnung von vornherein nicht zu Wohnzwecken des Betreuten diene. Die fehlende Genehmigung führt gem. §§ 1908i, 1831 zur Nichtigkeit der Kündigung (*Schumacher* WuM 2003, 190, 194).

⁷³³ BT-Drucks. 11/4528 S. 149.

⁷³⁴ Vgl. nur BGH NJW 1986, 2829, 2830; BayObLG NJW-RR 1998, 158 f. und die Ausführungen von *Harms* Rpfleger 2002, 59 ff. und *Bobenhausen* Rpfleger 1994, 13 ff.

⁷³⁵ Darüber hinaus wird nach allgemeiner Meinung aus § 1907 abgeleitet, dass ein Verlassen der Wohnung des Betreuten gegen dessen Willen nur dann die zwangsweise Heimverschaffung ermöglicht, wenn die Voraussetzungen für eine geschlossene Unterbringung gegeben sind (*Harm* Rpfleger 2002, 59, 61). Die Genehmigung zur Kündigung der Wohnung durch das Betreuungsgericht berechtigt den Betreuer nicht, den Betreuten zwangsweise aus der Wohnung zu verweisen, außer wenn das Gericht die Unerbringung genehmigt hat (*Damrau/Zimmermann* § 1907 Rn. 19). Das Gericht kann nicht aufgrund von § 33 FGG Zwang anordnen.

⁷³⁶ BT-Drucks. 11/4528 S. 150; BayObLG FamRZ 1998, 455, 456.

⁷³⁷ Das Recht auf Selbstbestimmung ist auch in objektiv unvernünftigen Entscheidungen zu achten (*Harm* Rpfleger 2002, 59, 60). Die Diskussion um die Genehmigungsbedürftigkeit der Geschäfte des geschäftsfähigen Betreuten unterstützt diese Aussage. Dabei ist umstritten, ob die vormundschafftliche Genehmigung bei der Kündigung und Vertragsaufhebung des Wohnraums auch dann erforderlich ist, wenn der geschäftsfähige Betreute selbst die Kündigung vornimmt und der Betreuer auf Grund eines Einwilligungsvorbehalts oder „vorsorglich“ zustimmt. Nach verbreiteter Ansicht kommt in diesem Fall § 1907 aufgrund des Erforderlichkeitsgrundsatzes nicht zur Anwendung. Der Geschäftsfähige könne selber für sich handeln (HK-BUR/*Rink* § 1907 Rn. 6; *Schumacher* WuM 2003, 190, 194; *Erman/Holzbauer* § 1907 Rn. 3 in der Nachfolge: *Erman/Roth* § 1907 Rn. 3). Die gegenteilige Meinung möchte gerade aufgrund des Schutzzwecks der Norm auch das Handeln des Geschäftsfähigen unter § 1907 subsumieren (*Damrau/Zimmermann* § 1907 Rn. 3).

Der Betroffene kann somit jegliche Einzelfragen in Bezug auf seinen Aufenthalt erläutern: Er kann bestimmen, bis wann ein Verbleiben in der eigenen Wohnung erfolgen soll und dass hierbei alle Möglichkeiten der häuslichen Pflege, ggf. eines Wohnungsumbaus und Einschaltung des ambulanten Dienstes auszunutzen sind.⁷³⁸ Der Betroffene kann den Einzug in ein Pflegeheim in Bezug auf die Lage der Einrichtung, ihre Trägerschaft, den Zuschnitt und ihre Ausstattung festlegen; er kann die Mitnahme von Wohnungsinventar festlegen, bestimmen, was mit der verbleibenden Wohnungseinrichtung geschieht,⁷³⁹ also den Verbleib von Bildern, Schmuck, Erinnerungsstücken, Briefen sowie Sammlungen.⁷⁴⁰ Ihm steht die Möglichkeit zu, den Ort seines Aufenthaltes oder seiner Unterbringung konkret mit dem Namen des Heims zu bestimmen.⁷⁴¹ Er kann zusätzliche Leistungen im Krankenhaus oder im Heim wünschen.⁷⁴² Er kann bestimmen, dass keine Veräußerung erfolgen darf, bzw. nur an Person X, oder auf gar keinen Fall an Person Y und in jedem Fall durch Person Z zu erfolgen hat. Seine Wünsche und Vorstellungen in Bezug auf seinen Aufenthalt im weiten Sinn unterliegen somit einzig der Regelung des § 1901. § 1907 grenzt die Möglichkeit nicht ein, sondern bestärkt sie. Die Grenze ist hier v.a. in tatsächlichen Fragen, wie der finanziellen Umsetzbarkeit der Wünsche zu sehen.⁷⁴³ Lebt der Betreute im Pflegeheim, ist eine im Verhältnis zu seinen Mitteln unverhältnismäßige Wohnung nicht zu erhalten.

c) Vermögenssorge⁷⁴⁴

Unter Vermögenssorge versteht das Betreuungsrecht alle Maßnahmen, die darauf gerichtet sind, das Vermögen des Betreuten zu erhalten, zu verwerten und zu vermehren.⁷⁴⁵ Vermögenssorge ist dabei als fremdnützige rechenschaftspflichtige Vermögensverwaltung⁷⁴⁶ zu verstehen.⁷⁴⁷

Fraglich ist, ob die betreuungsrechtlichen Regelungen zur Vermögenssorge der §§ 1908, 1908i i.V.m. 1802, 1803, 1805 - 1821, 1822 Nr. 1 bis 4, 6 bis 13, §§ 1823 - 1826, 1828 - 1831 dem Betroffenen mittelbar den Einfluss auf seine Vermögens

⁷³⁸ *Coeppicus* Sachfragen S. 55 – nennt dies dann aber Pflegeverfügung.

⁷³⁹ Einlagern oder aufteilen, etc: *Winkler* S. 60, 67.

⁷⁴⁰ *Coeppicus* Sachfragen S. 63; HK-BUR/*Bauer* § 1901 Rn. 35.

⁷⁴¹ *Zimmermann* Rn. 368; *Cypionka* NJW 1992, 207, 210; Palandt/*Diederichsen* § 1901 Rn. 3; OLG Köln NJW-RR 1997, 451.

⁷⁴² Palandt/*Diederichsen* § 1901 Rn. 3.

⁷⁴³ BayObLG FamRZ 1998, 455, 456.

⁷⁴⁴ Fragen der Vergütung werden hier außen vor gelassen und sind in § 5 B. zu diskutieren.

⁷⁴⁵ *Müller/Renner* Rn. 125.

⁷⁴⁶ *Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein* Rn. 233.

⁷⁴⁷ Die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen des Betreuten sowie die Beantragung von Sozialhilfe zählen nach einer Meinung wegen des Unterhalts ersetzenden Charakters nicht dazu (*Müller/Renner* Rn. 125; LG Köln FamRZ 1998, 919). Nach anderer Meinung ist auch dies von der Vermögenssorge umfasst (LG Regensburg FamRZ 1993, 477 f.; *Dodegge* NJW 1993, 2353, 2357).

verwaltung durch eigene Wünsche und Vorstellungen in der Betreuungsverfügung verwehren oder ob der Betreute gem. § 1901 Abs. 3 nur den Wünschen, Vorstellungen und dem Wohl des Betreuten verpflichtet ist. Kann der Betroffene Wünsche über Geschenke, Ausstattungen oder ähnliche Zuwendungen an Familienangehörige und andere Personen in der Betreuungsverfügung für den Betreuer verbindlich festhalten oder etwa eine Geschäftsübergabe ohne Einschränkung im Rahmen der Betreuungsverfügung regeln?

Im Unterschied zum Minderjährigenrecht ist im Betreuungsrecht nicht davon auszugehen, dass Ziel der Vermögenssorge in jedem Fall die Mehrung des Vermögens des Betreuten ist.⁷⁴⁸ Vielmehr soll der vor der Anordnung der Betreuung erreichte Lebensstandard durch die Verwaltung des Betreuten erhalten bleiben.⁷⁴⁹ Die Vermögensmehrung kommt nur in Betracht, wenn Vermögensbestandteile für den Lebensunterhalt – einschließlich eines ggf. vertretbaren Luxus – nicht benötigt werden.⁷⁵⁰

aa) Ausstattung gem. § 1908

§ 1908 bestimmt, dass der Betreuer eine Ausstattung aus dem Vermögen des Betreuten nur mit Genehmigung des Betreuungsgerichts versprechen oder gewähren kann. Normzweck ist der Schutz des Betreuten und seines Vermögens vor der Vergabe von Ausstattungen, die über das den Verhältnissen des Betreuten entsprechende Maß hinausgehen, sowie eine entsprechende Kontrolle des Betreuers.⁷⁵¹ Ausstattung ist nach der Legaldefinition des § 1624, *“was [...] auf die Erlangung einer selbständigen Lebensstellung zur Begründung oder zur Erhaltung der Wirtschaft oder der Lebensstellung [...] zugewendet wird“*⁷⁵².

§ 1908 könnte bei Beachtung des durch das Betreuungsgericht anzulegenden Maßstabs zu einer Einschränkung der Verfügbarkeit über das eigene Vermögen des Betreuten führen. Soll sie zu dem Betreutenwohl erfolgen, bildet die Vermögensgröße des Betreuten die faktische Grenze der Realisierung. Demnach beschränkt sich die vormundschaftliche Prüfung auf die Frage der faktischen Umsetzbarkeit in Bezug auf das tatsächlich vorhandene Vermögen bei der Realisierung der Betroffenenwünsche nach § 1901 Abs. 2 und 3. Die vormundschaftliche Prüfung des § 1908 schränkt den Betreuten in der freien Verfügbarkeit seines Vermögens nur dahingehend ein, dass die Verfügbarkeit sich in diesem Rahmen bewegen muss. Diese Einschränkung erfolgt im Interesse des Betreuten. Geneh-

⁷⁴⁸ Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein Rn. 233; Wesche BtPrax 2003, 56, 60; so jedoch das Ziel des Vormundschaftsrechts: bei der Vermögenssorge der Minderjährigen steht der Erhalt und die Vermehrung ihres Vermögens im Vordergrund, vgl. Biennwald/Sonnenfeld/Hoffmann Anhang zu § 1908i Rn. 6.

⁷⁴⁹ Schmidt/Böcker/Schmidt Rn. 351; Biennwald/Sonnenfeld/Hoffmann Anhang § 1908i Rn. 6; BayObLG FamRZ 1991, 481, 482.

⁷⁵⁰ Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein Rn. 233.

⁷⁵¹ Staudinger/Biennwald § 1908 Rn. 2; MünchKommBGB/Schwab § 1908 Rn. 1.

⁷⁵² Staudinger/Biennwald § 1908 Rn. 3.

migungspflichtig ist nach § 1908 das Versprechen (als Verpflichtungsgeschäft) oder das Gewähren (als Verfügungsgeschäft). Das Gericht kann in dem Genehmigungsverfahren prüfen, ob die Ausstattung das den Vermögensverhältnissen des Betreuten entsprechende Maß übersteigt.⁷⁵³ Maßgebend ist dabei das Wohl des Betreuten. Seinem Wunsch ist nach Maßgabe von § 1901 Abs. 3 zu entsprechen.⁷⁵⁴ § 1908 formuliert keine speziellen inhaltlichen Voraussetzungen und schränkt die antizipierte Entscheidung des Betreuten nur in Hinblick auf das zwingende Genehmigungserfordernis ein.

bb) Schenkungen und andere Vermögensfragen

Das Betreuungsrecht enthält neben § 1908 keine weiteren ausdrücklichen Regelungen zur Vermögenssorge des Betreuten. § 1908i verweist auf Schenkung und Vermögensfragen behandelnde Paragraphen des Vormundschaftsrechts. Dabei weist § 1908i nicht alle Verweise auf.⁷⁵⁵ In einigen Fällen ist die analoge Anwendung weiterer Vorschriften sinnvoll und sogar zwingend.⁷⁵⁶ Die Regelungen zur Vermögenssorge wirken im Vormundschafts- wie im Betreuungsrechts zum Schutz des Mündels bzw. Betreuten. Auch im Rahmen der Vermögenssorge ist die oberste Pflicht des Betreuers die Erfüllung der Wünsche des Betreuten und die Beachtung seines Wohls nach § 1901 Abs. 2 und 3.⁷⁵⁷ Die Verweise in die Regelungen des Vormundschaftsrechts geben für die Schenkung des Betreuten andere inhaltlichen Vorgaben und führen daher zu einer Beschränkung der Betreutenwünsche.⁷⁵⁸ Nach §§ 1908i Abs. 2 i.V.m. 1804 kann der Betreuer Schenkungen in Vertretung des Betreuten nur vornehmen, die aufgrund einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht erfolgen oder dem Wunsch des Betreuten entsprechen und nach seinen Lebensverhältnissen üblich sind.⁷⁵⁹

Den §§ 1804, 1908i Abs. 2 S. 1 liegt der Gedanke zugrunde, Schenkungen aus dem Vermögen des Betroffenen entsprächen nicht seinem wohlverstandenen Interesse; der Betreuer als Verwalter eines fremden Vermögens solle es erhalten, nicht vermindern.⁷⁶⁰ Was Pflicht- und Anstandsgeschenke nach § 1804 sind, wird

⁷⁵³ Staudinger/*Bienwald* § 1908 Rn. 7.

⁷⁵⁴ MünchKommBGB/*Schwab* § 1908 Rn 7; Staudinger/*Bienwald* § 1908 Rn. 7.

⁷⁵⁵ Einige Verweise wurden im Gesetzgebungsverfahren durch nachträgliches Einfügen mancher Regelungen vergessen, siehe dazu: Soergel/*Zimmermann* § 1908i Rn. 2; Palandt/*Diederichsen* § 1908i Rn. 1.

⁷⁵⁶ Soergel/*Zimmermann* § 1908i Rn. 2.

⁷⁵⁷ *Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein* Rn. 233; *Wesche* BtPrax 2003, 56, 60; Schmidt/*Böcker/Schmidt* Rn. 351.

⁷⁵⁸ Separat zu diskutieren ist dies bei Fragen der Vergütung des Betreuers, vgl. dazu: § 5 B.

⁷⁵⁹ Die Regelungen über Zuwendungen und Schenkungen beschränken diese Freiheit des Betreuten. Das wird nicht genügend berücksichtigt von *Epple* BtPrax 1993, 156, 158; *Dodegge/Roth* C. Rn. 163.

⁷⁶⁰ Motive zum BGB Band IV, S. 1106; Staudinger/*Engler* § 1804 Rn. 1; Gernhuber/*Coester-Waltjen* § 61 Rn. 11.

objektiv bestimmt.⁷⁶¹ § 1908i Abs. 2 erweitert die Möglichkeit zu Schenkungen auf übliche Gelegenheitsgeschenke.⁷⁶² Was unter diesen zu verstehen ist, kann objektiv bestimmt werden. Nach § 1908i Abs. 2 S. 1 a.E. sind sie vorzunehmen, wenn dies dem Wunsch des Betreuten entspricht und nach dessen Lebensverhältnissen üblich ist. Das strenge Schenkungsverbot soll durch § 1908i Abs. 2 jedoch nicht aufgeweicht, sondern nur „vorsichtig“ erweitert werden, so die gesetzliche Begründung.⁷⁶³

Die Pflicht-, Anstands- oder Gelegenheitsgeschenke kann der Betroffene umfassend in der Betreuungsverfügung bestimmen.⁷⁶⁴ Alle anderen Schenkungen sind dem Betreuer verboten. Dies gilt auch dann, wenn sie der Betreute ausdrücklich wünscht. Da der Betreuer eine Gelegenheitschenkung nach dem Gesetzestext nur auf Wunsch des Betreuten hin vornehmen darf, existiert ein subjektives Element,⁷⁶⁵ was der grundsätzlichen Ausrichtung des Betreuungsrechts auf die Wünsche und Vorstellungen des Betreuten entspricht. Das generelle Schenkungsverbot der §§ 1908i, 1804 schränkt den Betreuten, in seinem Recht aus Art. 14 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG, frei und selbstbestimmt über sein Vermögen verfügen zu können, unverhältnismäßig ein.⁷⁶⁶ „Das unbedingte Schenkungsverbot nimmt dem Betreuten die „Schenkungsfähigkeit“, ohne dass dies zu seinem Schutz erforderlich wäre.“⁷⁶⁷ Dem Missbrauch⁷⁶⁸ im Umgang mit dem Betreutenvermögen durch den Betreuer könnte man durch ein vormundschaftliches Genehmigungserfordernis vorbeugen.⁷⁶⁹ Dies wäre mit Blick auf die Rechtsverletzung aus Art. 14 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG die weniger eingreifende Rechtsmaßnahme.⁷⁷⁰ Geboten ist deshalb eine teleologische Reduktion des Schenkungsverbots auf eine Genehmigungspflicht bei den Schenkungen, die nicht Pflicht-, Anstands- oder übliche Gelegen-

⁷⁶¹ Vgl. BayObLG BtPrax 1998, 72, 74; BayObLG FamRZ 1996, 1359, 1360; Böhmer MittBayNot 1996, 405, 406 ff.; Holzbauer FamRZ 2000, 1063, 1064.

⁷⁶² BT-Drucks. 11/4528 S. 160.

⁷⁶³ BT-Drucks. 11/4528 S. 160; In jedem Fall sind die allgemeinen rechtlichen Grenzen zu beachten: Schenkungen zu Lasten des Trägers der Sozialhilfe oder zur Erlangung sonstiger subsidiärer Sozialleistungen sind stets unwirksam (Dodegge/Roth C. Rn. 163).

⁷⁶⁴ OLG Karlsruhe NJW-RR 2000, 1313, 1314; Dodegge/Roth C. Rn. 163; Lipp Vorsorgeverfügungen § 18 Rn. 93 ff.; Grziniotz ZEV 2005, 338, 340; Soergel/Zimmermann § 1908i Rn. 18; Staudinger/Engler § 1804 Rn. 19; dagegen: Palandt/Diederichsen § 1908i Rn. 17; MünchKommBGB/Schwab § 1908i Rn. 39.

⁷⁶⁵ Ausführlich dazu Kollmer S. 224 ff.

⁷⁶⁶ So auch: Lipp Vorsorgeverfügungen § 18 Rn. 98.

⁷⁶⁷ Lipp Vorsorgeverfügungen § 18 Rn. 98.

⁷⁶⁸ Missbrauch wird als Grund für das umfassende Schenkungsverbot durch den Betreuer gesehen (BayObLG FamRZ 1996, 1359, 1360). Zustimmung: Böhmer MittBayNot 1996, 405, 410 dort Fn. 71; ähnlich: MünchKommBGB/Schwab § 1908i Rn. 39 ff.

⁷⁶⁹ Bobenhausen BtPrax 1994, 158, 160 f.; Böhmer MittBayNot 1996, 405, 410; Canaris JZ 1987, 993, 999; insofern zustimmend auch MünchKommBGB/Schwab § 1908i Rn. 39.

⁷⁷⁰ Derzeitige Regelung als unverhältnismäßiger Rechtseingriff: Lipp Vorsorgeverfügungen § 18 Rn. 98; Canaris JZ 1987, 993, 998 f.; Holzbauer FamRZ 2000, 1063, 1068; Grziniotz ZEV 2005, 338, 339 f.

heitsgeschenke sind, deren Vornahme aber vom Betreuten gewünscht wird, da dem Gesetzgeber hier keine Regelungsalternativen zur Verfügung stehen.⁷⁷¹

Aufgrund der Unsicherheiten einer Schenkung durch den Betreuer, empfiehlt sich, bei der Konzeption der Vorsorgeregung auf alternative Gestaltungsmöglichkeiten wie der Verfügung von Todes wegen oder einer (verfrühten) Schenkung mit einer (aufschiebenden) Bedingung durch den Betroffenen selbst, zurückzugreifen. Sofern der Betroffene bei der Abfassung der Vorsorgeregung nicht unmittelbar nach § 104 Nr. 2 geschäftsunfähig ist oder einem Einwilligungsvorbehalt unterliegt, kann er in vollem Umfang über sein Vermögen verfügen. Somit kann er Schenkungen aus seinem Vermögen uneingeschränkt vornehmen und sogar seinen künftigen Betreuer bedenken.⁷⁷²

cc) Zwischenergebnis

Mittels der Betreuungsverfügung ist die Vermögensverwaltung durch den Betreuer während der Betreuung nur zum Teil regelbar.⁷⁷³ Darunter fallen Fragen zum Vorgehen im Fall, dass das Vermögen nicht zur Deckung der Lebenskosten (Pflege, Wohnen etc.) ausreicht – z.B. welche Teile des Eigentums veräußert werden können⁷⁷⁴ – wie auch die Grundaussage, ob das Vermögen eher zusammengehalten oder möglichst viel für eine gute Versorgung und Pflege ausgegeben werden soll⁷⁷⁵. Antizipierte Entscheidungen über die Geldanlage gem. §§ 1908i, 1806⁷⁷⁶ und Gelegenheitsgeschenke nach § 1908i Abs. 2 S. 1⁷⁷⁷ sind möglich. Geregelt werden kann so die Höhe des monatlichen Taschengeldes, die Aufrechterhaltung von Mitgliedschaften in Vereinen, die Weiterzahlung von Spenden oder traditioneller Geschenke an Angehörige⁷⁷⁸. Möglich ist, Anreize für Einzelpflichten wie der Entschädigung für Einzelausfahrten oder Spaziergänge⁷⁷⁹ zu treffen.⁷⁸⁰

Die Regelungen zur Vermögenssorge des Betreuten schützen primär die Verwirklichung seiner Wünsche und Vorstellungen und erlauben so eine antizipierte Festlegung durch den Einzelnen in seiner Betreuungsverfügung. Das absolute Schenkungsverbot nach §§ 1908i Abs. 2 S. 1, 1804 wird durch die Ausnahmen in S. 2 a.E. gelockert und bedarf einer teleologischen Reduktion, bei Schenkungen, die durch den Betreuten gewollt sind.

⁷⁷¹ *Holzbauer* FamRZ 2000, 1063, 1068; *Canaris* JZ 1987, 993, 999; *Lipp* S. 163 f.; *Ermann/Roth* § 1908i Rn. 37 f.; *Soergel/Zimmermann* § 1908i Rn. 17; anders dagegen die wohl noch h.M., vgl. *Münch-KommBGB/Schwab* § 1908i Rn. 39.

⁷⁷² *MünchKommBGB/Schwab* § 1908i Rn. 44.

⁷⁷³ *Epple* BWNtZ 1992, 27, 29 f.; *Dodegge/Roth* C. Rn. 163.

⁷⁷⁴ *Winkler* S. 60, 67.

⁷⁷⁵ *Winkler* S. 60, 67.

⁷⁷⁶ *Zimmermann* Rn. 368; *Cypionka* NJW 1992, 207, 210.

⁷⁷⁷ *Zimmermann* Rn. 368.

⁷⁷⁸ *Coeppicus* Sachfragen S. 63.

⁷⁷⁹ *Epple* BtPrax 1993, 156, 158.

⁷⁸⁰ Str.; vgl. dazu auch die Ausführungen unter § 5 B.

d) Sonstige Angelegenheiten

Fraglich ist, welche gesetzlichen Regelungen neben den einschlägigen Bestimmungen zur Gesundheitspflege, zum Aufenthalt und zum Vermögen des Betreuten diesen in der antizipierten Festlegung seiner Wünsche und Vorstellungen einschränken. Hier sind v.a. Regelungen zu beachten, die ein persönliches Entscheiden oder Handeln des Betroffenen fordern. Wünsche und Vorstellungen des Betroffenen können nur dann von dem Betreuer umgesetzt werden, wenn ihre Umsetzung durch einen gesetzlichen Vertreter rechtlich möglich ist. Grenzen der gesetzlichen Vertretungsmacht des Betreuten bestehen dort, wo die höchstpersönliche Natur des Geschäfts eine Stellvertretung verbietet bzw. das Gesetz ausdrücklich ein persönliches Handeln verlangt.⁷⁸¹ Der Betreute ist – unabhängig von seinem Krankheitsbild – in dem Kernbereich seines Persönlichkeitsrechts völlig autonom⁷⁸². Dies betrifft unter anderem die Eheschließung nach § 1311, die Eingehung einer eingetragener Lebenspartnerschaft gem. § 1 Abs. 1 LPartG, die Errichtung oder den Widerruf letztwilliger Verfügungen nach §§ 2064, 2274 sowie die Abgabe einer Sorgerechtersklärung nach § 1626c Abs. 1. Des Weiteren kann der Betreuer gem. §§ 1795 Abs. 2, 181 den Betreuten nicht wirksam bei Insichgeschäften vertreten.⁷⁸³ Dem Betreuer sind zudem gem. §§ 1908i Abs. 1 i.V.m. 1795 einzelne Angelegenheiten entzogen, wenn die Interessen des Betreuten mit denen des Betreuers kollidieren. Somit können diesbezügliche Wünsche und Vorstellungen des Betroffenen in der Betreuungsverfügung zwar Niederschlag finden, sie entfalten jedoch keine rechtliche Wirksamkeit.

4. Zwischenergebnis

Der Gesetzgeber hat für die Führung der Betreuung die §§ 1901 ff. auf den Betreuten ausgerichtet, indem er dessen Wünsche und Vorstellungen gem. § 1901 Abs. 2 und 3 Verbindlichkeit gewährt. Durch antizipierte Äußerungen kann der Betroffene in der Betreuungsverfügung Entscheidungen zu allen Bereichen seines Lebens treffen.⁷⁸⁴ Das Betreuungsrecht schränkt die Möglichkeiten der vorsorglichen Regelung von Fragen der Gesundheit, des Aufenthaltes und des Vermögens zum Teil ein. Lediglich §§ 1905 und 1906 formulieren inhaltliche Anforderungen. Alle übrigen gesetzlichen Regelungen verweisen auf den allgemeinen Maßstab und somit auf § 1901 Abs. 2 und 3. In diesen Fällen ist allein maßgeblich, was der Betroffene wünscht.

Art und Zahl der verbindlichen, im Rahmen der Betreuungsverfügung antizipiert äußerbaren Wünsche ist unbegrenzt.⁷⁸⁵ Mittels der Betreuungsverfügung

⁷⁸¹ Müller/Renner Rn. 127 ff.

⁷⁸² Kollmer S. 92.

⁷⁸³ Müller/Renner Rn. 139.

⁷⁸⁴ Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann § 1901 Rn. 22; Perau MittRhNotK 1996, 285, 286; HK-BUR/Bauer § 1901 Rn. 35.

⁷⁸⁵ Perau MittRhNotK 1996, 285, 286 und 288.

kann der Betroffene vom Verbleib seiner Haustiere⁷⁸⁶ bis zur Auswahl seines Pflegedienstes alles Erdenkliche für sein Leben und sein Ableben festlegen.

IV. Stellung, Aufsicht und Pflichten des Betreuers

Der Betreuer ist dem Wohl des Betreuten verpflichtet und deshalb grundsätzlich im jeweiligen Einzelfall an den Wunsch des Betreuten gebunden, sofern sich dieser damit nicht aufgrund seiner eingeschränkten Eigenverantwortlichkeit selbst zu schädigen droht (§ 1901 Abs. 2, 3 S. 1). Die Einhaltung dieser Pflicht hat zunächst das Betreuungsgericht zu überwachen.⁷⁸⁷ Fraglich ist, ob der Betroffene mittels der Betreuungsverfügung eine Haftungserleichterung für den Betreuer bestimmen kann. Gem. § 1833 i.V.m. § 1908i Abs. 1 S 1 haftet der Betreuer für einen Schaden, der durch unbegründetes Übergehen eines Wunsches des Betreuten durch den Betreuer entsteht⁷⁸⁸. Der Betreuer hat seine Angelegenheiten so zu erledigen, dass es zu keiner schuldhaften Pflichtverletzung gegenüber dem Betreuten kommt⁷⁸⁹. Dies gilt auch für die pflichtmäßig einzuholende vormundschaftliche Genehmigung in den gesetzlich vorgesehenen Fällen.⁷⁹⁰ Sonst haftet er gem. § 1833 i.V.m. 1908i Abs. 1 auf Schadensersatz⁷⁹¹ und ist ggf. strafrechtlichen Folgen ausgesetzt.⁷⁹² Da § 1833 nicht dispositiv ist, ist eine individuelle Regelung nicht möglich.⁷⁹³ Sollte sie getroffen werden, ist sie für den Betreuer nicht verbindlich. So dass der Betreuer nicht von der Ersatzpflicht eines auf einer Pflichtverletzung beruhenden Schadens gem. § 1908i Abs. 1, 1833 durch den Betreuten freigesprochen werden kann.⁷⁹⁴ Zum Teil wird hier eine erbrechtliche Lösung vorgeschlagen, die eine verbindliche Regelung ermöglicht, nach der die Erben des Betreuten gegen den Betreuer keine Schadensersatzansprüche geltend machen dürfen: eine Auflage gem. § 2192 oder ein Vermächtnis nach § 2174 an den Betreuer. Dies müsste wegen des erbrechtlichen Charakters aber in Testamentsform erfolgen.⁷⁹⁵

Nach §§ 1908i Abs. 1 i.V.m. 1837 Abs. 2 führt das Betreuungsgericht über die Tätigkeit des Betreuers Aufsicht. Dazu muss der Betreuer diesem gem. §§ 1898i

⁷⁸⁶ *Coepplius* Sachfragen S. 63.

⁷⁸⁷ *Staudinger/Bienwald* § 1901 Rn. 11 f.; *Erman/Holzhauser* § 1901 Rn. 7.

⁷⁸⁸ *MünchKommBGB/Schwab* § 1901 Rn. 19; *Zimmermann* Rn. 369 und *FamRZ* 1991, 270 ff.

⁷⁸⁹ *BT-Drucks.* 11/4528 S. 141.

⁷⁹⁰ Sowohl im Rahmen der allgemeinen Aufsicht nach §§ 1908i Abs.1 S. 1, 1837 Abs. 2, 3, 1839 - 1841, 1843 als auch bei der betreuungsgerichtlichen Genehmigung nach §§ 1904 - 1907, 1908i Abs. 1 S. 1, 1810 S. 2, 1811, 1812 Abs. 3, 1814 - 1816, 1819 - 1821, 1822 Nr. 1 - 4, 6 - 13, 1823, 1825.

⁷⁹¹ Dies gilt auch bei Vereins- oder Behördenbetreuern; werden Mitarbeiter zum Einzelbetreuer bestellt, haften sie als natürliche Person.

⁷⁹² Vgl. z.B. § 266 Strafgesetzbuch.

⁷⁹³ *Zimmermann* Rn. 369; *Epple* *BWNotZ* 1992, 27, 29.

⁷⁹⁴ Somit kann er zumindest von den Erben des Betreuten und den Nachfolgebetreuern in Anspruch genommen werden, wenn ihm bei der Wahrnehmung der Betreuung ein Fehler unterlaufen ist.

⁷⁹⁵ *Zimmermann* Rn. 369.

Abs. 1 i.V.m. 1839 und 1840 Auskunft erteilen und nach §§ 1908i Abs. 1 i.V.m. 1802 ein Vermögensverzeichnis des Betreuten erstellen. Bei diesen Normen handelt es sich um Ge- und Verbote zur pflichtgemäßen Fürsorge durch das Betreuungsgericht.⁷⁹⁶ Sie sind Grundlage der gerichtlichen Kontrolle. Als solche sind sie nicht durch den Betroffenen mittels abweichender Wünsche der Betreuungsverfügung abdingbar.⁷⁹⁷ Gleiches gilt für die Mitteilungspflicht des Betreuers, wenn Umstände bekannt werden, die eine Betreuungsänderungsanordnung notwendig werden lassen, vgl. § 1901 Abs. 5.⁷⁹⁸

Endet die Betreuung durch Aufhebung, Entlassung des Betreuers oder Tod des Betreuten, ist der Betreuer unter Mitwirkung des Gegenbetreuers (Gegenvormundes) verpflichtet, über die Verwaltung Rechnung zu legen und das verwaltete Vermögen herauszugeben, vgl. § 1908i i.V.m. §§ 1890 – 1892. Stirbt der Betreuer, so muss nach den Grundsätzen für die erste Bestellung gem. § 1908c ein neuer bestellt werden.⁷⁹⁹ Auch bei diesen Regelungen handelt es sich um zwingendes Recht zum Schutz des Betreuten, welches nicht durch seine antizipierten Wünsche der Betreuungsverfügung abgedungen werden können.

B. Vergütung des Betreuers

Grundsätzlich wird die rechtliche Betreuung unentgeltlich ehrenamtlich geführt, vgl. §§ 1908i Abs. 1, 1836 Abs. 1 S. 1. In diesem Fall erfolgt lediglich ein Aufwendungsersatz des Betreuers. Ausnahmsweise kann die Betreuung entgeltlich geführt werden, wenn sie entweder berufsmäßig, vgl. §§ 1908i Abs. 1, 1836 Abs. 1 S. 2 oder zwar ehrenamtlich geführt wird, der Umfang oder die Schwierigkeit der vormundschaftlichen Geschäfte der Betreuung jedoch eine angemessene Vergütung rechtfertigen, vgl. §§ 1908i Abs. 1, 1836 Abs. 2. In diesen Fällen erhält der Betreuer eine Vergütung und einen Aufwendungsersatz.

I. Mittellosigkeit des Betreuten

Die Vergütung erfolgt bei mittellosen Betreuten aus der Staatskasse, vgl. §§ 1908i, 1835 Abs. 4, 1835a Abs. 3, 1836 d. Der Staat kann den Betreuten oder seine Erben in Regress nehmen, §§ 1908i Abs. 1, 1836e. Die Vergütung wird durch §§ 1908i Abs. 1, 1836 Abs. 1 i.V.m. §§ 4 ff. VBVG nach den dort genannten Pau-

⁷⁹⁶ MünchKommBGB/*Wagenitz* § 1839 Rn. 1, § 1840 Rn. 3.

⁷⁹⁷ Staudinger/*Bienwald* § 1908i Rn. 110.

⁷⁹⁸ BT-Drucks. 11/4528 S. 135; Weitere Mitteilungspflichten ergeben sich aus § 6 Abs. 3 S. 2 Bundeszeichengesetz (der Meldepflicht für den Betreuer, welchem die Personensorge für einen Betroffenen zusteht) und aus § 43 Abs. 1 Waffengesetz (die Anzeigepflicht des Betreuers im Fall des Erwerbs einer erlaubungspflichtigen Schusswaffe durch den Betreuten) vgl. MünchKommBGB/*Schwab* § 1901 Rn. 28.

⁷⁹⁹ Jürgens/Kröger/Marschner/*Winterstein* Rn. 150.

schalen festgelegt.⁸⁰⁰ Diese Festsetzung erfolgt durch das Betreuungsgericht, dem diesbezüglich kein Ermessen zusteht.⁸⁰¹ Weil der Betreuer in diesem Fall aus der Staatskasse vergütet wird, kann die Vergütung des Betreuers eines mittellosen Betreuten nicht individuell durch die Wünsche des Betroffenen mittels einer Betreuungsverfügung ausgestaltet werden.⁸⁰² Sie unterliegt den gesetzlichen Regelungen der §§ 1908i Abs. 1, 1836 i.V.m. §§ 4 ff. VBVG.

II. Vermögende Betreute

Bei vermögenden Betreuten wird die Vergütung und der Aufwendungsersatz aus deren Privatvermögen beglichen, vgl. §§ 1908i Abs. 1, 1836 c. Das Gesetz sieht eine ausdrückliche Einflussnahme durch den Betreuten nicht vor. Die Regelungen der Betreuervergütung sind zum Großteil zwingend.⁸⁰³ Die Stundensätze sind nicht durch einen monatlichen Pauschalbetrag oder einen Prozentsatz des verwalteten Vermögens abdingbar.⁸⁰⁴ Eine individuelle Einflussnahme ist auf die Bereiche beschränkt, in denen das Gesetz nicht zwingend ist, für das Betreuungsgericht also ein Ermessen in der Festsetzung besteht. Fraglich ist, inwieweit der Betroffene mittels seiner Betreuungsverfügung auf die Vergütung seines Betreuers individuell Einfluss nehmen kann.

1. Individuelle Vergütung des Berufsbetreuers

a) Vormünder- und Betreuervergütungsgesetz

Der Berufsbetreuer erhält Vergütung und Aufwendungsersatz nach den Pauschalen der §§ 1908i Abs. 1, 1836 I und § 4 Abs. 2 VBVG. Über die Tätigkeit als Betreuer hinaus kann der Betreuer für besondere berufliche Dienste eine Vergütung als Aufwendungsersatz nach § 4 Abs. 2 VBVG und § 1836 Abs. 3 gesondert geltend machen. Fraglich ist, ob diese Regelungen eine individuelle Festsetzung der Vergütung durch den Betreuten untersagen. Sein Vermögen darf er als sein Eigen-

⁸⁰⁰ Die Pauschalen setzen sich aus sog. Stundensätzen zusammen, die sich nach folgenden Kriterien richten: § 4 Abs. 1 VBVG: nach der Ausbildung des Betreuers; § 5 Abs. 1 und 2 VBVG: nach der Dauer der Betreuung.

⁸⁰¹ OLG Hamm FamRZ 2003, 116; Lipp FS Bienwald S. 177, 189; Palandt/Diederichsen Anhang zu § 1836 Rn. 1; HK-BUR/Bauer/Deinert § 1836 Rn. 69; MünchKommBGB/Wagenitz Vor § 1836 Rn. 14.

⁸⁰² Palandt/Diederichsen § 1836 Rn. 6, 11.

⁸⁰³ Jürgens/Jürgens § 4 VBVG Rn. 2 ff.; MünchKommBGB/Wagenitz § 1836 Rn. 5 sieht jedoch die Möglichkeit eines separate Dienst- oder Werkvertrages für Betreuungsaufgaben.

⁸⁰⁴ HK-BUR/Bauer/Deinert § 1836 Rn. 72; BR-Drucks. 960/96 S. 26; so auch schon BayOLG FamRZ 1992, 854,855; OLG Frankfurt/Main FamRZ 1993, 603, 604. Eine Erhöhung der Vergütung erfolgt gesetzlich nur, soweit der Betreuer über seine Tätigkeit als Betreuer hinaus zusätzliche Dienste für den Betreuten erbringt (§§ 1908i Abs. 1, 1835 Abs. 3 i.V.m. § 4 Abs. 2 S. 2 VBVG). Dies ist jedoch nicht als Erhöhung der gesetzlichen Pauschalen zu sehen, sondern als Vergütung einer Leistung im Rahmen der regulären beruflichen Tätigkeit des Betreuers.

tum nach seinen Vorstellungen verwenden, vgl. Art. 14 GG, § 1901 Abs. 3. § 5 VBVG bestimmt die Vergütung des Betreuers eines vermögenden Betreuten.

Das VBVG ist seit Juli 2005 in Kraft. Die vorher geltende Vergütungsordnung⁸⁰⁵ ermöglichte eine individuelle Fallvergütung, die nach Zeitaufwand abzurechnen war. Mit Einführung des VBVG sollten zum einen die Stundensätze vereinheitlicht werden und zum anderen eine Entbürokratisierung für die Betreuer und das Betreuungsgericht erzielt werden.⁸⁰⁶ Nach der alten Regelung des BVormVG⁸⁰⁷ musste jede im Rahmen der Betreuung geleistete Stunde durch den Betreuer für den Rechtspfleger nachvollziehbar aufgelistet und begründet werden. Der dafür erforderliche Zeit- und Kraftaufwand sollte durch die neue Regelung der pauschalen Fallvergütung vermieden werden, der Betreuung zugute kommen und die Missbrauchsgefahr⁸⁰⁸ verringern. Aufgrund des eine weitere Beschwerde ausschließenden früheren Verweises der Vergütungsregelungen auf das ZSEG⁸⁰⁹ entwickelte sich nach dem alten Recht eine Judikatur mit Streitigkeiten über Abrechnung und Bemessung der Vergütung.⁸¹⁰ Diese belasteten die Betreuungsgerichte durch hohe Fallzahlen unverhältnismäßig und beanspruchten den Justizfiskus durch zum Teil erheblich überzogene Vergütungserwartungen mancher Berufsbetreuer.⁸¹¹

Mit Einführung des VBVG sollte eine einheitliche, nicht durch Ausnahmen geprägte Regelung getroffen werden. Die Regelungen des VBVG sind daher abschließend und zwingend und lassen keine Ausnahmen in Form von individuellen Abreden zu.⁸¹² Diesbezüglich lässt sich weder mittels einer Betreuungsverfügung von Seiten des Betreuten, noch durch das Betreuungsgericht eine andere Pauschale treffen. § 5 VBVG ist in das abschließende gesetzliche System einbezogen.⁸¹³

⁸⁰⁵ BGB i.V.m. BVormVG.

⁸⁰⁶ BR-Drucks. 865/03 S. 1; OLG Braunschweig BtPrax 2007, 32, 35; Jurgelcit/*Jurgelcit* § 4 VBVG Rn. 5 - 7 und § 5 VBVG Rn. 4 - 6.

⁸⁰⁷ Berufsvormündervergütungsgesetzes.

⁸⁰⁸ Da der Betreuer nun überhaupt keine Stunden mehr darlegen muss, kann er auch keine darlegen, die er nicht geleistet hat.

⁸⁰⁹ Zeugen- und Sachverständigenentschädigungsgesetz.

⁸¹⁰ MünchKommBGB/*Wagenitz* Vor § 1835 Rn. 4.

⁸¹¹ MünchKommBGB/*Wagenitz* Vor § 1835 Rn. 4.

⁸¹² *Lipp* FS Bienwald S. 177, 189.

⁸¹³ Das OLG Braunschweig befasste sich mit dem VBVG aufgrund einer Klage eines Betreuers, der sich durch die §§ 4, 5 VBVG in seinen Grundrechten verletzt sah. Das OLG sieht die pauschalen Stundensatzvergütung nach §§ 4 Abs. 1, 5 VBVG aufgrund fehlender Ausnahmeregelungen für besonders aufwendige und schwere Betreuungen im Fall des bemittelten Betreuten als verfassungswidrig an (OLGR Braunschweig 2007, 94, 94). § 4 Abs. 2 S. 1 VBVG bewertet es als nicht mit dem GG vereinbar, soweit danach der Stundensatz auch Kosten für Aufwendungen des Berufsbetreuers abdeckt, die nicht Aufwendungen im Sinne des § 1835 Abs. 3 darstellen und nicht zu den gewöhnlichen, mit der Führung von Betreuungen regelmäßig verbundenen, allgemeinen Kosten gehören. Insofern sah das OLG §§ 4, 5 VBVG als mit Art. 12 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar. Das BVerfG wies die Vorlage als unzulässig ab. Es fehlte an einer sorgfältigen Prüfung der Entscheidungserheblich- und der Verfassungsmäßigkeit der als verfas-

Sinn und Zweck, ihre historische Entwicklung und ihr klarer Wortlaut erlauben keine abweichende Bestimmung der Vergütung des Berufsbetreuers. Eine individuelle Ausgestaltung der Vergütung – abweichend von den VBVG durch die Betreuungsverfügung – ist bei Berufsbetreuern nicht möglich. Die Regeln des VBVG sind diesbezüglich zwingend und abschließend.

b) Alternative Vereinbarungen

Zur individuellen Ausgestaltung der Vergütung erscheint eine testamentarische Berücksichtigung möglich, die Vergütung durch separaten und zusätzlichen Dienstleistungsvertrag oder durch Schenkung.

Die Gefahr des Missbrauchs durch den Betreuer lässt sich im Rahmen privat-autonomer Regelungen nur bedingt begegnen. Bei der testamentarischen Berücksichtigung kann dem Einwand der Erben mit Verweis auf den Pflichtteilergänzungsanspruch nach § 2325 begegnet werden. Dieser schützt den Erben im Wege der Vermögensnachfolge in hinreichendem Maße, zumal es um die Frage der Verfügungsbefugnis des Betreuten im Rahmen der Selbstbestimmung über sein Vermögen geht. Eine testamentarische Berücksichtigung des Betreuers ist jedoch mit Blick auf die Ziele des Betreuungsrechts kritisch zu bewerten. Der Betreuer erhält den Vorteil der höheren Vergütung nicht während der Führung der Betreuung, sondern erst nach deren Abschluss mit Eintritt des Todes des Betreuten. Der Betreute wird seinen Betreuer i.d.R. für seinen Zeit- und Leistungsaufwand während der Zeit der Betreuung parallel zu dieser materiell belohnen wollen. Dies entspräche auch den Zielen des Betreuungsrechts, das ausschließlich zu Lebzeiten Anwendung findet. Einer testamentarischen Berücksichtigung des Betreuers stehen die derzeitigen gesetzlichen Regelungen nicht entgegen. Die dem Einzelnen durch das VBVG aufgelegte Beschränkung der freien Ausübung seines Selbstbestimmungsrechts über sein Vermögen kann folglich aufgewogen werden.

Ein neben der Vergütung separater und zusätzlicher Dienstleistungsvertrag oder eine Schenkung würde das System der Vergütung missachten und wäre daher möglicherweise wegen des zwingenden Charakters des VBVG gem. § 134 nichtig. Individuell vereinbarte Honorare könnten Erfolgshonorare sein, so dass in dieser Form zum einen eine hohe Missbrauchswahrscheinlichkeit, zum anderen ein Konflikt mit dem Wettbewerbsrecht entstehen könnte.⁸¹⁴ Die Möglichkeit, eine Vergütung durch individuelle Regelungen zu treffen, bildet daher nach neuem Recht keine Lösung.

sungswidrig erachteten Vorschriften. Das BVerfG merkte in seiner Begründung an, dass sich für die gerichtliche Vergabepaxis bei Betreuungen die Verfassungswidrigkeit der Normen §§ 4, 5 VBVG nicht begründen ließe (BVerfGE 1 BvL 10/06 vom 06.02.2007 Rn. 27). Die Regelung der Berufsbetreuervergütung sei zudem nicht anhand eines Einzelfalles, sondern im Verbund mehrerer Betreuungen und folglich im Rahmen der sog. Mischkalkulation vorzunehmen. Danach soll ein Betreuer gleichermaßen mit aufwendungsintensiveren wie mit weniger aufwendigen Betreuungen betraut werden.

⁸¹⁴ *Bienwald* Rpfleger 2002, 423 ff.

2. Individuelle Vergütung des ehrenamtlich tätigen Betreuers

a) Gestaltungsmöglichkeiten durch die Betreuungsverfügung

Der ehrenamtlich tätige Betreuer erhält gem. § 1835 grundsätzlich keine Vergütung,⁸¹⁵ lediglich nach §§ 1908i Abs. 1, 1835 Abs. 1 – 4 einen Aufwendersatz.⁸¹⁶ Diesen kann er nach § 1835a statt in einer Einzelabrechnung in Form einer pauschalen Entschädigung verlangen. Ausnahmsweise kann eine angemessene Vergütung bei vermögenden Betreuten nach Ermessen des Gerichts festgesetzt werden,⁸¹⁷ vgl. §§ 1908i Abs. 1, 1835a Abs. 1 S. 1, 1836 Abs. 2. Nur bei dem vermögenden Betreuten steht dem Gericht ein pflichtgemäßes Ermessen zu,⁸¹⁸ welches mittels einer Betreuungsverfügung beeinflusst werden könnte.

Die Anerkennung dieses Ermessens ist in der Rechtsprechung bislang wenig gesichert.⁸¹⁹ § 1836 Abs. 2 begrenzt seinem Wortlaut nach die Bewilligung des Gerichts einer angemessenen Vergütung, soweit der Umfang oder die Schwierigkeit der betreuungsrechtlichen Geschäfte dies rechtfertigen. Der Wortlaut gibt die Bemessung der Vergütung nicht der Gestaltungsmöglichkeit mittels Wünschen nach einer Vergütung des ehrenamtlich tätigen Betreuers in der Betreuungsverfügung frei.⁸²⁰ Dem Einverständnis des Betreuten schreiben einige daher nur die Wirkung eines Indizes für das Vorliegen dieser gesetzlichen Kriterien zu.⁸²¹ Diese Einschätzung wird dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen nicht gerecht. Sachlich geht es bei der Frage der Vergütung um die Frage der Verwendung des Vermögens. § 1901 Abs. 3 sichert die Beachtung der Wünsche des Betroffenen⁸²² und somit auch die gewünschte Verteilung seines Vermögens. Der Betroffene bestimmt somit, was mit seinem Vermögen geschieht.

Die Festsetzung der Vergütung muss durch das Betreuungsgericht vorgenommen werden.⁸²³ Dies hat seinen Grund zum einen im Schutz des Betroffenen, der vor einer von dem Betreuer, entgegen oder ohne den Willen des Betroffenen,

⁸¹⁵ Palandt/*Diederichsen* § 1835 Rn. 1; MünchKommBGB/*Wagenitz* Vor § 1835 R. 6; HK-BUR/*Bauer/Deinert* § 1836 Rn. 37.

⁸¹⁶ § 1835a ermöglicht hier statt einer Einzelabrechnung auch eine Pauschalentschädigung. Die Vergütung wird allein durch das BGB geregelt, ein Verweis auf das VBVG liegt nicht vor (Palandt/*Diederichsen* § 1836 Rn. 5).

⁸¹⁷ Palandt/*Diederichsen* § 1836 Rn. 6, 7; BT-Drucks. 15/4874 S. 32.

⁸¹⁸ BayObLG FamRZ 2004, 1138, 1139; OLG Hamm FamRZ 2003, 116; Palandt/*Diederichsen* § 1836 Rn. 6 ff.; Soergel/*Zimmermann* § 1836 Rn. 35; *Knittel* § 1836 Rn. 48.

⁸¹⁹ Vgl. Dodegge/*Roth* C. Rn. 173.

⁸²⁰ So MünchKommBGB/*Wagenitz* § 1836 Rn. 62, 63, 70 mit der Ausnahme, dass die unentgeltliche Besorgung der Geschäfte unzumutbar ist. Dann darf eine Vergütung zugebilligt werden. Palandt/*Diederichsen*, 63. Auflage § 1836 Rn. 25 billigt eine Vergütung aufgrund einer Vereinbarung immerhin dann, wenn der Betreute voll geschäftsfähig ist.

⁸²¹ BayObLG FamRZ 2002, 130, 131. Wenn die Geschäftsfähigkeit des Betroffenen nicht in Frage steht weitergehend: *Deinert/Lütgens* Rn. 419 und Palandt/*Diederichsen* 63. Auflage § 1836 Rn. 25.

⁸²² HK-BUR/*Bauer* § 1901 Rn. 34 ff.; siehe auch § 2 C. II., III.

⁸²³ Palandt/*Diederichsen* § 1835 Rn. 7; MünchKommBGB/*Wagenitz* § 1836 Rn. 75.

selbstständig festgelegten und aus dem Vermögen des Betroffenen entnommenen Vergütung bewahrt werden soll. Zum andern erhält der Betreuer dadurch einen Vollstreckungstitel.⁸²⁴ Die Vergütung darf erst nach Beschluss durch das Gericht aus dem Vermögen des Betreuten entnommen werden.⁸²⁵ Die Einschaltung des Gerichts ändert schließlich aber nichts an der Grundnorm des § 1901 Abs. 3, an die das Gericht wie der Betreuer gebunden ist.⁸²⁶ Das Ermessen des Gerichts nach § 1836 Abs. 2 bezieht sich in diesem Fall also nicht auf die Frage von Umfang und Schwierigkeit der vormundschaftlichen Geschäfte, sondern die inhaltliche Überprüfung der Betreuungsverfügung mit Blick auf die Umsetzung des verfassten Willens. Daher ist die Ausgestaltung der Vergütung eines ehrenamtlich tätigen Betreuers eines vermögenden Betreuten nicht auf die Ausnahme des § 1836 Abs. 2 beschränkt. Vielmehr ist die Vergütung – über diese gesetzlich festgelegte Ausnahme hinausgehend – der Gestaltung durch die Betreuungsverfügung eröffnet.⁸²⁷

b) Individuelle Bestimmung der Vergütungshöhe

Die Höhe der nach § 1836 Abs. 2 festgelegten Vergütung eines Berufsbetreuers galt nach einer in Rechtsprechung und Literatur bis zur Einführung des VGVB⁸²⁸ vertretenen Ansicht als Höchstgrenze für die Vergütung eines ehrenamtlich tätigen Betreuers.⁸²⁹ Grund war zum einen die Auffassung, dass der ehrenamtlich tätige Betreuer gerade nicht aus Gewinnerzielungsabsicht, sondern aus anderen Motiven handelt, er durch diese Finanzierung also nicht seinen Unterhalt bestreiten muss.⁸³⁰ Zum anderen sollte es zu keiner Kommerzialisierung der Vergütung kommen. Daher sei auch nur ein Aufwendersersatz – als Ausgleich für die aufgewendete Zeit und aufgebrauchte Leistung –, keine Vergütung gerechtfertigt,⁸³¹ so dass die Vergütung eines Berufsbetreuers als Kontroll- und Höchstwert anzusehen sei.⁸³² Die grundsätzlich ehrenamtliche und als staatsbürgerliche Ehrenpflicht folglich unentgeltlich zu führende Betreuung dürfe nur dann vergütet werden,

⁸²⁴ MünchKommBGB/*Wagenitz* § 1836 Rn. 79.

⁸²⁵ Palandt/*Diederichsen* § 1836 Rn. 7.

⁸²⁶ Siehe hierzu § 2 C. II.

⁸²⁷ *Lipp* FS Bienwald S. 177, 189 f.; *Epple* BWNotZ 1992, 27, 29.

⁸²⁸ 01.07.2005.

⁸²⁹ BayObLG FamRZ 2004, 1138, 1139; weniger streng (Kontrollwert): MünchKommBGB/*Wagenitz* § 1836 Rn. 71.

⁸³⁰ BayObLG FamRZ 2004, 1138, 1139.

⁸³¹ BayObLG FamRZ 2004, 1138, 1139.

⁸³² Nicht in Form der Stundensätze als Mindestwerte (BayObLG FamRZ 2004, 1138, 1139). Anders: BayObLG FamRZ 2004, 1138, 1139; MünchKommBGB/*Wagenitz* § 1836 Rn. 71; weder Mindest- noch Höchstgrenze lt. Palandt/*Diederichsen* 63. Auflage § 1836 Rn. 28; LG Baden-Baden 3 T 33/06, berichtigend jedoch OLG Karlsruhe 11 Wx 74/06 am 01.03.2007; anders auch *Bienwald* FamRZ 2006, 1302.

wenn ihre Ausübung als Ehrenpflicht nicht mehr zugemutet werden könne.⁸³³ Jüngere Entscheidungen zeigen zunehmend Kritik an dieser Grenzfestsetzung. Das neue System der Pauschalierung der Vergütung durch das VBVG erlaube keinen Vergleich der ehrenamtlichen mit der Berufsbetreuung, weil es sich nicht mehr am Zeitaufwand orientiere⁸³⁴.

Diese Grenze hat nur Bedeutung, wenn das Gericht – von sich aus oder auf Bestreben des Betreuers hin – eine objektiv angemessene Vergütung bewilligen muss. Dies ist bei der Frage der individuellen Vergütungsbestimmung durch die Betreuungsverfügung nicht der Fall. Hier bestimmt der zu Betreuende die Vergütung. Eine objektiv angemessene Grenze muss dann nicht durch das Betreuungsgericht bestimmt werden. Zudem kann eine objektive Grenze nicht vor dem (aktuellen) Wunsch oder den Äußerungen in Form einer Betreuungsverfügung des Betreuten gelten, weil dann § 1901 Abs. 3 als Grundnorm außer Kraft gesetzt wäre.

Somit ist die Vergütung eines ehrenamtlich tätigen Betreuers über die Ausnahme des § 1836 Abs. 2 hinaus der individuellen Gestaltungsmöglichkeit durch die Betreuungsverfügung eröffnet.

3. Zwischenergebnis

Bei der Festsetzung der Vergütung des Betreuers von vermögenden Betreuten ist zwischen beruflicher- und ehrenamtlicher Tätigkeit zu unterscheiden. Die Vergütung eines Berufsbetreuers ist in den §§ 1836, 1908i i.V.m. §§ 4, 5 VBVG abschließend geregelt. Ein individueller Einfluss mittels der Betreuungsvergütung ist nicht möglich. Eine Festsetzung der Vergütung durch den Betroffenen ist nach § 1836 Abs. 2 nur bei ehrenamtlich tätigen Betreuern möglich. Hier kann der vermögende Betroffene frei über sein Vermögen verfügen und eine individuelle, von den gesetzlichen Vorgaben abweichende Bestimmung mittels der Betreuungsverfügung treffen.

C. Ergebnis zu § 5

Der Einzelne kann durch antizipiert geäußerte Wünsche im Rahmen der Betreuungsverfügung umfassend auf die Führung seiner Betreuung einwirken. Die vom Gesetz in §§ 1904 – 1908 vorgeschriebenen Genehmigungsvorbehalte des Betreuers sind zwingend und somit nicht durch den Betroffenen abdingbar. Wünsche über die Vornahme oder Nichtvornahme medizinischer Behandlungen sind gem. § 1901a Abs. 2 für den Betreuer verbindlich zu beachten. Eine Sterilisation nach § 1905 kann durch antizipierten Entzug der Einwilligung verhindert werden. Eine

⁸³³ MünchKommBGB/*Wagenitz* § 1836 Rn. 70, 71; Palandt/*Diederichsen* § 1836 Rn. 2; Jurgleit/*Maier* § 1836 Rn. 6.

⁸³⁴ OLG Karlsruhe 11 Wx 74/06 am 01.03.2007.

Unterbringung ist nach § 1906 Abs. 1 S. 1 nur zulässig, solange sie zum Wohl des Betreuten erforderlich ist. Dieser Verweis auf die allgemeine Regelung des § 1901 Abs. 2 und 3 ermöglicht dem Betroffenen einen Einfluss auf die Frage der Erforderlichkeit. Durch die Definition seines Wohls mittels seiner Wünsche und Vorstellungen in der Betreuungsverfügung bestimmt der Einzelne mittelbar die Anforderungen seiner Unterbringung. Gleiches gilt für die in § 1907 regulierte Aufgabe seiner Mietwohnung und die Ausstattung gem. § 1908. In der Verwaltung seines Vermögens wird der Betroffene durch § 1908i Abs. 2 i.V.m. § 1804 eingeschränkt. V.a. die Regelung zum geltenden Schenkungsverbot ist teleologisch zu reduzieren. Im Übrigen ist der Betroffene frei in der Ausgestaltung seiner Betreuung.

§ 6 Missachtung der Betreuungsverfügung

A. Durch das Gericht

I. Missachtung der Wunschbefolgungspflicht

Die Missachtung der Vorgaben der Betreuungsverfügung durch das Gericht ist unterschiedlich zu bewerten: Missachtet das Gericht die Betroffenenwünsche, die gegen gesetzliche Regelungen, wie einem Genehmigungserfordernis oder andere zwingende Regeln verstoßen, ist dies rechtmäßig. Denn diese Betroffenenwünsche sind für das Betreuungsgericht und den Betreuer nicht verbindlich.⁸³⁵ Diese Wünsche müssen im Rahmen der Umdeutung und Auslegung der Betreuungsverfügung zumindest dem Sinn nach in der gerichtlichen Entscheidung beachtet werden.⁸³⁶ Missachtet das Gericht die Wünsche, weil bei ihrem Befolgen eine konkrete⁸³⁷ Gefährdung des Betroffenenwohls entstände, ist die Entscheidung ebenfalls rechtmäßig, da sie § 1901 Abs. 2 und 3 entspricht. Dabei sind die Vorgaben der Betreuungsverfügung zwar verbindlich, im konkreten Fall „darf das Betreuungsgericht ihnen jedoch nicht nachkommen“⁸³⁸. Trotz Nichtbeachtung der Verfügung im Rahmen

⁸³⁵ Siehe oben § 2 C. III. 3.

⁸³⁶ BayObLG FamRZ 1994, 323, 324.

⁸³⁷ *Biennwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1897 Rn. 59 f.

⁸³⁸ *MünchKommBGB/Schwab* § 1897 Rn. 23 und § 1901 Rn. 14.

der Entscheidungsfindung handelt das Gericht daher pflichtgemäß und somit rechtmäßig. Begründet sich das Missachten hingegen in einer falschen Gesetzesanwendung, begeht das Gericht einen Rechtsfehler. Gleiches gilt für alle Fragen im Betreuungsverfahren, der Auswahl und der Überwachung des Betreuers, in denen das Gericht die gem. § 1901 Abs. 3 S. 1 HS 1 verbindlichen Wünsche des Betroffenen nicht ausreichend beachtet. Legt das Gericht das Gesetz falsch aus oder wendet das Recht falsch an, hat dies in der Phase der Entscheidungsfindung keine direkten Auswirkungen. Mit einer Einwendung kann ein Verfahrensbeteiligter das Gericht jedoch auf seine (eintretende) falsche Gesetzesanwendung hinweisen.

II. Rechtsfolgen und Beschwerdeberechtigung

Trifft das Betreuungsgericht eine Entscheidung nach §§ 286, 38 FamFG/ § 69 FGG in der Sache, wird diese wirksam. Dies gilt unabhängig davon, ob sie materiell und formell rechtmäßig ist.⁸³⁹ Die Entscheidung über die Bestellung des Betreuers, den Umfang, Inhalt oder Bestand der Betreuung kann jedoch gem. §§ 303 ff., 58 ff. FamFG/ § 19 FGG mit der Beschwerde nachgeprüft werden. Diese hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist. Seit dem 3. BtÄndG ist diese gem. § 63 Abs. 1 FamFG in einer Frist von einem Monat einzulegen.⁸⁴⁰

Ist die Beschwerde begründet, trifft die Beschwerdeinstanz eine Entscheidung in der Sache.⁸⁴¹ Die Ermessensentscheidung kann vom Rechtsbeschwerdegericht auf Rechtsfehler überprüft werden.⁸⁴² Die Ausübung ist fehlerhaft, wenn der Richter sich des ihm zustehenden Ermessens nicht bewusst ist, nicht alle wesentlichen Umstände berücksichtigt, von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch macht oder die gesetzlichen Ermessensgrenzen überschreitet.⁸⁴³

Missachtungen der gesetzlichen Vorgaben im Verfahren der Betreuerbestellung können unterschiedlich sein. Die Bestellung des Verfahrenspflegers durch den Richter kann von den Beteiligten gem. § 276 Abs. 6 FamFG nicht selbstständig angefochten werden, weil es sich nur um eine Zwischenentscheidung han-

⁸³⁹ *Lipp* FS Bienwald S. 177, 186; *Perau* MittRhNotK 1996, 285, 289; Keidel/Kuntze/Winkler/*Kayser* § 69 g FGG Rn. 13.

⁸⁴⁰ Nach dem bis zum 31.08.2009 geltenden § 69 FGG war die Beschwerde unbefristet. Das Beschwerderecht unterlag nur der Verwirkung (Keidel/Kuntze/Winkler/*Kabl* § 19 FGG Rn. 52; Keidel/Kuntze/Winkler/*Sternal* § 21 FGG Rn. 41 ff.).

⁸⁴¹ Zum Recht des FGG: *Pawłowski/Smid* Rn. 791.

⁸⁴² *MünchKommBGB/Schwab* § 1908 b Rn. 8; BayObLG FamRZ 1996, 1105, 1106; BayObLG FamRZ 1999, 1169, 1170; Nicht auf Zweckmäßigkeit *MünchKommBGB/Schwab* § 1897 Rn. 26.

⁸⁴³ *MünchKommBGB/Schwab* § 1897 Rn. 26; LG Stendal FamRZ 1995, 507, 508. Die Ermessensausübung ist im Rechtsbeschwerdeverfahren nur beschränkt nachprüfbar (*Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1897 Rn. 73; BayObLG FamRZ 1994, 530; OLG Karlsruhe BtPrax 1994, 214). Eine Nachprüfung kann jedoch mittels Anfechtung der Entscheidung wegen eines Verfahrensfehlers erfolgen.

delt.⁸⁴⁴ Eine Anfechtung der Endentscheidung mit der Begründung, die Bestellung des Verfahrenspflegers sei fehlerhaft und mit auch die Endentscheidung, ist hingegen möglich.

Versäumt das Gericht pflichtwidrig, den Betroffenen in seiner gewohnten Umgebung anzuhören, verletzt es die ihm obliegende Amtsermittlungspflicht gem. §§ 26, 278 Abs. 1 – 3, 34 FamFG.⁸⁴⁵

Folgt das Gericht dem Vorschlag des Betroffenen im Verfahren der Betreuerbestellung in Bezug auf seinen Wunschbetreuer nicht, ohne dass dadurch eine konkrete Gefahr für den Betroffenen abgewendet werden würde, bzw. Anhaltspunkte für die Gefährdung vorlagen, übergeht es den nach § 1897 Abs. 4 verbindlichen Vorschlag des Betroffenen unrechtmäßigerweise. Dann liegt die Pflichtverletzung durch das Betreuungsgericht in dem Nichtbefolgen des Betroffenenenvorschlags. Die Beschwerde kann sich dann auf die Betreuerauswahl beschränken.⁸⁴⁶ Ziel der Beschwerde kann dann die Ernennung des Beschwerdeführers selbst⁸⁴⁷ bzw. die Ernennung einer anderen als die ernannte Person sein.⁸⁴⁸ Soll die Entscheidung des Gerichts mittels der Beschwerde geprüft werden, stellt sich die Frage der Beschwerdeberechtigung. Dabei ist danach zu differenzieren, ob die Betreuung von Amts wegen oder auf Wunsch des Betroffenen eingerichtet wurde.

1. Einrichtung der Betreuung von Amts wegen

Wurde die Betreuung gem. § 1896 Abs. 1 S. 1 HS 2, 1. Alt. von Amts wegen angeordnet, waren nach dem alten Recht gem. § 69g Abs. 1 FGG nur diejenigen beschwerdeberechtigt, deren subjektives Recht gem. § 20 FGG durch die Betreuerbestellung beeinträchtigt wurde, sowie die in § 69g Abs. 1 FGG Genannten und gem. § 67 Abs. 2 FGG der Verfahrenspfleger. Danach stellte sich die Frage, ob der Wunschbetreuer des Betroffenen – bei Nichternennung zum Betreuer – in diesen Berechtigtenkreis fiel.⁸⁴⁹ Eine Beschwerde aus § 69g Abs. 1 FGG konnte nach gefestigter Rechtsprechung dabei auf die Auswahl des Betreuers begrenzt werden.⁸⁵⁰

⁸⁴⁴ Jürgens/*Kröger*/Marschner/Winterstein Rn. 351 (mehr dazu dort); BGH BtPrax 2003, 266; BayObLG BtPrax 1998, 148; OLG Frankfurt a.M. BtPrax 2001, 207, 208; OLG Stuttgart FamRZ 2001, 39; KG FamRZ 1996, 357, 358.

⁸⁴⁵ OLG Düsseldorf FamRZ 1996, 1373.

⁸⁴⁶ *Lipp* FS Bienwald S. 177, 187; BGH NJW 1996, 1825 = FamRZ 1996, 607; HK-BUR/*Bauer* § 1897 Rn. 8b; Keidel/Kuntze/Winkler/*Kayser* § 69g FGG Rn. 13; *Rieger* FS Schwab S. 1043, 1052.

⁸⁴⁷ Staudinger/*Bienwald* § 1896 Rn. 205.

⁸⁴⁸ *Rieger* FS Schwab S. 1043, 1051.

⁸⁴⁹ Bejahend: OLG Oldenburg FamRZ 1995, 432; *Rieger* FS Schwab S. 1043, 1053 ff.; verneinend: BayObLG FamRZ 2003, 1219, 1220; HK-BUR/*Bauer* § 69 FGG Rn. 16a.

⁸⁵⁰ BT-Drucks. 11/4528 S. 120; BGH NJW 1996, 1825; KG Berlin FamRZ 1995, 1442; OLG Schleswig FamRZ 1995, 432; HK-BUR/*Bauer* § 1897 Rn. 8a; *Rieger* FS Schwab S. 1043, 1052; Palandt/*Diederichsen* 55. Aufl. § 1897 Rn. 22; anderer Ansicht: *Kemper* FuR 1994, 267, 269.

Ein Beschwerderecht aus § 69g Abs. 1 FGG lehnte die herrschende Meinung für einen Dritten (den Wunschbetreuer) ab,⁸⁵¹ wenn dieser nicht der Ehegatte oder Lebenspartner des Betroffenen, mit diesem in erster Linie verwandt oder verschwägert oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grad verwandt ist. Auch die Beschwerdeberechtigung des Dritten aus § 59 FamFG/ § 20 Abs. 1 FGG wird nach überwiegender Meinung verneint, weil durch die Bestellung eines (anderen) Betreuers kein subjektives Recht des in der Betreuungsverfügung benannten Wunschbetreuers verletzt werde.⁸⁵²

Durch die aktuellen Regelungen wurde neben dem gem. § 59 FamFG/ § 20 FGG in seinen Rechten Betroffenen der Kreis der Beschwerdeberechtigten in § 303 FamFG erweitert.⁸⁵³ § 303 FamFG ist die Nachfolgeregelung des § 69f FGG. Gem. § 303 Abs. 2 Nr. 2 FamFG kann auch die Vertrauensperson des Betreuten im Interesse des Betroffenen Beschwerde einlegen. Diese Möglichkeit steht jedoch unter der Voraussetzung, dass die Vertrauensperson im ersten Rechtszug beteiligt worden ist. In der Frage nach der Beschwerdeberechtigung des nicht zum Betreuer ernannten Wunschbetreuers des Betroffenen liegt eine Beteiligung im ersten Rechtszug gerade nicht vor. Nach dem Gesetzestext kann eine Beschwerdeberechtigung der Vertrauensperson dann nicht angenommen werden. Nach der Gesetzesbegründung sollen durch die Voraussetzung der Verfahrensbeteiligung in erster Instanz Beschwerden solcher Angehöriger vermieden werden, die am Verfahren erster Instanz kein Interesse gezeigt haben.⁸⁵⁴ Dieser Gedanke wird auf die Vertrauensperson zu übertragen sein. Der Wunschbetreuer fällt unter Vertrauensperson des Betreuten. Der Wunschbetreuer wird nicht aus fehlendem Interesse sondern aufgrund fehlender Information Verfahrensunbeteiligter gewesen sein. Seine fehlende Beteiligung in erster Instanz und seine Beschwerdeberechtigung liegen im Interesse des Betroffenen. Die gesetzliche Formulierung des § 303 Abs. 2 Nr. 2 FamFG ist daher entweder dahin umzudeuten, dass der nicht ernannte Wunschbetreuer ebenfalls beschwerdeberechtigt ist oder aber ihm ein Beschwerderecht aus § 59 FamFG zugesprochen wird. Dies lässt sich durch die übrige gesetzliche Regelung begründen und soll im Folgenden aufgezeigt werden.

a) Gesetzesbegründung

Laut der Gesetzesbegründung zu § 69g FGG sei ein Antragsrecht auf die Übernahme der Betreuung für Dritte mit „*dem Wesen der Betreuung als eine auf das Wohl des Betroffenen abzielende öffentliche Hilfe*“ nicht vereinbar.⁸⁵⁵ Vielmehr sei das Interesse

⁸⁵¹ BGHZ 132, 157, 160 m.w.N.

⁸⁵² Ausdrücklich Staudinger/*Bienwald* § 1897 Rn. 210; BGH FamRZ 1989, 369, 370; so wohl auch Dodegge/*Roth* A. Rn. 187; HK-BUR/*Bauer* § 69f FGG Rn. 19; anderer Ansicht: OLG Zweibrücken FamRZ 2003, 703; *Zimmermann* S. 214 (a.F.).

⁸⁵³ Dabei wurde aber der Kreis der Verwandten, die am Verfahren beteiligt werden können gegenüber § 69g FGG eingeschränkt, vgl. BT-Drucks. 16/6308 S. 271.

⁸⁵⁴ BT-Drucks. 16/ 6308 S. 271 f.

⁸⁵⁵ BT-Drucks. 11/4528 S. 117.

Dritter durch das in § 69g FGG enthaltene Beschwerderecht der dort aufgeführten Dritten ausreichend gewahrt. Diese Begründung bedenkt die Möglichkeit des Betroffenen, seinen Wunschbetreuer gem. § 1897 Abs. 4 antizipiert zu bestimmen nicht ausreichend. Erst durch die gesetzlich geschaffene Möglichkeit, in einer Betreuungsverfügung die eigenen Wünsche antizipiert und verbindlich zu äußern, kann die Situation entstehen, dass der Wunschbetreuer gerade nicht zu dem in § 303 FamFG/ § 69g FGG genannten Personenkreis gehört. Es ist davon auszugehen, dass der Betroffene aus bestimmten Überlegungen seinen Wunschbetreuer nicht aus diesem Personenkreis ausgewählt hat, sei es zur Vermeidung von Konfliktsituationen in der Familie oder aus anderen Gründen.⁸⁵⁶ Kann sich der Wunschbetreuer jedoch nicht gegen die dem Willen des Betreuten entgegenstehende Betreuerwahl wenden, wird durch diese gesetzliche Regelung gerade das Gegenteil von dem ursprünglich gesetzlichen Ziel der Betreuung erreicht. Der Wille des Betroffenen wird bzw. wurde in diesem Fall nicht umgesetzt und kann aufgrund fehlender Beschwerdebefugnis von dem Wunschbetreuer nicht geltend gemacht werden. Nach den gesetzgeberischen Zielen müsste der Wunschbetreuer daher ein Beschwerderecht erhalten.

b) Beschwerderecht des abgelösten Betreuers

Bei einem regulären Betreuerwechsel bei Aufhebung einer Betreuung nach § 1908b kann der (alte) Betreuer grundsätzlich keine Beschwerde gegen die Aufhebung einlegen, da in diesem Fall ausschließlich die Interessen des Betreuten und nicht die des Betreuers maßgeblich seien.⁸⁵⁷ Nach einem Betreuerwechsel gegen den Willen des Betreuers⁸⁵⁸ kann der abgelöste Betreuer jedoch im eigenen Namen Beschwerde nach § 59 FamFG einlegen.⁸⁵⁹ Dies ist darin begründet, dass der ehemalige Betreuer einen Anspruch darauf haben soll, nicht ohne gesetzlichen Grund seines Amtes enthoben zu werden.⁸⁶⁰ Die Begründung eines solchen Anspruchs ist für sich gesehen interessensgerecht. Sie verschiebt aber die von der herrschenden Meinung befürwortete grundsätzliche Interessensverteilung in der Betreuung zugunsten des Betreuten. Ein derart begründetes Beschwerderecht steht allein im Interesse des abgelösten Betreuers.

Im Vergleich zum Beschwerderecht des Wunschbetreuers entsteht bei ähnlicher Sachlage eine vergleichbare Verschiebung der Interessen. Der Wunschbetreuer hat nach der herrschenden Meinung bei fehlender unbegründeter Benennung nicht die Möglichkeit, einen dem unwillentlich entlassenen Betreuer aus § 59 FamFG äquivalenten Anspruch zu erwerben. Ihm steht kein vergleichbarer

⁸⁵⁶ So auch schon *Müller-Freienfels* FS Coing S. 395, 402 zur Auswahl des Pflegers durch den Prinzipal; darüber herrscht aktuell Einigkeit, vgl. nur *Zimmermann* Rn. 370 (a.F.).

⁸⁵⁷ Keidel/Kuntze/Winkler/*Kayser* § 69g FGG Rn. 23.

⁸⁵⁸ OLG Köln FamRZ 1997, 1293.

⁸⁵⁹ OLG Köln FamRZ 1997, 1293; Keidel/Kuntze/Winkler/*Kayser* § 69g FGG Rn. 23; HK-BUR/*Bauer* § 69f FGG Rn. 93; *Biennwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 69 FGG Rn. 51.

⁸⁶⁰ OLG Braunschweig DAVorm 1993, 991.

Anspruch zu. Er hatte im Gegensatz zum abgelösten Betreuer das Amt des Betreuers noch nicht inne, so dass er folglich keinen Anspruch auf begründete Amtsenthebung haben kann, jedoch ist zu überlegen, ob er einen Anspruch auf begründete Nichtbenennung haben sollte. Dies wäre nicht aus seinen Rechten, sondern vielmehr aus dem Willen des Betreuten nach § 1897 Abs. 4 S. 1 und der Interessensausrichtung der Betreuung auf die Wünsche und das Wohl des Betreuten nach § 1901 Abs. 3 herzuleiten.

c) Rechtsinstitut Vorsorgevollmacht

Auch der Vorsorgebevollmächtigte hat kein Beschwerderecht, wenn er nicht zum Personenkreis des § 303 FamFG/ § 69g Abs. 1 FGG gehört und trotz Bestehens einer wirksamen Vollmacht eine Betreuung eingerichtet wurde und er nicht zum Betreuer ernannt wurde. Ein eigenes Beschwerderecht aus § 59 FamFG bestehe nicht, weil durch die Betreuerbestellung keine subjektive Rechtsverletzung des Bevollmächtigten vorliege.⁸⁶¹ Dieser leitet seine Rechtsstellung ausschließlich aus fremdem Recht, d.h. der Vollmacht ab. Diese begründe kein eigenes subjektives Recht, weil sie jederzeit widerrufen werden könne und daher keine gesicherte Rechtsposition entstände.⁸⁶² Ihr liege nur das subjektive Interesse des Betroffenen zugrunde. Der Bevollmächtigte könne aber immer im Namen des Betreuten Beschwerde gem. § 59 FamFG einlegen.⁸⁶³ Ein Beschwerderecht aus § 59 FamFG entstände nur, wenn ein Kontrollbetreuer bestellt werde,⁸⁶⁴ da dann in geschützte Rechte des Bevollmächtigten eingegriffen werde.

Die Gegenansicht gewährt dem Bevollmächtigten ein eigenes Beschwerderecht aus subjektiver Rechtsverletzung durch unbegründete Betreuerbestellung.⁸⁶⁵ Diese schöpfe sich aus dem der Vollmacht zugrunde liegenden Rechtsverhältnis, in das durch die Einrichtung einer Betreuung unmittelbar eingegriffen werde.⁸⁶⁶

Die Bevollmächtigung dient der Durchsetzung und Berücksichtigung der Wünsche und Vorstellungen des Vollmachtgebers und soll nicht die Wahrnehmung einer Rechtsmacht im Interesse des Bevollmächtigten ermöglichen.⁸⁶⁷ Fraglich ist, ob dem eigenen Rechte und Befugnisse des Bevollmächtigten entgegen-

⁸⁶¹ Staudinger/*Bienwald* § 1897 Rn. 155; Keidel/Kuntze/Winkler/*Kaysers* § 69g FGG Rn. 23; BayObLG FamRZ 2003, 1219; Bienwald/*Sonnenfeld*/Hoffmann § 69g FGG Rn. 20; Palandt/*Heinrichs* Vor § 164 Rn. 5; MünchKommBGB/*Schramm* § 164 Rn. 69; OLG Stuttgart FamRZ 1995, 427; BayObLG FamRZ 2003, 1219; Anderer Ansicht: OLG Zweibrücken FamRZ 2003, 703; HK-BUR/*Bauer* § 69f FGG Rn. 16a; BayObLG FamRZ 2001, 453, 454 m.w.N.; Staudinger/*Schilken* (13. Auflage) Vor § 164 Rn. 16 f.

⁸⁶² BayObLG FamRZ 2003, 1219, 1220.

⁸⁶³ HK-BUR/*Bauer* § 69f FGG Rn. 16a; Bienwald/*Sonnenfeld*/Hoffmann § 69g FGG Rn. 20; BayObLG FamRZ 2003, 1219, 1220; zumindest bei einer Generalvollmacht vgl. nur KG Berlin Rpfleger 2007, 263; KG Berlin BtPrax 2006, 39, 40.

⁸⁶⁴ Soergel/*Zimmermann* § 1897 Rn. 93; BayObLG BtPrax 1999, 151.

⁸⁶⁵ OLG Zweibrücken FamRZ 2003, 703, 704.

⁸⁶⁶ OLG Zweibrücken FamRZ 2003, 703, 704.

⁸⁶⁷ *Walter* S. 95 f.; *Zimmermann* Rn. 26, 36 f.

stehen.⁸⁶⁸ Diesbezüglich ist zu bedenken, dass auch „*fremdnützig gebrauchte Rechte eigene Rechte*“ sein können.⁸⁶⁹ Demnach würde der Vorsorgebevollmächtigte eigene Rechte aus einer fremdnützigen Position ableiten.

Der Vorsorgebevollmächtigte wird rein privatautonom durch den Vollmachtgeber ernannt. Mittels der Betreuungsverfügung übt der Betroffene im Rahmen der gesetzlich geregelten Betreuung seine Privatautonomie aus. Die Betreuungsverfügung formuliert er auch unter dem Gesichtspunkt, dass der Betreuer dem Betreuungsgericht gegenüber zur Rechenschaft verpflichtet ist und dessen Kontrolle unterliegt. Weil der Bevollmächtigte grundsätzlich im Namen des Betroffenen Beschwerde einlegen kann, steht die privatautonom ausgestaltete Vorsorgevollmacht in dem Fall, dass der Wunschbetreuer nicht zum Betreuer bestellt wurde und im Interesse des Betroffenen dagegen vorgehen möchte, der Rechtsweg der Beschwerde offen. Die der gerichtlichen Kontrolle unterliegenden und als staatliche Hilfe zu verstehende Betreuung, in deren Mittelpunkt die Wünsche und das Wohl des Betroffenen stehen sollen, versperrt den Rechtsweg der Beschwerde. Der Wunsch des Betroffenen, den von ihm ausgewählten Betreuer zu bestellen, kann in diesem Fall nicht gerichtlich durchgesetzt werden. Seine Nennung in der Betreuungsverfügung muss für den Wunschbetreuer daher – im Vergleich zur Vorsorgevollmacht – entweder als Vollmacht zur Beschwerde im Namen des Betroffenen gelten, oder aber es muss ihm ein eigenes Beschwerderecht aus subjektiver Rechtsverletzung aufgrund fehlender Teilnahme an der Betreuerbestellung zugesprochen werden.

Bei Kongruenz von Aufgabenkreis des trotz einer bestehenden Vollmacht bestellten Betreuers und dem Umfang der Vollmacht wird durch die Einrichtung der Betreuung in das der Vollmacht zugrunde liegende Rechtsverhältnis eingegriffen, so dass dem Bevollmächtigten in diesem Fall ausnahmsweise ein Beschwerderecht aus § 59 FamFG aus subjektiver Rechtsverletzung entsteht. Diese Annahme widerspricht der grundsätzlichen Interessenverteilung der Vollmacht, wonach sich nach herrschender Ansicht die Aufgabe des Bevollmächtigten in der Geltendmachung der (für ihn fremden) Rechte des Betroffenen erschöpft.⁸⁷⁰ Eine Vorsorgevollmacht wird im Rahmen von Wirksamkeitszweifel gem. § 140 in eine Betreuungsverfügung umgedeutet, so dass der eigentliche Bevollmächtigte als Wunschbetreuer benannt wird. Sollte diese Umdeutung misslingen und der ursprünglich Bevollmächtigte nicht einmal zum Betreuer bestellt werden, steht ihm nach den derzeitigen gesetzlichen Regelungen kein Beschwerderecht zu, wenn er nicht gem. § 303 FamFG in erster Instanz beteiligt war. Nach einer solchen Umdeutung kann der ursprünglich Bevollmächtigte auch nicht mehr im Namen des Vollmachtgebers (dann: Betreuten) Beschwerde einlegen. Im Interesse des Vollmachtgebers ist dem Vollmachtnehmer hier also auch ein Beschwerderecht gem. § 59 FamFG aus

⁸⁶⁸ So auch: *Rieger* FS Schwab S. 1043, 1053.

⁸⁶⁹ *Rieger* FS Schwab S. 1043, 1053; *MünchKommBGB/Schwab* § 1896 Rn. 208 Fn. 537.

⁸⁷⁰ *Staudinger/Bienwald* § 1897 Rn. 155.

subjektiver Rechtsverletzung aus der Nennung in der Vorsorgevollmacht zuzuschreiben. Aufgrund der möglichen Umdeutung einer Vorsorgevollmacht in eine Betreuungsverfügung und dem Betroffenenwunsch, kann ein solches Recht auch für den Wunschbetreuer hergeleitet werden.

d) §§ 1776, 1779 und Art. 6 Abs. 1 GG

Die §§ 1776, 1779 enthalten ein Vorschlagsrecht der Eltern für eine mögliche postmortale⁸⁷¹ Übertragung der Vormundschaft. Danach ist „als Vormund [...] berufen, wer von den Eltern des Mündels als Vormund benannt ist“, vgl. § 1776 Abs. 1. Im Gegensatz zur vorliegenden Situation schlägt daher nicht der Betroffene selber für die mögliche spätere Situation der eigenen Unfähigkeit einen Vertreter vor. Vielmehr befindet sich der schutzwürdige Betroffene – das Mündel – noch in der hilflosen Situation, vertreten werden zu müssen. Es ist gem. § 104 geschäftsunfähig. Daher kann es kraft Gesetz nicht für sich handeln. Für eine mögliche Vormundschaft können die Eltern als Interessenswahrer des Mündels einen Wunschvormund benennen, vgl. § 1776. Dieses gewährt dem benannten Wunschvormund nach herrschender Meinung ein subjektiv öffentliches Recht gegen den Staat aus § 1778 Abs. 4 auf Bestellung zum Vormund einerseits⁸⁷² und Beachtung dieser Rechtsstellung als Vormund andererseits, so dass die Bestellung eines Mitvormundes nicht ohne Verletzung der Rechte des Wunschvormundes möglich ist.⁸⁷³ Sollte der Wunschvormund unbegründet nicht zum Vormund benannt werden, hat das Gericht gegenüber dem Mündel die Pflicht, den bestellten Vormund zu entlassen und den Vorgeschlagenen zu ernennen. Der Benannte darf ohne seine Zustimmung nur in den in § 1778 gesetzlich abschließend geregelten Fällen⁸⁷⁴ übergangen werden: wenn er unfähig,⁸⁷⁵ untauglich,⁸⁷⁶ verhindert oder verzögert ist, Interessen des Mündels gefährden oder das über 14jährige Mündel widersprechen würde. Der Vorgeschlagene ist jedoch zur Übernahme erst nach gerichtlicher Ernennung verpflichtet.⁸⁷⁷ Die Ernennung eines Nicht-Benannten ist grundsätzlich wirksam.⁸⁷⁸ Die Auswahl des Dritten ist durch jeden, „der ein berechtigtes Interesse hat“ anfechtbar. Das aus dem Benennungsrecht der Eltern erwachsene subjektive

⁸⁷¹ MünchKommBGB/Wagenitz § 1776 Rn. 8.

⁸⁷² Staudinger/Engler § 1778 Rn. 5; MünchKommBGB/Schwab § 1778 Rn. 1; Gernhuber/Coester-Waljen § 70 Rn. 34, 37. Wenn auch nur als „Recht auf Bestellung“ definiert, wird dies wohl auch als subjektives Recht verstanden, da bei Übergehen sofortige Beschwerde nach § 60 Abs. 1 Nr. 1 FGG eingelegt werden kann (Palandt/Diederichsen § 1776 Rn. 2; Dölle § 120 III; BayObLG FamRZ 1966, 323, 324 f.). So gilt als Berufener im Sinne von § 1776 neben dem nach dem mutmaßlichen oder lediglich wahrscheinlichen Willen der Eltern Ernannte, nicht hingegen der in der letztwilligen Verfügung Genannte (Palandt/Diederichsen § 1779 Rn. 7).

⁸⁷³ MünchKommBGB/Wagenitz § 1778 Rn. 1.

⁸⁷⁴ Gernhuber/Coester-Waljen § 70 Rn. 37; MünchKommBGB/Wagenitz § 1778 Rn. 6.

⁸⁷⁵ § 1778 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 1780.

⁸⁷⁶ § 1778 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 1781.

⁸⁷⁷ Gernhuber/Coester-Waljen § 70 Rn. 37; Rauscher Rn. 1204; Palandt/Diederichsen § 1776 Rn. 2.

⁸⁷⁸ Soergel/Zimmermann § 1776 Rn. 8 und § 1778 Rn. 10.

Recht des Benannten sichert dem Benannten bei Übergehen ein Recht zur Beschwerde gem. § 59 FamFG.⁸⁷⁹ Dann ist er an Stelle des Vormundes zu bestellen. Dies sogar unabhängig davon, ob dem Gericht seine Benennung bekannt war.⁸⁸⁰ Der als Vormund Vorgeschlagene kann also aus eigenem Recht gegen die Bestellung eines anderen Vormundes Beschwerde einlegen.

§ 1908i verweist als Schalthnorm für das Betreuungsrecht auf einige Vorschriften des Vormundschaftsrechts. Der Gesetzgeber schuf mit dem Betreuungsrecht bewusst einen Regelungsbereich, der nur den Personenkreis der Volljährigen und nicht auch den der Minderjährigen betrifft. Eine globale Verweisung auf die Vorschriften der Vormundschaft wurde vermieden. Weil das Recht der Erwachsenen grundsätzlich separat geregelt und das Rechtsinstitut der Entmündigung abgeschafft werden sollte, werden in § 1908i Abs. 1 nur Einzelsvorschriften des Vormundschaftsrechts benannt.⁸⁸¹ Die Grundgedanken des Betreuungsrechts sind bei der Auslegung der vormundschaftlichen Normen zu beachten.⁸⁸² Das Benennungsrecht ist Ausfluss der elterlichen Sorge und gilt daher nicht für die rechtliche Betreuung.⁸⁸³ In der Literatur⁸⁸⁴ wird ausdrücklich der Vergleich zwischen Vormundschafts- und Betreuungsrecht gezogen und auf das Vorschlagsrechts in §§ 1897 Abs. 4, 1901 Abs. 2, 3 verwiesen. Es gebe keinen Anhaltspunkt dafür, diese Grundstruktur nicht im Betreuungsrecht anzuwenden⁸⁸⁵ und dem in der Betreuungsverfügung benannten Wunschbetreuer aus dieser Benennung ein subjektives Rechts zuzusprechen. Eine Beschwerde des nicht zum Betreuer bestellten wäre dann gem. § 59 Abs. 1 FamFG möglich. Dieser Schluss erscheint zwingend, bedenkt man, dass der Vorschlag im Vormundschaftsrecht von Dritten – nämlich den Eltern – und im Betreuungsrecht von dem Betroffenen selbst kommt. Der Zusammenhang wäre daher im Betreuungsrecht erst recht anzunehmen.

Diskutiert wurde ein Beschwerderecht aus Art. 6 Abs. 1 GG.⁸⁸⁶ Dies würde ein Beschwerderecht naher Angehöriger und der Personen begründen, die eine bestehende Bindung zum Betroffenen haben,⁸⁸⁷ es verhilft aber nicht dem Wunsch des Betroffenen zur Geltung. Ein Beschwerderecht für den Wunschbetreuer ist aus Art. 6 Abs. 1 GG daher nicht abzuleiten.⁸⁸⁸

⁸⁷⁹ Soergel/*Zimmermann* § 1776 Rn. 7; Gernhuber/*Coester-Waltjen* § 70 Rn. 39; Münch-KommBGB/*Wagenitz* § 1777 Rn. 10.

⁸⁸⁰ Palandt/*Diederichsen* § 1778 Rn. 1.

⁸⁸¹ *Biennwald*/Sonnenfeld/Hoffmann § 1908i Rn. 4; BT-Drucks. 11/4528 S. 159.

⁸⁸² BT-Drucks. 11/4528 S. 159.

⁸⁸³ Soergel/*Zimmermann* § 1776 Rn. 3.

⁸⁸⁴ Soergel/*Zimmermann* § 1776 Rn 2, 8; ausführlich: Staudinger/*Biennwald* § 1897 Rn. 47.

⁸⁸⁵ BGH BtPrax 1992, 28, 29.

⁸⁸⁶ Vgl. nur BVerfGE 33, 236 ff.: Bei der erstmaligen Bestellung eines Gebrechlichkeitspflegers wurde ein Beschwerderecht aus Art. 6 Abs. 1 GG angenommen.

⁸⁸⁷ Staudinger/*Biennwald* § 1897 Rn. 47; BVerfGE 68, 176.

⁸⁸⁸ BGHZ 132, 157, 162 f.; Staudinger/*Biennwald* § 1897 Rn. 47.

e) Zwischenergebnis

Das Amt des Betreuers ist ein Ehrenamt mit vielen Pflichten und wenigen Rechten.⁸⁸⁹ Wer entgegen seinem Willen als Betreuer entlassen wird, hat einen Anspruch auf Begründung. Der Wunschbetreuer hat (noch) kein Amt inne.⁸⁹⁰ Jedoch obliegt ihm bereits die Pflicht, als von dem Betroffenen ausgewählte Person nach § 1897 Abs. 4 das Amt des Betreuers nach § 1898 Abs. 1 zu übernehmen, soweit keine der gesetzlichen Ausnahmen vorliegt. Mit der Nennung des Wunschbetreuers in der Betreuungsverfügung formuliert der Betroffene eine Übernahmepflicht die mit Einleitung des Verfahrens konkret entsteht.

Das Verfahrens- und Betreuungsrecht stellt den Betroffenen und seine Wünsche und Interessen immer in den Mittelpunkt, vgl. nur §§ 275, 278 FamFG und §§ 1896 Abs. 1a, 1897 Abs. 4 und 5, § 1901 Abs. 2 und 3, 1901a. Sorgt der Betroffene für eine mögliche Betreuung mittels der Nennung eines Wunschbetreuers in der Betreuungsverfügung vor, ist sein Wunsch bekannt. Wird sein Vorschlag durch das Betreuungsgericht missachtet, kann der Betreute nach § 59 FamFG gegen diese Entscheidung mittels der Beschwerde vorgehen. Problematisch wird dies, wenn er dazu nicht mehr in der Lage ist. Dann ist es Aufgabe des Verfahrenspflegers, die Rechte und Wünsche des Betreuten geltend zu machen und die Betreuerauswahl zu rügen, vgl. § 276 Abs. 2 FamFG. Ein Verfahrenspfleger wird jedoch nicht in jedem Fall bestellt, vgl. § 276 FamFG. Greift dieser Schutz für die Rechte und Interessen des Betroffenen nicht, bleibt die Möglichkeit für den amtierenden Betreuer nach § 59 FGG das Recht des Betroffenen zur Wunschbefolgung aus § 1897 Abs. 4 zu rügen. Eine solche Pflicht ist gesetzlich nicht ausdrücklich normiert. Sie ist jedoch aus der Wunschbefolgungspflicht des § 1897 Abs. 4 i.V.m. § 1901 Abs. 2, 3 und § 1901a abzuleiten. Der ernannte Betreuer wird dies jedoch nicht tun, weil er dann selbst entlassen wird.

Der Wunschbetreuer hat nach herrschender Meinung durch die Nennung in der Betreuungsverfügung keine eigene Rechtsposition. Indem das Gericht ihn nicht ernennt, missachtet es den Betroffenenwunsch. Diese wirksame Entscheidung des Gerichts kann durch den nicht zum Betreuer ernannten Wunschbetreuer nicht gerügt werden. Diese Situation widerspricht dem gesetzgeberischen Ziel, die Rechte und Wünsche des Betreuten in den Mittelpunkt des Betreuungsrechts zu stellen.

Die zusätzliche Bevollmächtigung des in der Betreuungsverfügung genannten Wunschbetreuers, ermöglicht ihm nach § 59 FamFG als Bevollmächtigter, die Betreuerauswahl zu rügen.⁸⁹¹ Diese Möglichkeit eröffnet das Gesetz in seiner der-

⁸⁸⁹ Vgl. nur § 1898 Abs. 1 – Pflicht zur Übernahme der Betreuung; § 1901 Abs. 2 – Pflicht, die Angelegenheiten des Betreuten so zu besorgen, wie es dessen Wohl entspricht; § 1901 Abs. 3 – Pflicht, den Wünschen des Betreuten zu entsprechen; §§ 1908i Abs. 1, 1839 – Auskunftspflicht; §§ 1908i Abs. 1, 1840 – Bericht und Rechnungslegung.

⁸⁹⁰ D.h. kein mit dem Betreuer vergleichbares Amt (*Rieger* FS Schwab S. 1043, 1054).

⁸⁹¹ Diesen Vorschlag macht *Lipp* FS Bienwald S. 177, 185; ihm folgt *Zimmermann* Rn. 371.

zeitigen Fassung und ermöglicht durch eine doppelte Vorkehrung auf Seiten des Betroffenen die Wahrung seiner Wünsche. Die Beachtung des Betroffenenwillens im Betreuungsrecht müsste diese Möglichkeit aber bereits durch die Nennung des Wunschbetreuers in der Betreuungsverfügung gewähren. Daher ist die Position des Vorgeschlagenen als Recht i.S.d. § 59 FamFG anzunehmen: Der Wunschbetreuer erwirbt mit seiner Nennung in der Betreuungsverfügung nicht nur eine Pflicht zur Übernahme der Betreuung nach §§ 1897 Abs. 4, 1989 Abs. 1, sondern auch ein eigenes Recht, aus dem er nach § 59 FamFG bei unrechtmäßiger Missachtung des Betroffenenvorschlags aus subjektiver Rechtsverletzung beschwerdeberechtigt ist.⁸⁹² Dies Auslegung entspricht dem Beschwerderecht des Bevollmächtigten aus § 59 FamFG und dem Vorschlagsrecht der Eltern nach §§ 1776, 1779.

2. Einrichtung der Betreuung auf Antrag des Betroffenen

§ 69g Abs. 1 FGG behandelte nur das Beschwerderecht gegen die Bestellung eines Betreuers von Amts wegen, nicht gegen die Einrichtung der Betreuung auf Antrag des Betroffenen. Dann ergab sich ein Recht zur Beschwerde ausschließlich aus § 20 FGG/ § 59 FamFG.

Nach § 303 FamFG hat nach Abs. 1 die zuständige Behörde ein Beschwerderecht,⁸⁹³ nach Abs. 3 der Verfahrenspfleger und gem. Abs. 4 der Betreuer, soweit die gerichtliche Entscheidung seinen Aufgabenkreis betrifft. Das Beschwerderecht nach Abs. 2 besteht hingegen nur gegen von Amts wegen ergangene Entscheidungen. Also auch für die Fälle, in denen die Einrichtung der Betreuung von Amts wegen erfolgte. Wurde die Betreuung auf einen Antrag des Betroffenen hin gem. § 1896 Abs. 1 S. 1 1. Alt. eingerichtet beschränkt sich der Kreis der Beschwerdeberechtigten nach § 303 FamFG auf die zuständige Behörde, den Verfahrenspfleger und den in seinen Aufgabenkreis betroffenen Betreuer. Darüber hinaus ist nach der allgemeinen Regel § 59 FamFG derjenige beschwerdeberechtigt, dessen Rechte durch den Beschluss beeinträchtigt wurden.

Fraglich ist, ob der nicht zum Betreuer ernannte Wunschbetreuer, wie bei der Einrichtung der Betreuung von Amts wegen, ebenfalls nach § 59 FamFG ein Beschwerderecht hat. Bei der Einrichtung der Betreuung auf Antrag des Betroffenen und der Einrichtung von Amts wegen geht es ausschließlich um die Rechte und Interessen des Betroffenen,⁸⁹⁴ speziell um die Einhaltung seines in § 1897 Abs. 4 normierten Vorschlagsrechts. Die Begrenzung der Beschwerdeberechtigten wird

⁸⁹² Rieger FS Schwab S. 1043, 1053; anderer Ansicht sind: Zimmermann FamRZ 1992, 342; BayObLG FamRZ 1992, 341; BayObLG FamRZ 2003, 1219, 1220: Sie lassen kein Recht und keine gesicherte Anwartschaft zu, aber eine Aussicht auf ein derartiges Recht.

⁸⁹³ Nach der Gesetzesbegründung soll sich dieses Recht auf die Verfahren beschränken, in denen die Behörde bereits in erster Instanz zu beteiligen war, vgl. BT-Drucks. 16/6308 S. 271. Diese Einschränkung findet in § 303 Abs. 1 FamFG jedoch keine Beachtung.

⁸⁹⁴ Rieger FS Schwab S. 1043, 1051 ff.

aufgrund der sich daraus ergebenden Inkonsequenz innerhalb des Gesetzes kritisiert.⁸⁹⁵ Andere sehen sie als rechtspolitisch bedenklich an, weil gem. § 1896 Abs. 2 S. 2 auch ein Geschäftsunfähiger einen Antrag auf Einrichtung seiner Betreuung stellen kann.⁸⁹⁶

Das Gesetz grenzt den Kreis der Beschwerdeberechtigten ein, weil der Betroffene in der Lage war, für sich einen eigenen Antrag zu formulieren.⁸⁹⁷ Der Betroffene müsste dann auch in der Lage sein, seinen Wunschbetreuer zu benennen.⁸⁹⁸ Diese Schlussfolgerung ist konsequent. Denn die Hilfsbedürftigkeit des Betroffenen, der einen Antrag stellen kann, ist noch nicht derart ausgewachsen, dass er desselben Schutzes bedarf, wie derjenige, für den aufgrund fehlender Eigenständigkeit eine Betreuung von Amts wegen eingerichtet wird. Dabei ist auch davon auszugehen, dass der Betroffene zumindest im Verfahren der Betreuerbestellung seine Rechte noch umfassend selber wahrnehmen kann. In diesem Fall bedarf es keines Beschwerderechts des Wunschbetreuers. Es ist davon auszugehen, dass der Betroffene nicht nur seinen aktuellen Wunsch äußern bzw. auf Wünsche in der Betreuungsverfügung verweisen kann, sondern dass er darüber hinaus auch noch selber in der Lage ist, diese Wünsche gem. § 59 FamFG durchzusetzen. Ein Beschwerderecht des Wunschbetreuers bedarf es daher in diesen Fällen nicht.

B. Durch den Betreuer

I. Missachtung der Wunschbefolgungspflicht

Soll das Handeln des Betreuers bei der Führung der Betreuung beurteilt werden, ist zwischen Innen- und Außenverhältnis zu differenzieren. Im Innenverhältnis zwischen Betreutem und Betreuer ist der Betreuer an den Betroffenenwunsch gebunden. Übergeht er diesen ungerechtfertigt, stellt dies eine Pflichtwidrigkeit des Betreuers dar. Übergeht er einen Wunsch des Betroffenen, der die gesetzlich zwingenden Grenzen missachtet, handelt er rechtmäßig. Ein solcher Wunsch des

⁸⁹⁵ Staudinger/*Bienwald* § 1896 Rn. 66; v.a. mit Blick auf das den Angehörigen in § 1897 Abs. 4 und 5 entgegengebrachte Vertrauen, aber auch dann, wenn der Betroffene zwar den Antrag stellt, das Gericht einen Betreuer dann aber für mehr als nur die beantragten Aufgabenkreise bestellt.

⁸⁹⁶ MünchKommBGB/*Schwab* § 1896 Rn. 122.

⁸⁹⁷ Das Beschwerderecht der Betreuungsbehörde wurde gem. § 303 Abs. 1 FamFG auch für die Fälle normiert, in denen der Betroffene einen Antrag auf Einrichtung der Betreuung gestellt hat. Damit steht ihr ein Beschwerderecht auch gegen den Willen des Betroffenen zu. Damit sollen kostenintensive Betreuungsverfahren eingedämmt werden, in denen der Betroffene zur Regelung seiner Angelegenheiten entgegen seines eigenen Antrags tatsächlich in der Lage ist (BT-Drucks. 16/6308 S. 271).

⁸⁹⁸ Die Anforderungen an den Antrag des Betroffenen müssen den Anforderungen an den Wunsch des Betroffenen im Betreuungsverfahren und in der Betreuung gleich gesetzt werden vgl. dazu § 2 C. sowie *Lipp* S. 78 f. Die herrschende Meinung fordert hier zu hohe inhaltliche Anforderungen, vgl. nur Staudinger/*Bienwald* § 1896 Rn. 58 ff.

Betreuten ist nicht verbindlich. Missachtet er die Wünsche des Betroffenen, weil ihr Befolgen eine Wohlgefährdung bedeutete oder die Umsetzung ihm unzumutbar ist, handelt er ebenfalls rechtmäßig, vgl. § 1901 Abs. 3 S. 1. Bestimmt er seine Pflichten durch falsche Gesetzesauslegung oder -anwendung nicht korrekt und setzt sie falsch um, handelt er rechtswidrig.

Im Außenverhältnis, d.h. im Verhältnis zu Dritten vertritt der Betreuer den Betroffenen nach den Grundsätzen des Vertretungsrechts, vgl. § 1902 i.V.m. §§ 164 ff. Die Bindung des Betreuers an die Wünsche des Betreten schränkt sein Handeln im Außenverhältnis grundsätzlich nicht ein.⁸⁹⁹

II. Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen sind nach Innen- und Außenverhältnis zu unterscheiden. Missbraucht der Betreuer seine gesetzliche Vertretungsmacht, die er im Außenverhältnis wahrnimmt, gelten die allgemeinen Regelungen des Vertretungsrechts gem. §§ 164 ff.⁹⁰⁰ Die Missachtung der Betroffenenwünsche hat dabei grundsätzlich keine Auswirkung. Ausnahmsweise entfällt seine Vertretungsmacht aus § 1902, soweit er diese missbraucht.⁹⁰¹ Dies ist dann gegeben, wenn der Betreuer seine Vertretungsmacht pflichtwidrig missachtet oder wenn dies dem Dritten bekannt oder evident ist.⁹⁰²

Im Innenverhältnis, also zwischen Betreutem und Betreuer haben die Pflichtverletzung oder die fehlenden gesetzlichen Voraussetzungen, die an den Betreuer zu stellen sind, andere Folgen. Eine Pflichtwidrigkeit bei der Führung der Betreuung zieht aufsichtsrechtliche Maßnahmen des Betreuungsgerichts gem. §§ 1908i Abs. 1 S. 1 i.V.m. 1837 Abs. 2, 3 nach sich.⁹⁰³ Trägt der Betreuer Wünschen des Betreten nicht Rechnung, kann die Verletzung der Wunschbefolgungspflicht nach § 1901 Abs. 2 und 3⁹⁰⁴ und damit die Missachtung der Betreuungsverfügung gerügt werden.⁹⁰⁵ Entsteht aus dem unbegründeten Übergehen des Vorschlags ein Schaden, so haftet dafür der Betreuer gem. §§ 1833 i.V.m. 1908i Abs. 1 S. 1.⁹⁰⁶ Gravierende und wiederholte Missachtung der Betroffenenwünsche begründen Zweifel an seiner Eignung und können zu seiner Entlassung führen.⁹⁰⁷ Auf sein

⁸⁹⁹ MünchKommBGB/*Schwab* § 1901 Rn. 20; LG Berlin FamRZ 2000, 1526, 1529; *Schwab* FamRZ 1990, 681, 683; *Erman/Holzbauer* § 1901 Rn. 25; *Soergel/Zimmermann* § 1901 Rn. 9; HK-BUR/*Bauer* § 1901 Rn. 56; *Knittel* § 1901 Rn. 14; Motive zum BGB Band 4, S. 1086.

⁹⁰⁰ MünchKommBGB/*Schwab* § 1902 Rn. 16.

⁹⁰¹ HK-BUR/*Bauer* § 1901 Rn. 57; MünchKommBGB/*Schwab* § 1902 Rn. 16.

⁹⁰² Heute herrschende Meinung, vgl. nur *Lipp* Vorsorgeverfügungen § 18 Rn. 91.

⁹⁰³ MünchKommBGB/*Schwab* § 1901 Rn. 19.

⁹⁰⁴ MünchKommBGB/*Schwab* § 1901 Rn. 19.

⁹⁰⁵ *Lipp* Vorsorgeverfügungen § 18 Rn. 51; MünchKommBGB/*Schwab* § 1908b Rn. 5, *Erman/Holzbauer* § 1908b Rn. 6; *Jürgens/Mertens* § 1908b Rn. 2; BayObLG vom 28.07.1997 Az.: 3Z BR 147/97; Befolgen der Wünsche als Rechtspflicht, vgl. *Perau* MittRhNotK 1996, 285, 289.

⁹⁰⁶ MünchKommBGB/*Schwab* § 1901 Rn. 19.

⁹⁰⁷ *Lipp* Vorsorgeverfügungen § 18 Rn. 87.

Verschulden kommt es dabei nicht an, da die Maßnahme allein dem Schutz des Betroffenenwohls dient.⁹⁰⁸ Das Gericht wird dann von Amts wegen tätig, weshalb die Anregung dieser Maßnahme von dem Betreuten und jedem Dritten erfolgen kann. Liegt eine schuldhaftige Verletzung der Pflicht aus § 1901 Abs. 3 vor, macht sich der Betreuer gem. §§ 1901i Abs. 1 S. 1, 1833 Schadensersatzpflichtig und u.U. strafbar.⁹⁰⁹

Nach § 1908b Abs. 1 hat das Betreuungsgericht den Betreuer zu entlassen, wenn seine Eignung, die Angelegenheiten des Betreuten zu besorgen, nicht mehr gewährleistet ist oder ein anderer wichtiger Grund zur Entlassung vorliegt. Mangelnde Eignung des Wunschbetreuers macht seine Benennung in der Betreuungsverfügung daher wirkungslos.⁹¹⁰ Das Vorliegen der Eignung unterliegt der vollen Nachprüfbarkeit in der Rechtsbeschwerde.⁹¹¹ Wurde eine ungeeignete Person erst einmal wirksam zum Betreuer bestellt, ist sie gem. § 1908b Abs. 1 S. 1 vom Betreuungsgericht zu entlassen. Der daraus entstehende Schaden ist ggf. gem. § 839 und Art. 34 GG zu ersetzen.⁹¹² Wird der Betreuer trotz bestehender Ausschlussgründe gem. § 1897 Abs. 3 bestellt, ist er gem. § 1908b Abs. 1 als ungeeignet⁹¹³ zu entlassen.

Erfolgt eine Bestellung des Betreuers trotz Unzumutbarkeit, hat dies erst Auswirkungen, wenn der Betreuer gem. §§ 1898 Abs. 1, 1908b Abs. 2 seine Entlassung beantragt. § 1908b Abs. 2 regelt die Situation, in der die Entlassungsgründe erst nach seiner Bestellung eintreten. Aufgrund der Kontinuität in der Führung der Betreuung ist hier ein höherer Maßstab an die Zumutbarkeit als bei § 1898 anzusetzen.⁹¹⁴ Aufgrund der besonderen Beachtung des Vertrauensverhältnisses zwischen Betreuer und Betreutem ist eine entsprechende Anwendung jedoch zu befürworten.

Durch die Übernahmeerklärung des Betreuers nach § 1898 Abs. 2 soll sich dieser im konkreten Fall zur Betreuung vor allen Beteiligten erklären.⁹¹⁵ Aufgrund der bestehenden Pflicht zur Übernahme ist die Erklärung als verpflichtender Dialog zum Zwecke des Informationsaustauschs in Vorbereitung der Erfüllung der

⁹⁰⁸ MünchKommBGB/*Schwab* § 1908b Rn. 5.

⁹⁰⁹ Pflichtverletzungen aus § 1901 Abs. 3 können z.B. den Straftatbestand der Untreue gem. § 266 Strafgesetzbuch oder der Körperverletzung gem. § 223 Strafgesetzbuch wegen einer Behandlung gegen den Willen des Betreuten erfüllen.

⁹¹⁰ *Epple* BWNNotZ 1992, 27, 28.

⁹¹¹ *Staudinger/Bienwald* § 1897 Rn. 12; *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1897 Rn. 73; BayObLG FamRZ 1996, 509, 510; BayObLG FamRZ 2001, 1249; BayObLG FamRZ 2002, 768, 769. Bei Nichtgeeignetheit des Betroffenen soll keine sofortige Beschwerde möglich sein (BT-Drucks. 11/4528 S. 129).

⁹¹² *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1897 Rn. 75.

⁹¹³ HK-BUR/*Bauer* § 1897 Rn. 50; BayObLG BtPrax 1997, 36; LG Berlin BtPrax 1997, 39; LG Stuttgart BtPrax 1996, 75. Nach *Bienwald* muss er dann „aus wichtigem Grund“ entlassen werden, vgl. FF 2003, 202, 203 und 205.

⁹¹⁴ MünchKommBGB/*Schwab* § 1908b Rn. 16.

⁹¹⁵ Vgl. dazu Ausführungen unter § 3 B. V.

Bürgerpflicht anzusehen. Die Ernennung des Betreuers trotz fehlender Übernahmeerklärung ist rechtmäßig. Ihr Fehlen könnte als zwingende gesetzliche Voraussetzung der Betreuungsbestellung evtl. eine rechtmäßige Entscheidung herbeiführen, jedoch zur Aufhebbarkeit der Betreuung gem. § 1908b Abs. 1 S. 1 aus wichtigem Grund führen.⁹¹⁶ Die Entlassung des Betreuers nach § 1908b erfolgt zum Schutz des Betreuten.⁹¹⁷ Die fehlende Übernahmeerklärung ist kein vergleichbarer Grund und kann daher nicht zur Entlassung des Betreuers führen.

Bei Missachtung des Grundsatzes der ehrenamtlichen vor der Berufsbetreuung hat das Betreuungsgericht den Betreuer gem. §§ 1897 Abs. 6, 1908b Abs. 1 S. 1 aus wichtigem Grund zu entlassen.⁹¹⁸ Verkennt das Gericht bei der Bestellung des Betreuers den Vorrang der privaten, auch berufsmäßigen Einzelbetreuung, hat es statt den Vereins- oder Behördenbetreuer den Einzelbetreuer gem. §§ 1897 Abs. 1, 1900, 1908b Abs. 5 zu ernennen.⁹¹⁹ Mit Ernennung erfolgt die Entlassung des vorherigen Betreuers.

Das Missachten der Betreuungsbedürftigkeit auf Seiten des Betroffenen, Vorliegen der Geschäftsunfähigkeit oder beschränkten Geschäftsfähigkeit⁹²⁰ auf Seiten des Betreuers führt zu seiner mangelnden Eignung im weiten Sinn,⁹²¹ so dass er zwar wirksam zum Betreuer bestellt werden konnte, aber nach § 1908b Abs. 1 S. 1 eine Entlassung nötig ist. Ein wichtiger Grund für die Entlassung liegt bei Interessenkollisionen in Vermögensfragen⁹²² vor. Gleiches gilt nach § 1908b Abs. 1 S. 2 bei vorsätzlich falscher Abrechnung durch den Betreuer.

C. Ergebnis zu § 6

Die Missachtung des zulässigen Betroffenenvorschlags bewirkt nicht die Nichtigkeit der gerichtlichen Entscheidung. Diese ist wirksam, jedoch mittels der Beschwerde gem. §§ 303 ff. FamFG angreifbar. Ist der Wunschbetreuer keine in § 303 FamFG genannte Person, ergibt sich seine Beschwerdeberechtigung aus subjektiver Rechtsverletzung gem. § 59 FamFG. Das subjektive Recht erwächst aus seiner Nennung in der Betreuungsverfügung als Wunschbetreuer und entsteht mit Einleitung eines Verfahrens. Dies gilt jedoch nur für die Einrichtung der Betreuung von Amts wegen, weil der Betroffene dann besonders schutzwürdig ist. Bei der Einrichtung der Betreuung auf Antrag des Betroffenen kann nur er die Auswahl des Betreuers nach § 59 FamFG rügen.

⁹¹⁶ Zumindest bei der Bestellung eines Vereins-/ Behördenbetreuers ohne Vorliegen seiner wirksamen Einwilligung (*Biennwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1897 Rn. 72).

⁹¹⁷ *Biennwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1908b Rn. 8.

⁹¹⁸ *Biennwald* FF 2003, 202, 205.

⁹¹⁹ *Biennwald* FF 2003, 202, 205; Palandt/*Diederichsen* § 1900 Rn. 1.

⁹²⁰ *Biennwald/Sonnenfeld/Hoffmann* § 1897 Rn. 44; Staudinger/*Engler* § 1780 Rn. 6.

⁹²¹ Vgl. BT-Drucks. 11/4528 S. 125.

⁹²² Nach BayOBLG bedarf es der konkreten Gefahr (BayOBLG FamRZ 1993, 988).

Missachtet der Betreuer die Vorgaben der Betreuungsverfügung, haftet er im Außenverhältnis nach den Grundsätzen des Stellvertretungsrechts. Gegenüber dem Betreuten stellt das Übergehen seines Wunsches eine Pflichtverletzung dar, die aufsichtsrechtliche Maßnahme nach sich zieht.

§ 7 Ergebnis und Ausblick

Die vorliegende Untersuchung zeigt, dass der Einzelne eine mögliche eigene zukünftige Betreuung umfassend selbstbestimmt ausgestalten kann. Dies gilt sowohl für das Verfahren der Betreuerbestellung⁹²³ als auch für die Führung der Betreuung⁹²⁴. Es ist möglich durch antizipierte Äußerung von verbindlichen Wünschen und Vorstellungen, welche im Rahmen einer Betreuungsverfügung festgehalten werden.⁹²⁵ Die einfachgesetzliche Anerkennung dieser Wünsche und Vorstellungen des Betroffenen im Betreuungsrecht ist Ausfluss des grundrechtlich garantierten Selbstbestimmungsrechts des Einzelnen,⁹²⁶ ihre weitmöglichste Beachtung wesentliches Ziel des Bereuungsrechts.⁹²⁷

Zwingend beachtlich, und somit durch den Betroffenen mittels individueller Wünsche unabdingbar, sind bestimmte gesetzliche Vorgaben: Der von ihm benannte Wunschbetreuer muss zur Übernahme der Einzelbetreuung geeignet⁹²⁸ und bereit⁹²⁹ sein und darf in keiner in § 1897 Abs. 3 genannten Verbindung zur

⁹²³ Vgl. § 4.

⁹²⁴ Vgl. § 5.

⁹²⁵ Vgl. § 2 C. II. 2.

⁹²⁶ Vgl. § 2 B. II.

⁹²⁷ Vgl. § 2 B. III.

⁹²⁸ Vgl. § 3 B. I.

⁹²⁹ Vgl. § 3 B. V.

Einrichtung oder dem Heim stehen, in dem der Betroffene lebt⁹³⁰. Zudem muss er geschäftsfähig⁹³¹ sein, darf im einschlägigen Aufgabenkreis nicht selbst unter Betreuung stehen⁹³² und die Übernahme der Betreuung muss für ihn zumutbar⁹³³ sein. Die Verfahrenspflegschaft ist nur durch alternative, d.h. privatautonome Beauftragung eines Verfahrensvertreters vermeidbar.⁹³⁴ Die Person des Verfahrenspflegers kann durch den Betroffenen ausgewählt, bestimmte Personen von diesem Amt durch ihn ausgeschlossen werden.⁹³⁵ Ist der Betroffene mittellos, ist die gesetzlich bestimmte Vergütung des Verfahrenspflegers undisponibel.⁹³⁶ Auch die Anhörung des Betroffenen ist zwingend vorzunehmen,⁹³⁷ der Betroffene kann lediglich ihren Ort vorschlagen⁹³⁸. Vom Sachverständigengutachten kann nicht aufgrund des Betroffenenwunsches abgesehen werden,⁹³⁹ aber die Person des Gutachters von ihm verbindlich ausgewählt und bestimmte Personen als Gutachter ausgeschlossen werden⁹⁴⁰. Die Regelungen zur gerichtlichen Zuständigkeit und einstweiligen Betreuerbestellung entziehen sich ebenfalls der individuellen Einflussnahme.⁹⁴¹

Wünsche über die Vornahme oder Nichtvornahme medizinischer Behandlungen sind gem. §§ 1901a, 1901b verbindlich.⁹⁴² Die vom Gesetz in §§ 1904 – 1908 vorgeschriebenen Genehmigungsvorbehalte sind zwingend. Eine Sterilisation nach § 1905 kann durch antizipierten Entzug der Einwilligung mittels der Betreuungsverfügung verhindert werden,⁹⁴³ eine Unterbringung nach § 1906 hingegen nicht. Abs. 1 S. 1 bestimmt jedoch, dass sie nur zulässig ist, solange sie nach § 1901 Abs. 3 zum Wohl des Betreuten erforderlich ist.⁹⁴⁴ Gleiches gilt für die in § 1907 regulierte Aufgabe seiner Wohnung⁹⁴⁵ und seiner Ausstattung⁹⁴⁶ gem. § 1908. In der Verwaltung seines Vermögens wird der Betroffene durch § 1908i Abs. 2 i.V.m. § 1804 eingeschränkt. V.a. die Regelung zum geltenden Schenkungsverbot ist jedoch teleologisch zu reduzieren.⁹⁴⁷

⁹³⁰ Vgl. § 3 B. III.

⁹³¹ Vgl. § 3 B. VI.

⁹³² Vgl. § 3 B. VII.

⁹³³ Vgl. § 3 B. V.

⁹³⁴ Vgl. § 4 B. II.

⁹³⁵ Vgl. § 4 B. I.

⁹³⁶ Vgl. § 4 B. III.

⁹³⁷ Vgl. § 4 C. I.

⁹³⁸ Vgl. § 4 C. II.

⁹³⁹ Vgl. § 4 D. I.

⁹⁴⁰ Vgl. § 4 D. II.

⁹⁴¹ Vgl. § 4 E. und F.

⁹⁴² Vgl. § 5 A. II.

⁹⁴³ Vgl. § 5 A. III. 1.

⁹⁴⁴ Vgl. § 5 A. III. 2.

⁹⁴⁵ Vgl. § 5 A. III. 3. b).

⁹⁴⁶ Vgl. § 5 A. III. 3. c) aa).

⁹⁴⁷ Vgl. § 5 A. III. 3. c) bb).

Die Missachtung des zulässigen Betroffenenvorschlags hinsichtlich des Wunschbetreuers durch das Gericht macht die Beschwerde nach §§ 303 ff. FamFG statthaft.⁹⁴⁸ Ist der Wunschbetreuer keine in § 303 FamFG genannte Person, ergibt sich seine Beschwerdeberechtigung für die Einrichtung der Betreuung von Amts wegen aus subjektivem Recht gem. § 59 FamFG durch die Nennung in der Betreuungsverfügung.⁹⁴⁹ Bei der Einrichtung der Betreuung auf Antrag des Betroffenen kann nur der Betroffene die Auswahl des Betreuers nach § 59 FamFG rügen.⁹⁵⁰ Missachtet der Betreuer die Wünsche des Betroffenen, hat dies im Außenverhältnis grundsätzlich keine Auswirkung, stellt gegenüber dem Betroffenen jedoch eine Pflichtverletzung dar, die aufsichtsrechtliche Maßnahmen des Gerichts zur Folge hat und ggf. zu seiner Entlassung führen kann.⁹⁵¹

Alle übrigen Fragen des Lebens kann der Betroffene im Rahmen der allgemeinen gesetzlichen Grenzen nach seinen Wünschen und Vorstellungen in der Betreuungsverfügung regeln und für sich beantworten.⁹⁵² An diese sind Betreuungsgericht und Betreuer gebunden.⁹⁵³ Verbindlich sind sie dann, wenn sie ernsthaft, bewusst und frei von Irrtum und Einfluss Dritter gefasst wurden.⁹⁵⁴ Ihre Verbindlichkeit entfällt nur, wenn die Wünsche aufgrund eines Willensmangels im Zustand fehlende Eigenverantwortung gefasst wurden, bzw. der Betroffene sich durch die Umsetzung eines solchen Wunsches selbst schädigen würde.⁹⁵⁵ Diese Anforderungen sind an die Wünsche der Betreuungsverfügung zu stellen. Die Betreuungsverfügung unterliegt keinen formalen Erfordernissen.⁹⁵⁶

Dieses Ergebnis zeigt, dass das Gesetz dem Betroffenen mittels der Betreuungsverfügung einen vergleichsweise großen Einfluss auf die Modalitäten der Einrichtung und Ausgestaltung seiner eigenen Betreuung gewährt. Es begrenzt diesen nur in den wenigen Bereichen, in denen es zu seinem Schutz allgemein erforderlich erscheint. Die Genehmigungsvorbehalte der §§ 1904 – 1908 entziehen beispielsweise die inhaltliche Entscheidung nicht dem Einfluss des Betroffenen, weil sie auf den allgemeinen Entscheidungsmaßstab in § 1901 Abs. 2 und 3 verweisen, den der Betroffenen selber definiert.⁹⁵⁷ Sie fordern vielmehr, aufgrund ihres weitreichenden Eingriffs in die Rechte des Betroffenen, die Genehmigung des Gerichts. Dieses prüft nicht den Inhalt der Entscheidung, sondern das Vorliegen der Voraussetzungen und garantiert somit die Beachtung der individuellen Entscheidungen des Betroffenen.

⁹⁴⁸ Vgl. § 6 A. II.

⁹⁴⁹ Vgl. § 6 A. II. 1.

⁹⁵⁰ Vgl. § 6 A. II. 2.

⁹⁵¹ Vgl. § 6 B. II.

⁹⁵² Vgl. § 2 C. III.

⁹⁵³ Vgl. § 2 C. II.

⁹⁵⁴ Vgl. § 2 C. II. 2. c.

⁹⁵⁵ Vgl. § 2 C. II. 3.

⁹⁵⁶ Vgl. § 2 C. IV.

⁹⁵⁷ Vgl. § 5 A. III.

Die Betreuungsverfügung bietet daher nicht nur eine Möglichkeit zur antizipierten Ausübung des Selbstbestimmungsrechts in der Betreuung, sondern garantiert diese. Damit schließt sie die Gefahr der Fremdbestimmung aus.

Im Vergleich zur Vorsorgevollmacht bietet die Betreuungsverfügung somit ein ungleich höheres Maß, Selbstbestimmung umzusetzen, wenn ihre tatsächliche Ausübung nicht mehr möglich ist. Gegenüber der Patientenverfügung ermöglicht die Betreuungsverfügung nicht nur die Regelung von Fragen der Gesundheit, sondern aller Lebensbereiche.

Insgesamt ist festzustellen, dass bislang die Möglichkeiten der Betreuungsverfügung in fast allen Fällen unterschätzt wurden. Die Einordnung der Betreuungsverfügung lediglich als Instrument zur Benennung des Wunschbetreuers wird ihren Regelungsmöglichkeiten nicht gerecht. Vielmehr ist sie als Instrument zu bewerten, dass die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts in der Betreuung umfassend gewährt und garantiert. Mit Blick auf den demographischen Wandel und der damit verbundenen steigenden Zahl der Betreuungen wird die Betreuungsverfügung in Zukunft einen ebenso zahlreichen wie vielfältigen Anwendungsbereich finden.

Literaturverzeichnis

Abrens, Martin

Autonomie in Fesseln – Vorsorgevollmacht und Vorsorgeverhältnis an den Schranken des Rechtsberatungsgesetzes, BtPrax 2005, 163 ff.

Alperstedt, Ralf

Dauerergänzungsbetreuung bei tatsächlicher Verhinderung?,
BtPrax 2001, 106 ff.

Bamberger, Heinz Georg/ Roth, Herbert

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 3 §§ 1297 – 2385,
EGBGB, CISG, 2. Auflage, München 2008

Zitiert: Bamberger/Roth/*Bearbeiter*

Barth, Peter

Das Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006. Die Reform im Überblick,
iFamZ 2006, 138ff.

Barth, Peter/ Ganner, Michael (Hrsg.)

Handbuch des Sachwalterrechts. Mit Angehörigenvertretung,
Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung, Wien 2007

Bartolomeyczik, Horst

Die subjektiven Merkmale der Willensbildung, in: *Ferid, Murad (Hrsg.)*,
Festschrift für Hans G. Ficker zum 70. Geburtstag am 20. Juli 1967,
Frankfurt, Berlin 1967, S. 51 ff.

- Bassenge, Peter/ Roth, Herbert*
Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit:
Rechtspflegergesetz, Kommentar, 11. Auflage, Heidelberg 2007
- Bauer, Axel/ Klie, Thomas*
Patientenverfügungen/Vorsorgevollmachten – richtig beraten? 2. Auflage,
Heidelberg 2005
- Bauer, Axel/ Klie, Thomas (Hrsg.)*
Heidelberger Kommentar zum Betreuungs- und Unterbringungsrecht,
Stand: 70. Aktualisierung, September 2009
Zitiert: HK-BUR/*Bearbeiter*
- Bauer, Axel/ Rink, Jürgen*
Kritik des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts
sowie weitere Vorschriften (Betreuungsrechtsänderungsgesetz – BtÄndG,
Stand: 7. Februar 1996) 2. Teil, BtPrax 1996, 158 ff.
- Baumann, Wolfgang/ Hartmann, Christian*
Die zivilrechtliche Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Le-
bens aus Sicht der notariellen Praxis, DNotZ 2000, 594 ff.
- Becker, H./ Mettheis, R./ Hennies, G./ Schirop, T.*
Behandlungsabbruch – Patientenverfügung (Patiententestament), Betreu-
ungsverfügung und Vorsorgevollmacht. Empfehlung der Ethikkommissi-
on der Ärztekammer Berlin, Intensivmed 1999, 71 ff.
- Berger, Christian*
Privatrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Sicherung der Patientenau-
tonomie am Ende des Lebens, JZ 2000, 797 ff.
- Bienwald, Werner*
Die Vorsorgevollmacht – ein gleichwertiger Ersatz der Betreuerbestel-
lung?, BtPrax 1998, 164 ff.
- Bienwald, Werner*
Der Betreuer mit dem Aufgabenkreis nach § 1896 Abs. 3 BGB,
Rpfler 1998, 231 ff.
- Bienwald, Werner*
Weitere Unvollkommenheit der Vorsorgevollmacht gegenüber der
Betreuung,
BtPrax 1999, 92 ff.
- Bienwald, Werner*
Geltendmachung von Aufwand und Vergütung. Eine Behörde oder ihre
Mitarbeiter werden zum ‚Pfleger für das Verfahren‘, Rpfler 1999, 429 ff.
- Bienwald, Werner*
Betreuungsrecht, Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und
Pflegschaft für Volljährige (BtG) und Gesetz über die Wahrnehmung be-
hördlicher Aufgaben bei der Betreuung Volljähriger (BtBG) Kommentar,
3. Auflage, Bielefeld 1999
Zitiert: *Bienwald* BtG, 3.Aufl.

- Bienwald, Werner*
Anmerkung zu BVerfG vom 07.06.2000, FamRZ 2000, 1280
- Bienwald, Werner*
Zu den Anforderungen an die Qualifikation des Betreuers,
FamRZ 2000, 1314 ff.
- Bienwald, Werner*
Vorsorgeverfügungen und ihre Bedeutung für das Vormundschaftsgericht, BtPrax 2002, 227 ff.
- Bienwald, Werner*
Verfahrenspflegschaftsrecht. Ein Handbuch. Bielefeld 2002
Zitiert: Bienwald Verfahrenspflegschaftsrecht
- Bienwald, Werner*
Wie wird man einen Betreuer und ähnliche Interessensvertreter wieder los?, FF 2003, 202 ff.
- Bienwald, Werner*
Anmerkung zu LG Kassel, FamRZ 2006, 1302
- Bienwald, Werner/ Sonnenfeld, Susanne/ Hoffmann, Birgit*
Betreuungsrecht Kommentar, 4. Auflage, Bielefeld 2005
Zitiert: Bienwald/ Sonnenfeld/ Hoffmann
- Binschus, Wolfgang*
Zur Vorsorgevollmacht, Der Amtsvormund 1998, 275 ff.
- Birmanns, Martin*
Muster einer Betreuungsverfügung, NWB Nr. 52/53 vom 21.12.1998,
S. 4355 f.
- Bittler, Jan*
Patientenverfügung und andere Vorsorgemöglichkeiten. So entscheiden Sie über Ihr Leben autonom, 7. Auflage, Regensburg, Berlin 2007
- Bobenhausen, Dieter*
Wohnungskündigung durch den Betreuer, Rpfleger 1994, 13 ff.
- Bobenhausen, Dieter*
Konkurrenz zwischen dem Willen des Betreuten und des Betreuers:
Gesetzliche Vertretung – Kontosperrung – Schenkung, BtPrax 1994, 158 ff.
- Bork, Reinhard*
Sind §§ 50, 67 FGG verfassungskonform?, FamRZ 2002, 67 ff.
- Borowski, Martin*
Intendiertes Ermessen, DVBl. 2000, 149 ff.
- Brox, Hans/ Walker, Wolf-Dietrich*
Erbrecht, 22. Auflage Köln 2007
- Brucker, Uwe*
Selbstbestimmt Vorsorge treffen. Teil I: Vorsorgevollmacht und Betreuungsverfügung, Die BKK 2002, 198 ff.

- Bühler, Martin*
Vorsorgevollmacht zur Vermeidung einer Gebrechlichkeitspflegschaft oder Betreuung, BWNNotZ 1990, 1 ff.
- Bühler, Ernst/ Kren, Rita/ Stolz, Konrad*
Betreuungsrecht und Patientenverfügung im ärztlichen Alltag, 2. Auflage, München 2006
- Bumiller, Ursula/ Winkler, Karl*
Freiwillige Gerichtsbarkeit: Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 8. Auflage, München 2006
- Bumiller, Ursula/ Harders, Dirk*
Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG), 9. Auflage, München 2009
- Bund, Uwe*
Die Notarkosten bei Vorsorgevollmacht mit Betreuungs- und Patientenverfügung, RNotZ 2004, 23 ff.
- Bund, Uwe*
Erneut: Die Beurkundungsgebühren der General- und Vorsorgevollmacht mit Betreuungs- und Patientenverfügung Teil I, JurBüro 2005, 622 ff.
- Bundesärztekammer*
Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung vom 11.09.1998, NJW 1998, 3406 f.
- Bundesärztekammer*
Handreichungen für Ärzte zum Umgang mit Patientenverfügungen, DÄBl. 96, Heft 43, 29. Oktober 1999 A-2720 (23 f.)
- Bundesministerium der Justiz (Hrsg.)*
Diskussions-Teilentwurf Gesetz über die Betreuung Volljähriger (Betreuungsgesetz – BtG) November 1987, Köln 1987
Zitiert: BtG-DiskE
- Bürgle, Helmut*
Auf dem Weg zu einem neuen Betreuungsrecht, NJW 1988, 1881 ff.
- Bydlinski, Franz*
Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriffe, 2. Auflage, Wien 1991
Zitiert: Bydlinski
- Canaris, Claus-Wilhelm*
Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, JZ 1987, 993 ff.
- Chauvistré, Ralph*
Vorsorgevollmacht und rechtliche Betreuung: Betreuungsverfügung und Patientenverfügung, 1. Auflage, Simmerath 1999
Zitiert: Chauvistré
- Chemnitz, Jürgen/ Johnigk, Franz*
Rechtsberatungsgesetz: Kommentar, 11. Auflage, Münster 2003

- Coepicus, Rolf*
Freiheit zur Krankheit?, BtPrax 1999, 130 ff.
- Coepicus, Rolf*
Sachfragen des Betreuungs- und Unterbringungsrechts, Stuttgart 2000
Zitiert: Coepicus, Sachfragen
- Coepicus, Rolf*
5460 DM jährlich für Betreuungsfahrten zu den Eltern,
BtPrax 2003, 164 ff.
- Coepicus, Rolf*
Sterbehilfe, Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht: Verbindlichkeit,
Muster, Umsetzung. Ein Ratgeber für Rechtssicherheit am Lebensende,
1. Auflage, Essen 2006
Zitiert: Coepicus, Sterbehilfe
- Cypionka, Bertram*
Die Auswirkungen des Betreuungsgesetzes auf die Praxis des Notars,
DNotZ 1991, 571 ff.
- Cypionka, Bertram*
Fortfall der Entmündigung Volljähriger – Auswirkungen auf den Rechts-
verkehr, NJW 1992, 207 ff.
- Damrau, Jürgen/ Zimmermann, Walter* (Hrsg.)
Betreuungsrecht: Kommentar zum materiellen und formellen Recht,
3. Auflage, Stuttgart 2001
- Deinert, Horst*
Betreuungszahlen 2005, BtPrax 2007, 3 ff.
- Deinert, Horst/ Lütgens, Kay*
Die Vergütung des Betreuers. Handbuch der Vergütungs- und Aufwen-
dungsregelungen, 4. Auflage Köln 2005
- Deutsch, Erwin*
Verfassungszivilrecht bei der Sterbehilfe, NJW 2003, 1567 ff.
- Deutsche Hospizstiftung*
Wie denken die Deutschen über Patientenverfügungen?, November 2005,
online veröffentlicht unter
http://www.hospize.de/ftp/tns_studie_05.pdf (Stand: Dezember 2009)
- Diekmann, Albrecht*
Empfiehl es sich, das Entmündigungsrecht, das Recht der Vormund-
schaft und der Pflegschaft über Erwachsene sowie das Unterbringungs-
recht neu zu ordnen?, JZ 1988, 789 ff.
- Diekmann, Andrea*
Neue Verfahrensvorschriften in Betreuungssachen nach dem FamFG –
ein Überblick, BtPrax 2009, 149 ff.
- Dodegge, Georg/ Roth, Andreas*
Systematischer Praxiskommentar Betreuungsrecht, 2. Auflage, Köln 2005

- Dodegge, Georg*
Die Entwicklung des Betreuungsrechts bis Anfang Juni 2006,
NJW 2006, 2670 ff.
- Dolzner, Rodolf* (Hrsg.)
Bonner Kommentar zum Grundgesetz: gegründet 1950, Heidelberg 1991,
Loseblattsammlung Stand: Februar 2009
Zitiert: BK/ *Bearbeiter*
- Dölle, Hans*
Familienrechtliche Darstellung des deutschen Familienrechts mit rechts-
vergleichenden Hinweisen Band II, Karlsruhe 1965
- Dreier, Horst* (Hrsg.)
Grundgesetz Kommentar, Band 1, 2. Auflage, Tübingen 2008
- Eisenbart, Bettina*
Patienten-Testament und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten.
Alternativen zur Verwirklichung der Selbstbestimmung im Vorfeld des
Todes, 2. Auflage, Baden-Baden 2000
- Epping, Volker/ Hillgruber, Christian* (Hrsg.)
Beck'scher OnlineKommentar zum Grundgesetz, Stand: 01.10.2008,
Edition 2
- Epple, Dieter*
Die Betreuungsverfügung, BWNotZ 1992, 27 ff.
- Epple, Dieter*
Einfluß der Betreuungsverfügung auf das Verfahren, die Führung und
Überwachung der Betreuung, BtPrax 1993, 156 ff.
- Erman*
Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, *Westermann*, Harm Peter
(Hrsg.)
11. Auflage, Köln 2004, zitiert: *Ermann/Holzbauer*
12. Auflage, Köln 2008, zitiert: *Erman/Roth*
- Feil, Erich/ Marent, Karl-Heinz* (Hrsg.)
Familienrechtskommentar zum ABGB, Wien 2007
- Flume, Werner*
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band: Das Rechtsge-
schäft, 4. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1992
- Friedrichs, Hans-Joachim*
Das neue Betreuungsgesetz, MDR 1992, 5 ff.
- Fröschle, Tobias* (Hrsg.)
Praxiskommentar Betreuungs- und Unterbringungsverfahren:
FGG, KostO, RpfLG, BtBG, Köln 2007
- Frost, Andreas*
Arztrechtliche Probleme des neuen Betreuungsrechtes. Eine Betrachtung
der §§ 1901, 1904 und 1905 BGB unter besonderer Berücksichtigung der
Einwilligung in ärztliche Maßnahmen, Heidelberg 1994

- Ganner, Michael*
Selbstbestimmung im Alter. Privatautonomie für alte und pflegebedürftige Menschen in Österreich und Deutschland, Wien 2005
- Ganner, Michael*
Das österreichische Sachwalterrecht (Teil 1), BtPrax 2007, 238 ff.
Das österreichische Sachwalterrecht – eine Erfolgsgeschichte? (Teil 2), BtPrax 2008, 3 ff.
- Geckle, Gerhard*
Patientenverfügung und Testament, 2. Auflage, Freiburg 2008
- Gernhuber, Joachim/ Coester-Waltjen, Dagmar*
Familienrecht, 5. völlig neu bearbeitete Auflage, München 2006
- Grell, Thomas*
Qualifikation des Verfahrenspflegers, Rpfleger 1993, 321 ff.
- Grziniotz, Herbert*
Der ‚betreute‘ Stifter - Zur Zulässigkeit von Stiftungen entsprechend dem Willen des Betreuten, ZEV 2005, 338 ff.
- Harm, Uwe*
Die ‚Angelegenheiten‘ einer volljährigen Person im Sinne des Betreuungsgesetzes, Rpfleger 1998, 89 ff.
- Harm, Uwe*
Die ‚Wohnungsauflösung‘. Gerichtliche Aufsicht und Genehmigungsverfahren, Rpfleger 2002, 59 ff.
- Hartmann, Tanja*
Patientenverfügung und Psychiatrische Verfügung – Verbindlichkeit für den Arzt?, NStZ 2000, 113 ff.
- Heinken, Karl*
Die Ordnung des gesamten Rechtsberatungswesens in Deutschland. Eine Gesamtdarstellung der Gesetze, Verordnungen und Verbandsabkommen über die Rechtslage, Heide in Holstein 1939
- Holzbauer, Heinz*
Der Umfang gerichtlicher Kontrolle privatrechtlicher Unterbringung nach § 1906 BGB i.d.F. des Betreuungsgesetzes, FuR 1992, 249 ff.
- Holzbauer, Heinz*
Schenkungen aus dem Vermögen Betreuer, FamRZ 2000, 1063 ff.
- Holzbauer, Heinz/ Reinicke, Michael*
Betreuungsrecht: Eine Kommentierung der bürgerlich-rechtlichen und der verfahrensrechtlichen Vorschriften des neuen Betreuungsrechts, Münster 1993
- Ill-Groß, Manuela/ Sträßner, Heinz R.*
Patiententestament, Betreuungsverfügung und Vorsorgevollmacht in der Praxis, PflR 1999, 126 ff.

- Ingelfinger*, Ralph
Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung,
JZ 2006, 821 ff.
- Jansen*, Paul (Begr.)/ *Schuckmann von*, Hans-Joachim/ *Sonnenfeld*, Susanne (Hrsg.)
Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit Groß-
kommentar, 2. Band §§ 35 – 70n FGG, 3. Auflage, Berlin 2005
Zitiert: Jansen/ *Bearbeiter*
- Jülicher*, Hans-Oskar/ *Klinger*, Bernhard F.
Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht, 2. Auflage Köln 2005
- Jurgleit*, Andreas (Hrsg.)
Betreuungsrecht, Handkommentar, Baden-Baden 2006
- Jürgens*, Andreas (Hrsg.)
Betreuungsrecht. Kommentar zum materiellen Betreuungsrecht, zum
Verfahrensrecht und zum Vormünder- und Betreuervergütungsgesetz,
3. Auflage, München 2005
- Jürgens*, Andreas/ *Kröger*, Detlef/ *Marschner*, Rolf/ *Winterstein*, Peter
Betreuungsrecht kompakt. Systematische Darstellung des gesamten
Betreuungsrechts, 6. Auflage, München 2007
- Justizministerium* Freistaat Thüringen
Wie kann ich vorsorgen?, Erfurt 2008
- Justizministerium* Mecklenburg Vorpommern
Vorsorgevollmacht und Betreuungsrecht, Schwerin 2003
- Justizministerium* Niedersachsen
Das Betreuungsrecht, Hannover 2005
- Keidel*, Theodor (Begr.)/ *Kuntze*, Joachim/ *Winkler*, Karl
Freiwillige Gerichtsbarkeit. Kommentar zum Gesetz über die Angelegen-
heiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 15. Auflage, München 2003
- Keidel*, Theodor (Begr.)/ *Engelhardt*, Helmut/ *Sternal*, Werner
FamFG. Kommentar zum Gesetz über das Verfahren in Familiensachen
und die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit,
16. Auflage, München 2009
- Keilbach*, Heinz
Vorsorgevollmacht zur Wahrung der Selbstbestimmung bei Krankheit, im
Alter und am Lebensende, FamRZ 2003, 969 ff.
- Keim*, Benno
Das notarielle Beurkundungsverfahren, München 1990
- Kemper*, Rainer
Das Betreuungsrecht in der gerichtlichen Praxis. Übersicht über die von
Juni 1992 bis Juni 1994 veröffentlichte Rechtsprechung, FuR 1994, 677 ff.
- Kirsch*, Matthias
Die Vergütung des Verfahrenspflegers, Rpfleger 1992, 379 ff.

- Klinger*, Bernhard F. (Hrsg.)
Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht. Was Ärzte und Bevollmächtigte für Sie in einem Notfall tun sollen, Wien 2005
- Knieper*, Judith
Neue Vergütungsregelungen für Verfahrenspfleger nach dem BtÄndG, JurBüro 1998, 289 ff.
- Knittel*, Bernhard
Betreuungsgesetz (BtG). Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige. Kommentar, Stand: 01. Oktober 2008, Köln
- Köller*, Regine/ *Sellin*, Christine/ *Engels*, Dietrich
Evaluation des 2. Betreuungsrechtsänderungsgesetzes (2. BtÄndG) – im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz – Zwischenbericht 2007, Institut für Sozialforschung und Gesellschaftspolitik, Köln 2007
- Kollmer*, Norbert
Selbstbestimmung im Betreuungsrecht, München 1992
- Korte*, Tamayo
Altern – ein Risiko für Autonomie?, FPR 2004, 643 ff.
- Kozjol*, Helmut/ *Bydlinski*, Peter/ *Bollenberger*, Raimund (Hrsg.)
ABGB Kommentar, 2. Auflage, Wien, New York 2007
- Krauß*, Dieter
Die Änderungen des Betreuungsrechts durch das 2. Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts, BWNotZ 2006, 35 ff.
- Kremzow*, Friedrich Wilhelm
Österreichisches Sachwalterrecht. Eine kommentierte Darstellung des Bundesgesetzes vom 02.02.1983 über die Sachwalterschaft für behinderte Personen, Eisenstadt 1984
- Lakotta*, Beate
Das Leiden der Anderen, S. 164 ff. Der Spiegel Nr. 48/ 24.11.2008
- Langenfeld*, Andrea
Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung und Patiententestament nach dem neuen Betreuungsrecht, Konstanz 1994
- Larenz*, Karl/ *Wolf*, Manfred
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, München 2004
- Laufs*, Adolf / *Katzenmeier*, Christian/ *Lipp*, Volker (Hrsg.)
Arztrecht 6. Auflage, München 2009
- Lipp*, Volker
Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson. Zu Funktion und Stellung der rechtlichen Betreuung im Privatrecht. Tübingen 2000
Zitiert: Lipp

- Lipp*, Volker
Rechtliche Aspekte stellvertretender Entscheidungen bei „passiver Sterbehilfe“, in: *May*, Arnd T./ *Geißendörfer*, Sylke E./ *Simon*, Alfred/ *Strätling*, Meinolfus (Hrsg.), *Passive Sterbehilfe: besteht gesetzlicher Regelungsbedarf? Impulse aus einem Expertengespräch der Akademie für Ethik in der Medizin e.V.*, Münster, Hamburg, London 2002, S. 37 ff.
Zitiert: *May/ Geißendörfer/ Simon/ Strätling/ Lipp*
- Lipp*, Volker
Die Entscheidung des BGH zur Sterbehilfe, *BtPrax* 2004, 18 ff.
- Lipp*, Volker
Sterbehilfe und Patientenverfügung, *FamRZ* 2004, 317 ff.
- Lipp*, Volker
Patientenautonomie und Lebensschutz. Zur Diskussion um eine gesetzliche Regelung der „Sterbehilfe“, Göttingen 2005
Zitiert: *Lipp*, Patientenautonomie
- Lipp*, Volker
Die Betreuungsverfügung als Instrument privater Vorsorge, in: *Sonnenfeld*, Susanne (Hrsg.), *Nicht alltägliche Fragen aus dem Alltag des Betreuungsrechts: Festschrift für Werner Bienwald zum 70. Geburtstag am 6. Juli 2006*, Bielefeld 2006, S. 177 ff.
- Lipp*, Volker
Betreuung und Zwangsbehandlung, *JZ* 2006, 661 ff.
- Lipp*, Volker
Rechtliche Betreuung und das Recht auf Freiheit, *BtPrax* 2008, 51 ff.
- Lipp*, Volker (Hrsg.)
Handbuch der Vorsorgeverfügungen. Vorsorgevollmacht – Patientenverfügung – Betreuungsverfügung. München 2009
Zitiert: *Lipp*, Vorsorgeverfügungen
- Lipp*, Volker/ *Klein*, Frederike C.A.
Patientenautonomie und „Sterbehilfe“ – Stand der aktuellen Debatte, *FPR* 2007, 56 ff.
- Looz v.*, Carola
Die Lebensdecke ist nicht kochfest! – Plädoyer für eine Betreuungsverfügung, *BtPrax* 2002, 179 ff.
- Martin*, Anja M.
Die Betreuung mit dem Aufgabenkreis Gesundheitssorge, Frankfurt a.M. 2002
Zitiert: *Martin*
- Maunz*, Theodor von/ *Dürig*, Günther/ *Herzog*, Roman (Hrsg.)
Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, Loseblattsammlung, München, Stand: Oktober 2008
Zitiert: *Maunz/ Dürig/ Bearbeiter*

Maurer, Ewald

Das österreichische Sachwalterrecht in der Praxis. Sachwaltergesetz in der Fassung des Sachwalterrechtsänderungsgesetzes 2006, 3. Auflage, Wien 2007

Mayer, Karl-Georg

Medizinische Maßnahmen an Betreuten – §§ 1904, 1905 BGB – Eine Untersuchung aus zivilrechtlicher Sicht. Würzburg 1995

Zitiert: Mayer

Meier, Sybille M.

Zu den Aufgaben der Betreuungsbehörde, BtPrax 2005, 82 ff.

Milzner, Lutz

Die adressengerechte Vorsorgevollmacht, NJW 2003, 1836 ff.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin und Leipzig 1888.

Müller, Gabriele

Betreuung und Geschäftsfähigkeit, Bielefeld 1998

Müller, Gabriele/ *Renner*, Thomas

Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 1. Auflage, Münster 2005/ 2. Auflage, Münster 2008

Müller-Freienfels, Wolfram

Die Altersvorsorge-Vollmacht. Studie zur Vollmachterteilung über Minderungen der Geschäftsfähigkeit hinaus, in: *Horn*, Norbert (Hrsg.), Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, Band 2, München 1982, S. 395 ff.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch

Rebmann, Kurt/ *Säcker*, Franz Jürgen/ *Rixecker*, Roland (Hrsg.)

Band 1 Allgemeiner Teil §§ 1 – 240, ProstG, 5. Auflage, München 2006

Band 8 Familienrecht II §§ 1589 – 1921, SGB VIII, 5. Auflage, München 2008

Zitiert: MünchKommBGB/ *Bearbeiter*

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung

Rauscher, Thomas/ *Wax*, Peter/ *Wenzel*, Joachim (Hrsg.)

Band 4 Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG), München 2010

Zitiert: MünchKommZPO/ *Bearbeiter*

Neubausen, Matthias

Rechtsgeschäfte mit Betreuten, RNotZ 2003, 157 ff.

Palandt, Otto

Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkomentar, bearbeitet von *Bassenge, Peter/ Brudermüller, Gerd/ Diederichsen, Uwe/ Edenhofer, Wolfgang/ Grünberg, Christian/ Heldrich, Andreas/ Heinrichs, Helmut/ Sprau, Hartwig/ Putzo, Hans/ Weidekaff, Walter*, 69. Auflage, München 2009

Zitiert: *Palandt/ Bearbeiter*

63. Auflage, München 2004, zitiert: *Palandt/ Bearbeiter*, 63. Auflage

55. Auflage, München 1996, zitiert: *Palandt/ Bearbeiter*, 55. Auflage

Pankoke-Schenk, Monika

Vormundschaftsrecht und Pflegschaft über Volljährige – die Reformbedürftigkeit des geltenden Rechts und die geplanten Neuregelungen aus der Sicht freigemeinnütziger Vormundschafts-/ Pflegschaftsarbeit, NDV 1989, 49 ff.

Pardey, Karl-Dieter

Betreuung Volljähriger: Hilfe oder Eingriff – Anspruch und Leistungsfähigkeit des Betreuungsrechts im Lichte des Grundgesetzes – Sarstedt 1989

Pardey, Karl-Dieter

Zur Zulässigkeit drittschützender freiheitsentziehender Maßnahmen nach § 1906 BGB, FamRZ 1995, 713 ff.

Pawlowski, Hans-Martin

Patientenverfügung, Vorsorgevollmacht und Betreuungsverfügung. Zur rechtlichen Vorsorge für das Alter, in: *Sonnenfeld, Susanne* (Hrsg.) Nichttägliche Fragen aus dem Alltag des Betreuungsrechts: Festschrift für Werner Bienwald zum 70. Geburtstag am 06. Juli 2006, Bielefeld 2006, S. 215 ff.

Pawlowski, Hans-Martin/ Smid, Stefan

Freiwillige Gerichtsbarkeit. Ein Lehrbuch. Köln, Berlin, Bonn, München 1993

Perau, Guido

Betreuungsverfügung und Vorsorgevollmacht, MittRhNotK 1996, 285 ff.

Peters, Bernd

Die Betreuung Volljähriger. Die Reform des zivilrechtlichen Fürsorgerechts für Volljährige aus der Sicht des Betreuers, Bayreuth 1992

Pieroth, Bodo

Die Verfassungsmäßigkeit der Sterilisation Einwilligungsunfähiger gemäß dem Entwurf für ein Betreuungsgesetz, FamRZ 1990, 117 ff.

Pohl, Kay-Thomas

Verfahrenspflegschaft, BtPrax 1992, 19 ff.

Prinz von Sachsen Gessaphe, Karl August

Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige, Tübingen 1999

- Rauscher*, Thomas
Familienrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2008
- Rennen*, Günter/ *Caliebe*, Gabriele
Rechtsberatungsgesetz mit Ausführungsverordnungen, 2. Auflage,
München 1992
- Rieger*, Gregor
Machtlos trotz Vollmacht? Materiell- und verfahrensrechtlicher Schutz
von Vorsorgevollmacht und Betreuungsverfügung, in: *Hofer*, Sibylle/ *Klippel*,
Diethelm/ *Walter*, Ute (Hrsg.), Perspektiven des Familienrechts: Festschrift
Dieter Schwab zum 70. Geburtstag am 15. August 2005, Bielefeld
2005, S. 1043 ff.
- Rink*, Jürgen
Anforderungen an das Vormundschaftsgericht und die Vormundschafts-
richter aufgrund des Betreuungsgesetzes, FuR 1990, 253 ff.
- Rogalla*, Catharina
Mehr Rechtsschutz durch den Verfahrenspfleger, BtPrax 1993, 146 ff.
- Roth*, Andreas
Die Verbindlichkeit der Patientenverfügung und der Schutz des Selbstbe-
stimmungsrechts, JZ 2004, 494 ff.
- Röthel*, Anne
Altersvorsorgevollmacht und Betreuungsverfügung, in: *Hausmann*, Rai-
ner/ *Hohloch*, Gerhard (Hrsg.), Handbuch des Erbrechts, Berlin 2008,
S. 1134 ff.
Zitiert: Hausmann/ Hohloch/ Röthel
- Rudolf*, Michael/ *Bittler*, Jan
Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung,
Bonn 2000
- Schauer*, Martin
Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006)
Teil 1, ÖJZ 2007, 173 ff.
- Schläpke*, Stephan
Vergütung von Verfahrenspflegern in Unterbringungssachen,
Rpflger 1993, 435 ff.
- Schmidt*, Gerd/ *Böcker*, Felix (Hrsg.)
Betreuungsrecht. Eine systematische Einführung aus juristischer und psy-
chiatrischer Sicht, 2. Auflage, München 1993
- Schrader*, Peter
„Selbstbewusst die Zukunft gestalten, solange ich gesund bin“ Die Vor-
sorgevollmacht – die Betreuungsverfügung – die Patientinnen-/ Patien-
tenverfügung, Die Schiedsamtzeitung (SchAZ) 2002, 49 ff.
- Schumacher*, Ulrich
Hypertrophie der Verfahrensgarantien im Betreuungsgesetz-Entwurf?,
ZRP 1989, 7 ff.

Schumacher, Ulrich

Wohnraummiete und Betreuung, WuM 2003, 190 ff.

Schwab, Dieter

Empfiehl es sich, das Entmündigungsrecht, das Recht der Vormundschaft und der Pflegschaft über Erwachsene sowie das Unterbringungsrecht neu zu ordnen?, Referat auf dem 57. Deutschen Juristentag Band II, in: Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentags in Mainz 1988, München 1988, S. K 8 ff.

Schwab, Dieter

Strukturfragen des geplanten Betreuungsrechts, in: *Schwab, Dieter* (Hrsg.), Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft, Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat, Berlin 1989, S. 881 ff.

Schwab, Dieter

Das neue Betreuungsrecht. Bericht über die verabschiedete Fassung des Betreuungsgesetzes (BtG), FamRZ 1990, 681 ff.

Schwab, Dieter

Probleme des materiellen Betreuungsrechts, FamRZ 1992, 493 ff.

Schwab, Dieter

Probleme der Vorsorgevollmacht, in: *Bauer, Hans-Joachim* (Hrsg.), Versorgung und Vorsorge. Familienrecht in Bewegung, Berlin 2004, S. 27 ff.

Schwimmann, Michael (Hrsg.)

ABGB Praxiskommentar. Ergänzungsband und Gesamtwortverzeichnis für alle 7 Bände, 3. Auflage, Wien 2007

Sellin, Christine/ Engels, Dietrich

Qualität, Aufgabenverteilung und Verfahrensaufwand bei rechtlicher Betreuung – mit einem Rechtsgutachten von Prof. Dr. Heinz Holzhauser
Untersuchung im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz (Hrsg.)
Köln 2003

Simon, Alfred/ Meran, Johannes G./ Fangerau, Heiner

Patientenverfügungen als Instrument der Patientenselbstbestimmung,
Der Hautarzt 2004, 721 ff.

Soergel, Hs. Theodor (Begr.)/ *Siebert, Wolfgang* (Hrsg.)

Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen.
Band 20 Familienrecht 4 §§ 1741 – 1921, 13. Auflage, Stuttgart 2000

Sonnenfeld, Susanne

Das 2. BtÄndG, FamRZ 2005, 941 ff.

Spickhoff, Andreas

Die Patientenautonomie am Lebensende: Ende der Patientenautonomie?
– Zur Feststellbarkeit und Durchsetzbarkeit des realen oder hypothetischen Willens des Patienten, NJW 2000, 2297 ff.

Spickhoff, Andreas

Autonomie und Heteronomie im Alter, in: AcP Bd. 208 (2008), S. 345 ff.

- Spanl*, Reinhold
Ergänzungsbetreuung und Gegenbetreuung – Neue Begriffe des Betreuungsrechts, Rpfleger 1992, 142 ff.
- Ständeke-Otto*, Edeltraud
Rechtsanwälte als Verfahrenspfleger, BtPrax 1993, 16 ff.
- Statistisches Bundesamt* (Hrsg.)
Bevölkerung Deutschland bis 2050, 11. koordinierte Bevölkerungsvorausberechnung. Wiesbaden 2006
- Staudinger*, J. von
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
Buch 1 Allgemeiner Teil §§ 164 – 240 Allgemeiner Teil 5, 13. Auflage, Berlin 2004
Buch 4 Familienrecht §§ 1773 – 1895 Anhang zu §§ 1773 – 1895 (KJHG) Vormundschaftsrecht, Neubearb., Berlin 2004
Buch 4 Familienrecht §§ 1896 – 1921 Rechtliche Betreuung und Pflegschaft, Neubearb., Berlin 2006
- Taupitz*, Jochen
Von der entrechteten Bevormundung zur helfenden Betreuung: Das neue Betreuungsgesetz, JuS 1992, 9 ff.
- Taupitz*, Jochen
„Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?“ Gutachten A für den 63. Deutschen Juristentag,
in: Verhandlungen des 63. Deutschen Juristentages Band I, München 2000, S. A 5 ff.
- Thomas*, Heinz/ *Putzo*, Hans/ *Reichold*, Klaus/ *Hüßtege*, Rainer
Zivilprozessordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen und europarechtlichen Vorschriften; Kommentar, 29. Auflage, München 2008
- Uhlenbruck*, Wilhelm
Selbstbestimmtes Sterben durch Patienten-Testament, Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung, Berlin 1997
Zitiert: Uhlenbruck, Selbstbestimmtes Sterben
- Uhlenbruck*, Wilhelm
Patiententestament, Betreuungsverfügung und Vorsorgevollmacht: zur Selbstbestimmung im Vorfeld des Todes, 3. Auflage, Dortmund 1998
Zitiert: Uhlenbruck, Patiententestament
- Uhlenbruck*, Wilhelm
Bedenkliche Aushöhlung der Patientenrechte durch die Gerichte, NJW 2003, 1710 ff.

- Verell*, Thorsten
„Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung“ Gutachten C zum 66. Deutschen Juristentag
in: Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages Band I, München 2006 S. C. 5 ff.
- van Oorschot*, B.
Patientenverfügung aus Patientensicht. Ergebnisse einer Befragung von palliativ behandelten Tumorpatienten, *Ethik in der Medizin* 2004, 112 ff.
- Vennemann*, Ulrich
Der Betreuungsrichter an der (zu) kurzen Leine – zur Verhältnismäßigkeit im (Betreuungs-)verfahrensrecht, *BtPrax* 1994, 93 f.
- Verbraucherzentrale NRW e.V.*
Patientenverfügung, Vorsorgevollmacht und Betreuungsverfügung, 10. Auflage, Düsseldorf 2008
- Viefhues*, Wolfram (Hrsg.)
Juris Praxiskommentar BGB, Buch 4 – Familienrecht, 4. Auflage, Saarbrücken 2008
Zitiert: juris PK-BGB/ *Bearbeiter*
- Wagenitz*, Thomas/ *Schwab*, Dieter
Familienrechtsreformkommentar Bielefeld 1998
Zitiert: FamRefK/ *Bearbeiter*
- Walter*, Ute
Die Vorsorgevollmacht, Bielefeld 1997
- Wesche*, Otto
Die Geldverwaltung durch Betreuer, *BtPrax* 2003, 56 ff.
- Wigge*, Peter
Arztrechtliche Fragen des Unterbringungsrechts, *MedR* 1996, 291 ff.
- Winkler*, Matthias
Vorsorgeverfügungen (Patientenverfügung Vorsorgevollmacht, Betreuungs- und Organverfügung), 3. Auflage, München 2007
- Zenz*, Giesela/ *von Eicken*, Barbara/ *Ernst*, Ellen/ *Hofmann*, Cornelia
Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige. Eine Untersuchung zur Praxis und Kritik des geltenden Rechts, Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Köln 1987
Zitiert: Zenz/ Eicken/ Ernst/ Hofmann
- Zierl*, Hans Peter
Sachwalterrecht Kurzkommentar mit Musterteil und Paragraphenübersicht, Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006, Patientenverfügungsgesetz, Heimaufenthaltsgesetz/Heimvertretungsgesetz, Außerstreitgesetz, Wien 2007
- Zimmermann*, Walter
Das neue Verfahren in Unterbringungssachen, *FamRZ* 1990, 1308 ff.

Zimmermann, Walter

Das neue Verfahren in Betreuungssachen, FamRZ 1991, 270 ff.

Zimmermann, Walter

Probleme des neuen Betreuervergütungsrechts, FamRZ 1999, 630 ff.

Zimmermann, Walter

Die Rechtsprechung zur Betreuungsvergütung, FamRZ 2002, 1373 ff.

Zimmermann, Walter

Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung für die Praxisberatung, Berlin 2007

Zitiert: *Zimmermann*

Zimmermann, Walter

Das neue FamFG Verfahrensrecht, Rechtsmittel, Familiensachen, Betreuung, Unterbringungssachen, Nachlasssachen und Kosten, München 2009

Zitiert: *Zimmermann FamFG*

Zöller, Richard

Zivilprozessordnung mit FamFG (§§ 1 – 185, 200 – 270, 433 – 48) und Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EG-Verordnungen, Kostenanmerkungen Kommentar, 28. Auflage, Köln 2010

Anhang: Auszug aus dem ABGB

Auszug aus dem Fünften Hauptstück des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Fassung vom 01.12.2009:

Von der Sachwalterschaft, der sonstigen gesetzlichen Vertretung und der Vorsorgevollmacht §§ 268 ff. ABGB

Besondere Vorschriften für die Sachwalterschaft

a) Auswahl des Sachwalters § 279 ABGB

(1) Bei der Auswahl des Sachwalters ist besonders auf die Bedürfnisse der behinderten Person und darauf Bedacht zu nehmen, dass der Sachwalter nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis oder in einer anderen engen Beziehung zu einer Krankenanstalt, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung steht, in der sich die behinderte Person aufhält oder von der sie betreut wird. Wünsche der behinderten Person, insbesondere solche, die sie vor Verlust der Geschäftsfähigkeit und Einsichts- und Urteilsfähigkeit geäußert hat (Sachwalterverfügung), und Anregungen nahe stehender Personen sind zu berücksichtigen, sofern sie dem Wohl der behinderten Person entsprechen.

(2) Einer behinderten Person ist eine geeignete, ihr nahe stehende Person zum Sachwalter zu bestellen. Wird eine behinderte Person volljährig, so ist ein bisher mit der Obsorge betrauter Elternteil zum Sachwalter zu bestellen, sofern dies dem Wohl der behinderten Person nicht widerspricht.

(3) Ist eine geeignete, nahe stehende Person nicht verfügbar, so ist ein geeigneter Verein mit dessen Zustimmung zum Sachwalter zu bestellen. Kommt auch ein Verein nicht in Betracht, so ist nach Maßgabe des § 274 Abs. 2 ein Rechtsanwalt (Rechtsanwaltsanwärter) oder Notar (Notariatskandidat) oder eine andere geeignete Person mit deren Zustimmung zu bestellen.

(4) Ein Rechtsanwalt (Rechtsanwaltsanwärter) oder Notar (Notariatskandidat) ist vor allem dann zum Sachwalter zu bestellen, wenn die Besorgung der Angelegenheiten vorwiegend Rechtskenntnisse erfordert, ein geeigneter Verein vor allem dann, wenn sonst besondere Anforderungen mit der Sachwalterschaft verbunden sind.

(5) Eine Person darf nur so viele Sachwalterschaften übernehmen, wie sie unter Bedachtnahme auf die Pflichten eines Sachwalters, insbesondere jene zur persönlichen Kontaktnahme, ordnungsgemäß besorgen kann. Es wird vermutet, dass eine Person – ausgenommen ein geeigneter Verein – insgesamt nicht mehr als fünf, ein Rechtsanwalt oder Notar nicht mehr als 25 Sachwalterschaften übernehmen kann; Sachwalterschaften zur Besorgung einzelner Angelegenheiten bleiben dabei außer Betracht.

b) Geschäftsfähigkeit der behinderten Person
§ 280 ABGB

(1) Die behinderte Person kann innerhalb des Wirkungskreises des Sachwalters ohne dessen ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung rechtsgeschäftlich weder verfügen noch sich verpflichten.

(2) Schließt die behinderte Person im Rahmen des Wirkungskreises des Sachwalters ein Rechtsgeschäft, das eine geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens betrifft, so wird dieses Rechtsgeschäft mit der Erfüllung der die behinderte Person treffenden Pflichten rückwirkend rechtswirksam.

c) Berücksichtigung des Willens und der Bedürfnisse der behinderten Person
§ 281 ABGB

(1) Der Sachwalter hat danach zu trachten, dass die behinderte Person im Rahmen ihrer Fähigkeiten und Möglichkeiten ihre Lebensverhältnisse nach ihren Wünschen und Vorstellungen gestalten kann.

(2) Die behinderte Person hat das Recht, von beabsichtigten, ihre Person oder ihr Vermögen betreffenden wichtigen Maßnahmen vom Sachwalter rechtzeitig verständigt zu werden und sich hiezu, wie auch zu anderen Maßnahmen, in angemess-

sener Frist zu äußern; diese Äußerung ist zu berücksichtigen, wenn der darin ausgedrückte Wunsch dem Wohl der behinderten Person nicht weniger entspricht.

(3) Ist der Sachwalter mit der Verwaltung des Vermögens oder des Einkommens der behinderten Person betraut, so hat er diese vorrangig zur Deckung der den persönlichen Lebensverhältnissen entsprechenden Bedürfnisse der behinderten Person zu verwenden.

(4) Ist das Wohl der behinderten Person gefährdet, so hat das Gericht jederzeit, von wem immer es angerufen wird, die zur Sicherung ihres Wohles nötigen Verfügungen zu treffen.

Lebenslauf

Als Tochter der Erzieherin Inge Klein, geb. Wagner und des Bauzeichners Robert Klein wurde ich am 25.04.1981 in Kassel geboren.

Nach dem Besuch der Grundschule Warmetal Obermeiser und der Gustav-Heinemann Gesamtschule Hofgeismar besuchte ich von 1997 bis 2000 das Oberstufengymnasium Albert-Schweitzer in Hofgeismar. Am 06.06.2000 erwarb ich dort die Allgemeine Hochschulreife.

Ab dem Wintersemester 2000/2001 studierte ich Rechtswissenschaft an der Georg-August-Universität Göttingen. Das Studium setzte ich im Wintersemester 2002/2003 für sechs Monate an der Università degli Studi di Perugia in Italien fort. Am 12.12.2005 schloss ich in Göttingen mein Studium der Rechtswissenschaft mit dem ersten juristischen Staatsexamen und dem Diplom ab.

Vom 01.04.2006 bis zum 31.03.2009 war ich als wissenschaftliche Assistentin von Prof. Dr. Volker Lipp am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Rechtsvergleichung und Zivilprozessrecht an der Georg-August-Universität Göttingen tätig. Mein dortiger Arbeitsschwerpunkt lag im Familienrecht, insbesondere dem Betreuungsrecht. In dieser Zeit entstand die vorliegende Dissertation.

Seit dem 01.04.2009 bin ich Rechtsreferendarin am Landgericht Lübeck in Schleswig-Holstein.

Im Sommer 2010 habe ich meinen jetzigen Ehemann Dr. Florian Faupel geheiratet.

Lübeck, im Oktober 2010

Frederike C.A. Faupel

Mit steigendem Alter nehmen degenerative Erkrankungen zu, damit können Beschränkungen der geistigen und körperlichen Fähigkeiten einhergehen. Vermindert sich die mentale Leistung, reduziert sich häufig auch die Fähigkeit, eigene Entscheidungen zu treffen bzw. getroffene Entscheidungen umzusetzen. Zunehmend stellt sich in diesen Fällen die Frage, wer anstelle des Betroffenen die notwendigen rechtlichen Angelegenheiten übernimmt und nach welchen Kriterien die erforderliche Hilfe erfolgt. Das Gesetz regelt dies gemäß §§ 1896 ff. BGB mit der Betreuung. Gemäß den §§ 1901, 1897, 1901c BGB kann jeder Einzelne im Rahmen einer Betreuungsverfügung im Vorfeld das Ob und Wie seiner eigenen möglichen Betreuung festlegen. Er kann unter anderem gemäß § 1897 Abs. 4 BGB die Person seines Betreuers bestimmen und diesem gemäß § 1901 Abs. 1 und 2 BGB Vorgaben zur Führung der Betreuung geben. Die rechtliche Grundlage dafür ist das Selbstbestimmungsrecht. Inwieweit dieses antizipiert mittels der Betreuungsverfügung ausgeübt werden kann und wann das Gesetz der individuellen Ausgestaltung der Betreuung durch verbindliche Vorgaben Grenzen setzt, untersucht die vorliegende Arbeit. In jedem Fall stellt die Betreuungsverfügung dabei eine Möglichkeit dar, die gesetzliche Betreuung gemäß §§ 1896 ff. BGB privatautonom auszugestalten.



GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT
GÖTTINGEN

ISBN: 978-3-941875-82-1

Universitätsdrucke Göttingen