1. Bayerischer Betreuungsgerichtstag

Die Erforderlichkeit in der Betreuung und der Wille des Betroffenen

Wird der Erforderlichkeitsgrundsatz in der rechtlichen Betreuung gesetzlich definiert oder durch die Kraft des Faktischen?

Ist der Wille der Betroffenen im Betreuungsverfahren handlungsweisend oder bestimmen die Defizite im sozialen Netz über Betreuungsbestellungen?

Datum: **22. Juli 2010**

Referent:

Horst Böhm
Direktor des Amtsgerichts Straubing
staglsr@aol.com

Inhaltsverzeichnis

DIE ERFORDERLICHKEIT IN DER BETREUUNG UND DER WILLE DES BETROFFENEN 1

1. EINLEITUNG 4

2. VERBINDUNG ZUM HAUPTTHEMA DES BETREUUNGSGERICHTSTAGES 5

3. AUSGANGSTHESE 5

4. WIRKUNGSMECHANISMEN BEI DER ERFORDERLICHKEITSPRÜFUNG 6

A. STAATLICHER PATERNALISMUS 6
B. LAISSEZ-FAIRE GRUNDHALTUNG 6
AA. ÜBERSCHÄTZEN DER VERBLIEBENEN FÄHIGKEITEN 6
BB. ÜBER-/FALSCHEINSCHÄTZUNG DER ANDEREN HILFEN 7
aaa. Vorteile der anderen Hilfen 7
bbb. Grenzen der „anderen Hilfen“ 7
ccc. Gefahren der „anderen Hilfen“ 7
CC. UNTERBEWERTUNG DER BETREUUNGSRECHTLICHEN MÖGLICHKEITEN 8

5. VORRANG DES FREIEN WILLENS 9

A. GESETZGEBERISCHE BEGRÜNDUNG 9
B. PATERNALISMUS ODER LAISSEZ-FAIRE? 9
C. DER FREIE WILLE 10
D. FOLGEN DER UNAUFKLÄRBARKEIT 10

6. QUALITÄT IN DER RICHTERLICHEN ARBEIT IST DAS GEBOT DER STUNDE 10

AA. DRITTINTERESSEN 11
BB. VIELFALT DER DEFIZITE 11
CC. DIAGNOSEPROBLEME 11
DD. RICHTERPROBLEME 11

7. WELCHEN WEG GEHT DIE RECHTSPRECHUNG ZWISCHEN PATERNALISMUS UND LAISSEZ-FAIRE? 12

A. RECHTSPRECHUNG ZUR ERFORDERLICHKEIT? 12
AAA. REINE LEHRE ZUR ERFORDERLICHKEIT 12
BBB. EINSCHRÄNKUNGEN DER REINEN LEHRE 12
CCC. ÜBERSEHENE AUFGABENKREISE 12
B. RECHTSPRECHUNG ZUR BEACHTLICHKEIT DES FREIEN WILLENS 13
AA. KEINE SELBSTBESTIMMTE REGELUNG FÜR DIE ZUKUNFT WIE BEI DER PATIENTENVERFÜGUNG 13
BB. MISSACHTUNG DES FREIEN WILLENS BEI VORSORGEVOLLMACHTEN? 14

***8. ERGEBNIS* 14**

9. THESEN: 15

SCHLUSS: 15

Die Erforderlichkeit in der Betreuung und der Wille des Betroffenen

Wird der Erforderlichkeitsgrundsatz in der rechtlichen Betreuung gesetzlich definiert oder durch die Kraft des Faktischen?
Ist der Wille der Betroffenen im Betreuungsverfahren handlungsweisend oder bestimmen die Defizite im sozialen Netz über Betreuerbestellungen?

1. Einleitung

Ich freue mich sehr, vor diesem Publikum sprechen zu dürfen, da einen Betreuungsgerichtstag in erster Linie engagierte Mitglieder des Betreuungsnetzwerks besuchen. Über den Informationsaustausch hinaus bietet ein derart geballtes Zusammentreffen interessierter Akteure auch die seltene Chance, dass diejenigen das Podium in der Hand haben, die sich weniger für die Probleme interessieren, sondern für die Lösung betreuungsrechtlicher Aufgaben. Diese seltene Chance geballter Fachkompetenz sollten wir optimal nutzen. Die Erfahrung lehrt, dass Pessimismus, Nörgeln, Jammern und Klagen heute niemanden mehr aufschrecken.

Sicher haben wir unklare Gesetze, zu viel Bürokratie, zu wenig Geld für Berufsbetreuer, zu wenig Fortbildung, zu viel Arbeit für die Gerichte, zu wenig Personal bei den Betreuungsbehörden und Betreuungsgerichten, zu wenig Pflegekräfte und so fort. Dies rechtfertigt kritische Anmerkungen, aber keine Trauerveranstaltung. Unterstützung bekommt man nur mit Leistungsnachweisen und Angeboten für die Zukunft, wie etwa die optimale Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention. Ansonsten erntet man mit seinen Klagen zwar viel verbales Verständnis, wird aber dann mit dem Hinweis auf leere Kassen gnadenlos in die Reihe der unzähligen Bittsteller einsortiert.

Zu dieser optimistischen Einstellung passt es auch, dass Protagonisten wie Prof. Bienwald[1] die Notwendigkeit einer grundlegenden Reform des Betreuungsrechts und eines neuen Betreuerbegriffs verneinen. Forderungen nach einer „ganzheitlichen, personenzentrierten Reform des Betreuungsrechts“[2] für Menschen mit Betreuungs- bzw. Assistenzbedarf bringen zwar neue Begriffe, aber keine konkreten Verbesserungen. Das Betreuungsrecht ist zeitgemäß. Dies gilt sowohl für das materielle wie auch für das Verfahrensrecht. Dafür sprechen schon die unzähligen Schutzvorschriften zugunsten der Betroffenen, von denen ich nur die für mein Thema wichtigen hervorhebe:

- Verbindlichkeit und Vorrang des Willens des Betroffenen,
- Vorrang der Vorsorgevollmacht,
- Verbot der sog. „Zwangsbetreuung“ gegen den freien Willen,
- umfassende Prüfung der Erforderlichkeit, Betreuungsbedürftigkeit und des Nachrangs der Betreuung.

Das Betreuungsrecht und das neue FamFG kann man deshalb auch als positive Erfolgsgeschichte und als gute Arbeitsgrundlage im Hinblick auf die UN-Behindertenrechtskonvention

[1] *Bienwald*, Ist das geltende Betreuungsrecht wirklich nicht mehr zeitgemäß?, BtPrax 2010, 3
[2] Große Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (17/2376) im Bundestag vom 13.07.2010

sehen. Defizite oder sagen wir einfach noch nicht erreichte Ziele, müssen wir auch uns anlasten, weil es nicht immer gelingt, dem Gesetz ausreichend Geltung zu verschaffen.

2. Verbindung zum Hauptthema des Betreuungsgerichtstages

Sie sind gekommen, um sich über das Thema „Qualität in der rechtlichen Betreuung“ zu informieren. Eine Qualitätsdiskussion macht aber nur Sinn, wenn es ein positives Ziel gibt und das könnte u.a. auch die Stärkung der „sozialen Integration der Betreuten sein“. Ich werde versuchen, mein Thema an dieser Fragestellung auszurichten. Es soll aber keine Darstellung der Rechtsprechung in allen Verästelungen erfolgen, sondern der Wirkungsmechanismen, Grundeinstellungen und Denkweisen, die sich hinter mancher Entscheidung verstecken.

3. Ausgangsthese

Erforderlichkeitsgrundsatz und die Verbindlichkeit des - freien - Willens sind im Gesetz fest verankert.

> § 1896 Abs. 1a BGB: „Gegen den freien Willen des Volljährigen darf ein Betreuer nicht bestellt werden.“
>
> § 1896 Abs. 2 Satz 1 BGB: „Ein Betreuer darf nur für Aufgabenkreise bestellt werden, in denen die Betreuung erforderlich ist.“
>
> § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB: „Die Betreuung ist nicht erforderlich, soweit die Angelegenheiten des Volljährigen durch einen Bevollmächtigten ..... oder durch andere Hilfen, bei denen kein gesetzlicher Vertreter bestellt wird, ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können.“
>
> § 1897 Abs. 1 BGB: Der Betreuer muss in der Lage sein „die Angelegenheiten des Betreuten rechtlich zu besorgen und ihn in dem hierfür erforderlichen Umfang persönlich zu betreuen.“
>
> § 1901 Abs. 1 BGB: „Die Betreuung umfasst alle Tätigkeiten, die erforderlich sind, um die Angelegenheiten des Betreuten ... rechtlich zu besorgen“.
>
> § 1901 Abs. 3 BGB mit der bekannten Trias: Wohl, Wille Wunsch, wobei insbesondere Wunsch und Wille des Betroffenen durch den Beschluss des BGH vom 22.07.2009[3] etwas desavouiert wurden zugunsten eines sozial akzeptablen „Wohl“, das unabhängig von den Wünschen des Betroffenen definiert werden kann.
>
> Den Begriff „erforderlich“ finden wir ebenso in § 1903 BGB beim Einwilligungsvorbehalt, bei § 1906 Abs. 1 BGB, wonach die Unterbringung erforderlich sein muss zum Wohl des Betreuten und in § 1908d BGB bei notwendigen Änderungen.

Meine These lautet nun, dass die an vielen Stellen vorgesehene Prüfung der Erforderlichkeit und der - auch gesetzlich verankerte - Respekt vor dem Willen des Betroffenen

[3] *BGH*, XII ZR 77/06, BtPrax 2009, 290

als rechtliche Weichenstellung gesehen und genutzt werden können/müssen, um die soziale Integration zu fördern oder um sie zumindest nicht zu behindern.

Zum Nachweis meiner These möchte ich zunächst deutlich machen, wie und wo sich die Erforderlichkeitsprüfung auswirken kann.

4. Wirkungsmechanismen bei der Erforderlichkeitsprüfung

Analysiert man die Wirksamkeit der rechtlichen Stellschraube „Erforderlichkeit“ im Hinblick auf die Frage der sozialen Integration der Betreuten, ergeben sich zwei gegensätzliche und in ihrer Polarisierung gefährliche Positionen. Die eine Position kann man als staatlichen Paternalismus bezeichnen, d.h. das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen wird mit zu viel staatlicher Fürsorge zugeschüttet. Wer nicht – allein - selbst bestimmen darf, wird fremdbestimmt und kann am gesellschaftlichen Leben nicht unbefangen teilnehmen wie andere. Die andere Position kann man als laissez-faire Grundhaltung definieren, die möglicherweise den mit der Fürsorge verbundenen und im Einzelfall erforderlichen Schutz versagt. Auch das kann eine erfolgreiche soziale Integration verhindern.

a. Staatlicher Paternalismus

Legt man bei der Frage der Erforderlichkeit einen zu großzügigen Maßstab an, riskiert man zu viele Betreuungen und zu weitgehende Aufgabenkreise. Ein Akt überdimensionierter staatlicher Fürsorge ist nicht nur teuer, sondern führt dazu, dass die Fähigkeit zum selbständigen, also sozial adäquaten und integrierten Verhalten behindert oder unterdrückt wird. Dem Betreuten und seiner Umwelt wird der Eindruck vermittelt, dass der Betroffene unfähig sei, seine Angelegenheiten zu erledigen. Die Menschen im Rechtsverkehr, allen voran die zumindest in diesem Bereich wenig risikobereiten Banken, wenden sich bei einer Betreuung in erster Linie an den Betreuer, engen damit den rechtlichen Handlungskreis des Betreuten ganz erheblich ein und grenzen ihn aus. Dazu kommt, dass der vielfach unterschätzte Grundsatz der self-fulfilling prophecy, also der sich selbsterfüllenden Vorhersage gerade bei der Betreuung nachhaltig greift. Jede Betreuung stigmatisiert den Betroffenen, stempelt ihn ab. Gegen diese normative Kraft des Faktischen kommt man mit dem Hinweis darauf, dass die Betreuung keinen Einfluss auf die Geschäftsfähigkeit hat, nicht an.

b. laissez-faire Grundhaltung

aa. Überschätzen der verbliebenen Fähigkeiten

Man kann aber als Richter auch engherzig bei der Anordnung von Betreuungen agieren und die Erforderlichkeit - vorschnell - im Hinblick auf verbliebene Fähigkeiten des Betroffenen oder „andere Hilfen“ verneinen. Man gerät dabei schnell in die Gefahr, die negativen Folgen einer Überforderung des Betroffenen, der häufig mit einem Versagen nicht umgehen kann, zu unterschätzen. Die Konfrontation mit den eigenen Defiziten, das Gefühl der Hilflosigkeit und das Fehlen eines kompetenten Ansprechpartners zur rechten Zeit können die Krankheit verschlimmern, den Betroffenen sozial ausgrenzen und seine Teilhabe an der Gesellschaft reduzieren. Machen wir das Ganze konkret. Ein psychisch kranker oder ein suchtkranker Mensch verliert durch seine Verhaltensauffälligkeiten seinen Arbeitsplatz, seinen Partner, seinen Freundeskreis und schließlich auch noch seine Wohnung. Ein Betreuer ist sicher kein Garant dafür, dass diese Abwärtsspirale verhindert wird. Eine adäquat organisierte Gesundheitsfür-

sorge, eine rechtzeitige Krisenintervention durch eine Unterbringung, ein klärendes Gespräch mit dem Vermieter oder Arbeitgeber und evtl. Unterstützung bei der Suche nach einer neuen Wohnung oder Arbeit erhöhen die Chancen, dass der Betreute nicht völlig aus dem Rahmen der Gesellschaft – Stichwort: soziale Integration - herausfällt. Hier den richtigen Zeitpunkt herauszufinden ab, dem die Betreuung notwendig wird, um ihm die Teilhabe an den sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Rechten zu erhalten, ist schwierig. Kommt man zu spät, nützt dem Betroffenen die Freiheit unter den Brücken zu nächtigen - sprich Obdachlosigkeit - oder das viel beschworene Recht auf Krankheit – nichts mehr. Ihm ist dann u.U. nicht mehr zu helfen und es bleibt ihm nur noch eine weitere Ausformung des Selbstbestimmungsrechts, nämlich der für mich zynisch wirkende Begriff des „Rechts zur Selbstaufgabe[4]“.

bb. Über-/Falscheinschätzung der anderen Hilfen

aaa. Vorteile der anderen Hilfen

Ist es dann vielleicht zielführender, wenn man verstärkt bei den sog. „anderen Hilfen“ ansetzt? Werden dadurch weniger Betreuungen erforderlich? Gewährleisten sie effektiver die soziale Integration? Soziale Dienste, unterstützende Wohnformen, Einbindung des sozialen Umfelds (Familie, Freunde, „nette“ Nachbarn), ambulante Pflegedienste, Beratungsstellen, Kontaktgruppen, seelsorgerische Unterstützung, Notfall und Krisenintervention, Tages- und Kurzzeitpflege, Altenhilfe, sozial-psychiatrischer Dienst, kirchliche Einrichtungen etc. sind gesellschaftspolitisch wertvoll und müssen unterstützt werden.

bbb. Grenzen der „anderen Hilfen“

Im Vordergrund steht aber die Freiwilligkeit auf beiden Seiten. Man kann sie anbieten, muss dies aber in der Regel nicht. Der Betroffene kann sie annehmen, er muss aber nicht. Ferner gibt es die wohl bekannten finanziellen und krankheitsbedingten Grenzen. Schlussendlich muss das alles häufig rechtsverbindlich organisiert werden und das geht bei Einwilligungs- oder Geschäftsunfähigkeit nur über den Betreuer als gesetzlichen Vertreter.

ccc. Gefahren der „anderen Hilfen“

Zu befürchten ist, dass sich bei den anderen - staatlich nicht organisierten - Hilfen, Unzuverlässigkeit, Unzulänglichkeit oder Eigennutz einstellen. Darüber hinaus besteht die Gefahr, dass den anderen Hilfen zu viele rechtsgrundlose „Befugnisse“ zugestanden werden. Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang folgendes Zitat aus einer Entscheidung „erfährt der Betroffene die notwendige ... Führung durch das Heimpersonal“[5], erübrige sich die Betreuung. Das ist in meinen Augen das Ende der sozialen Integration, weil der betroffene Mensch fremdbestimmt zum Objekt der (wohlwollenden) Heimleitung und der Pfleger wird. Ähnlich blauäugig/zynisch ist der Satz, dass eine Betreuung allein für Sozialhilfeangelegenheiten nicht erforderlich sei, weil Sozialhilfe gem. § 18 Abs. 1 SGB XII geleistet werden muss, wenn dem Sozialhilfeträger die Voraussetzungen für die Gewährung von Sozialhilfe bekannt werden[6]. Bei aller Bürgerfreundlichkeit der Behörden und Gerichte gibt es doch kei-

[4] *OLG Rostock*, B. v. 23.10.2009, Az. 6 W 33/09; BtPrax 2010, 134
[5] *BayObLG*, B. v. 12.03.1997, Az. 3 Z BR 47/97; FamRZ 1998, 452
[6] *LG Duisburg*, B. v. 24.11.2003, 12 T 280/03; BtPrax 2004, 156

ne Garantie dafür, dass der Sozialhilfeträger von der Not des Betroffenen Kenntnis erlangt und ihm voller Begeisterung alle ihm gesetzlich zustehenden Leistungen aufdrängt.

Die Vorsorgevollmacht, die gem. § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB ausdrücklich als „andere Hilfe" behandelt wird, ist ebenfalls ein zweischneidiges Schwert. Vorsorgevollmacht bedeutet, dass man ohne ein „staatlich organisiertes und überwachtes" Vertretungsrecht auskommen muss. Mit Ausnahme freiheitsentziehender und schwerwiegender ärztlicher Maßnahmen entfallen bei einer Vollmacht alle betreuungsgerichtlichen Genehmigungen. Kündigung der Wohnung, Abschieben in ein Pflegeheim, riskante Vermögensanlagen, dubiose Zuwendungen aus dem Vermögen des Betreuten sind möglich. Der Betreute wird dann schnell zum Objekt der Wünsche des Bevollmächtigten. Sicher eine weitaus bedeutendere Gefahr als die, Objekt staatlichen Handelns zu sein.

Bei einem Bevollmächtigten gibt es auch keine Garantie dafür, dass das Ziel der sozialen Integration und die Gewährleistung der Teilhabe am gesellschaftlichen Leben verfolgt wird. Diese Ziele im Auge zu behalten, ist dagegen beim Betreuer eine gesetzliche Verpflichtung. Er ist in der Tat dazu verpflichtet infolge des relativ selten zitierten, aber doch sehr wichtigen § 1901 Abs. 4 Satz 1 BGB. Somit hat er dazu „beizutragen, dass Möglichkeiten genutzt werden, die Krankheit oder Behinderung des Betreuten zu beseitigen, zu bessern, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder ihre Folgen zu mildern." Noch deutlicher bringt dies § 1901 Abs. 2 Satz 2 BGB zum Ausdruck mit der Formulierung „zum Wohl des Betreuten gehört auch die Möglichkeit, im Rahmen seiner Fähigkeiten sein Leben nach seinen eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten." All das fehlt vollständig bei der Vorsorgevollmacht.

cc. Unterbewertung der betreuungsrechtlichen Möglichkeiten

Auf eine eigenartige und gefährliche Fehleinschätzung des Gebots der Erforderlichkeit hat uns Bienwald in einer Anmerkung zu einer Entscheidung des Berliner Kammergerichts hingewiesen[7]. Das Gericht erklärte, dass der Aufgabenkreis „Wahrnehmung der Rechte bei der psychiatrischen Heilbehandlung" eine Unterbringung zur Zwangsbehandlung nicht erfasse. Deshalb sei dieser Aufgabenkreis nicht erforderlich und aufzuheben. Im Ergebnis wurde die Erforderlichkeit verneint, weil ein anderer „erforderlicher" Aufgabenkreis, nämlich die Aufenthaltsbestimmung rechtswidriger Weise nicht angeordnet wurde. Etwas fatal für den behandlungsbedürftigen Betreuten, der zwar nicht untergebracht, aber eben auch nicht behandelt werden kann. Es wurde schlichtweg vergessen, dass ein Betreuungsgericht von Amts wegen für einen ausreichenden Umfang der Aufgabenkreise zu sorgen hat. Man hätte daher dafür Sorge tragen müssen, dass die erforderlichen Aufgabenkreise vom Betreuungsgericht angeordnet werden, um eine notwendige Heilbehandlung zu gewährleisten.

Häufig wird auch die Kontrollfunktion der Betreuung unterschätzt bzw. nicht gesehen. Der BGH hat dies in seiner Rechtsbeugungsentscheidung[8] ausdrücklich für die Anhörungen zum Ausdruck gebracht. Wer diese Aufgabe des Betreuungsgerichts nicht sieht, wird auch die Frage der Erforderlichkeit einer Betreuung falsch einschätzen.

Die Folgen einer laissez-faire Grundhaltung nach der Devise, wir scheuen die Verantwortung und lassen den Betroffenen mit seinen Problemen allein, kann also genauso schädlich sein wie der staatliche Paternalismus.

---

[7] *KG*, B. v. 19.11.2009, 1 W 225/09; FamRZ 2010, 835 mit Anm. Bienwald
[8] *BGH*, B.v. 24.06.2009, 1 StR 201/09; BtPrax 2009, 236, FamRZ 2009, 1664

5. Vorrang des freien Willens

Ähnliche Problemlagen finden sich auch bei der Frage, ob und wie weit der Wille des Betroffenen im betreuungsgerichtlichen Verfahren reicht. Den Vorrang des freien Willens manifestiert dabei in besonderer Art und Weise § 1896 Abs. 1a BGB.

a. Gesetzgeberische Begründung

Die Einführung des § 1896 Abs. 1a BGB[9] war ein großes, vielleicht aber auch etwas zweifelhaftes, „Verdienst“ des Bayerischen Obersten Landesgerichts, das dieses Merkmal als ungeschriebene Voraussetzung der Betreuung bereits 1993 fast wie ein Gesetzgeber eingeführt hat[10]. Zweifelhaft vor allem wegen der Begründung, dass der Staat nicht das Recht habe, seine erwachsenen und zur freien Willensbestimmung fähigen Bürger zu erziehen, zu „bessern“ oder zu hindern, sich selbst zu schädigen. Dieser so überzeugend, rechtsstaatlich und liberal klingende Satz stimmt zumindest in seiner Schwarz-Weiß-Mentalität nicht. Der Staat dürfte ja dann seine erwachsenen und zur freien Willensbestimmung fähigen Straftäter nicht resozialisieren und er dürfte keine Maßregeln der Besserung und Sicherung verhängen. Die vielfach beschworene Gewalt- und Suchtprävention[11], die Forderung nach mehr Sozialarbeitern in den gesellschaftlichen Brennpunkten, all das ist ohne den Ansatz der staatlichen Besserung und Erziehung etc. nicht denkbar. Es ist auch ein Akt der nach dieser Begründung verbotenen Zwangsfürsorge, wenn man dem zur freien Willensbildung fähigen Bürger versagt, eine künftige Betreuung für sich zu verbieten[12]. Ich glaube auch nicht, dass es die Rechtsprechung akzeptieren würde, wenn ein zur freien Willensbestimmung fähiger Mensch die Anwendung von Bauchgurt, Bettgitter und Unterbringung ein für alle Mal für sich verbieten würde, in Kenntnis der damit verbundenen Gefahrenlage. Auch hier wird es zu einer Zwangsfürsorge kommen.

Der Ruf nach dem Verbot staatlicher Erziehung, Besserung und des Schutzes vor Selbstschädigung ist also ein wenig überzeugendes Argument für den Vorrang der freien Willensbildung vor staatlicher Fürsorge. Es spricht daher vieles dafür, dieses Tatbestandsmerkmal eng auszulegen, also die Anforderungen an den freien Willen hoch anzusiedeln, um notwendige Hilfe nicht zu schnell zu verhindern.

b. Paternalismus oder laissez-faire?

Wie bei der Erforderlichkeit bewegen wir uns auch bei der freien Willensbildung zwischen den beiden Polen Paternalismus und laissez-faire. In der Begründung zu § 1896 Abs. 1a BGB findet sich etwa eine Formulierung, die in Richtung laissez-fair geht. Dort heißt es: „Einsichtsfähigkeit setzt die Fähigkeit des Betroffenen voraus, im Grundsatz die für und wider eine Betreuerbestellung sprechenden Gesichtspunkte zu erkennen und gegeneinander abzuwägen. Dabei dürfen jedoch keine überspannten Anforderungen an die Auffassungsgabe des Betroffenen gestellt werden.“[13] Gewünscht ist demnach eine großzügige Bejahung der freien Willensbildung mit der erhofften Folge, möglichst wenige Betreuungen „finanzieren“ zu müssen.

---

[9] 2. BtÄndG, BTDrS. 15/2494 S. 27
[10] *BayObLG*, B. v. 25.11.1993, 3Z BR 190/93; BtPrax 1994, 59
[11] Stichwort: „Schutz der Volksgesundheit“
[12] *KG*, B.v. 15.12.2009, 1 W 213,214/09, FamRZ 2010, 924
[13] 2. BtÄndG, BTDrS. 15/2494 S. 28

Es fehlt aber nicht nur an einer tragfähigen Begründung, sondern auch an handfesten Kriterien, um den freien Willen sicher festzustellen. Es ist vielleicht ein Treppenwitz des Betreuungsrechts, dass bei der Entscheidung, ob der Wille des Betroffenen tatsächlich frei ist, nur einer frei ist, nämlich der Richter. Da er eine letztlich nicht zu entscheidende Frage beantworten muss, kann er seinen eigenen Wertungen freien Lauf lassen.

c. Der freie Wille

Die Frage nach der Freiheit der Willensbildung führt direkt in die Untiefen philosophischer Diskussionen. Die Schlagwörter Determinismus und Indeterminismus zeigen das Problem, aber keine Lösung. Die Diskussion wird zudem von naturwissenschaftlichen Erkenntnissen[14] flankiert. Folgt man diesen Erkenntnissen, die hier in der erforderlichen epischen Breite nicht dargestellt werden können, muss man wohl als Teilergebnis akzeptieren, dass es nicht um die Frage der Freiheit der Willensbildung geht, sondern um die Frage, ob bei dem Betroffenen die Willensbildung „deutlich unfreier abläuft als beim Durchschnitt der Bevölkerung."[15] Man muss aber auch anerkennen, dass es nicht Aufgabe der Gerichte sein kann, die Freiheit der Willensbildung anhand der letzten Erkenntnisse der Hirnforschung, Neurobiologie oder Psychologie zu durchleuchten. Wir müssen vielmehr ganz profan im Hinblick auf die Frage der Notwendigkeit rechtlicher Vertretung und die Unfähigkeit der selbstverantwortlichen Aufgabenerfüllung das Gesetz mit Leben erfüllen. Eine tiefschürfende Diskussion der freien Willensbildung wird dem Assistenzbedarf der psychisch kranken, körperlich oder geistig behinderten Menschen nicht gerecht. Deshalb erscheint es zumindest fragwürdig, Begriffe wie die freie Willensbildung als gesetzliches Tatbestandsmerkmal zu verwenden.

Die Feststellung eines freien Willens bleibt daher unsicher[16] und hat beständig spekulativen Charakter. Dies macht jeden, der eine mechanistische Sichtweise des Menschen ablehnt, hoffnungsfroh.

d. Folgen der Unaufklärbarkeit

Eigenartigerweise enden die gerichtlichen Untersuchungen selten mit der Feststellung, dass die Freiheit der Willensbildung weder festgestellt noch ausgeschlossen werden kann. Die Konsequenz wäre, dass eine Betreuerbestellung gegen den Willen des Betroffenen unterbleiben muss[17], weil man die Qualität der Willensbildung nicht feststellen kann. Im Ergebnis würden dann viele betreuungsbedürftige Menschen durch das Prüfungsraster fallen, eine notwendige Hilfestellung verlieren und krankheitsbedingt soziale Einbußen erleiden. Deswegen scheint die Rechtsprechung in paternalistischer Manier zu versuchen, dieses zu Recht nicht gewollte Ergebnis zu vermeiden.

6. Qualität in der richterlichen Arbeit ist das Gebot der Stunde

Damit sind wir auch schon bei der Qualität richterlicher Entscheidungen. Aufgabe des Richters ist es nach den bisherigen Ausführungen „erforderliche Betreuungen" im „erforderlichen Umfang" einzurichten, ohne in staatlichen Paternalismus oder in einen verantwortungslosen

[14] *Habermeyer*, Der „freie Wille" aus medizinischer Sicht, BtPrax 2010, 69; Hassemer FAZ v. 15.06.2010, Entgegnung FAZ v. 26.06.2010 Gerhard Roth, Grischa Merkel
[15] *Habermeyer*, Der „freie Wille" aus medizinischer Sicht, BtPrax 2010, 69 (70)
[16] *Knittel*, Betreuungsgesetz, Stand 01.08.2008, § 1896 BGB Rdnr. 114 mwN
[17] *Knittel*, Betreuungsgesetz, Stand 01.08.2008, § 1896 BGB Rdnr. 108

Rückzug aus der Fürsorgepflicht zu verfallen. Es geht also - wie so häufig - nie um ein Entweder oder, Hopp oder Topp, es geht nicht um die reine Lehre, sondern um einen schwierigen Optimierungsprozess. Anhänger der reinen Lehre, also Paternalisten und laissez-faire Protagonisten erkennt man daran, dass sie zu Fanatismus neigen. Bei einem so schwierigen Unternehmen wie der Betreuung braucht man aber Erfahrung, Fingerspitzengefühl, soziale Kompetenz, kritisches Denken und Verantwortungsbewusstsein und ist als bornierter Eiferer fehl am Platz.

Dabei gibt es genügend Schwierigkeiten des Richters, die sich aus den Interessen Dritter, den Defiziten des Betroffenen, Diagnoseproblemen und einem schwierigen richterlichen Umfeld ergeben.

aa. Drittinteressen

Verwandte, Freunde, Ärzte, Pflegekräfte oder Betreuer verfolgen eigene Interessen. Das sind ökonomische, altruistische, egoistische oder betriebswirtschaftliche Interessen, aber auch Angst um einen Angehörigen, Unsicherheit oder die Furcht, finanzielle Einbußen zu erleiden. Jede Position muss hinterfragt und auch auf altruistische Interessen hin geprüft werden, wobei man sich immer die Ausnahmesituation des Betroffenen und seines Umfelds vor Augen halten muss. Hier kann, muss und wird sich die richterliche Unabhängigkeit losgelöst von hierarchischen Strukturen bewähren.

bb. Vielfalt der Defizite

Erschwert wird die richterliche Arbeit auch dadurch, dass es eine Vielfalt von Defiziten gibt, die zu einer Betreuung führen können. Hier eine chaotisch zusammengestellte Übersicht: frühkindlicher Hirnschaden, Wachkoma, Demenz, Zustand nach Apoplex, Suchtkrankheiten, Persönlichkeitsstörungen, Borderline-Patienten, Bulimie und Anorexie, Trisomie, Vermüllungssyndrom, Schizophrenie, Zwangshandlungen, Psychosen aus dem schizophrenen Formenkreis, Autismus, dissoziale Einstellungen, sexuelle Deviationen, Depressionen etc.. Die Frage der Erforderlichkeit und der freien Willensbildung muss daher häufig entsprechend dem Krankheitsbild neu angedacht werden.

cc. Diagnoseprobleme

Zum anderen sind ärztliche Diagnosen und Prognoseentscheidungen im Bereich psychischer Krankheit, geistiger oder seelischer Behinderung mit Unsicherheiten behaftet. Gutachten werden oft überschätzt, da sie bei ihrer Interpretation sehr viel Ermessensspielraum zulassen, den Untersuchern enorme Machtfülle einräumen und nur eine " Momentaufnahme " des Kandidaten darstellen. Dazu kommt auch noch das soziale und kulturelle Umfeld, die Einbettung in eine Familie, einen Freundeskreis, die bei der Prüfung der „Erforderlichkeit“ eine wesentliche Rolle spielen.

dd. Richterprobleme

Ohne Nestbeschmutzer sein zu wollen sei die Frage erlaubt, ob alle Betreuungsrichter ihrer Aufgabe gerecht werden und ob ihnen dies bei den bekannt hohen Fallzahlen überhaupt möglich ist. Es sei auch die Frage erlaubt, ob sich den Rechtsmittelgerichten, die ja sagen wo es lang gehen muss, die Realität der betreuungsgerichtlichen Arbeit vollumfänglich erschließen kann. Die Realität wird ja zu einem Großteil erst aus den zahlreichen Kontakten mit den betroffenen Menschen vor Ort in den Einrichtungen, Krankenhäusern und Wohnungen erkennbar. Außerdem werden die typischen Fälle beim Betreuungsgericht völlig beschwerdefrei erledigt. In den nächsten Instanzen landen nicht mehr die typischen Fälle, sondern exotische, schiefgelaufene und/oder von Querulanten betriebenen Fälle. Die Lösung dieser Fälle prägt in gewisser Weise die Rechtsprechung für alle Betreuungen. Nunmehr soll auch noch ein hervorgehobenes Bundesgericht wie der BGH allein über die Beschwerdeentscheidungen aller

deutschen Landgerichte befinden. Der damit verbundene „Rechtsprechungszentralismus“ wird die Gefahr, dass der Bezug zur betreuungsgerichtlichen Normalität verloren geht, sicher erhöhen.

7. Welchen Weg geht die Rechtsprechung zwischen Paternalismus und laissez-faire?

a. Rechtsprechung zur Erforderlichkeit?

In diesem Spannungsfeld bewegt sich die Rechtsprechung zwischen Paternalismus oder laissez-faire. Dass es keine reine Lehre, sondern immer nur ein „ja, aber“ wird zwar nicht eingeräumt, lässt sich aber leicht nachweisen.

aaa. Reine Lehre zur Erforderlichkeit

Auf der einen Seite wird nachhaltig die „reine Lehre“ propagiert. Beispiele:

- Verbot der sog. „Vorratsbetreuung“[18]!
- Keine „prophylaktische Einbeziehung von Angelegenheiten“[19]!
- „Objektiver“ bzw. „konkreter Handlungsbedarf“ muss gegeben sein!
- Keine weit gefassten Aufgabenkreise! (Vertretung gegenüber Behörden, Krankenkassen, Versicherungen und sonstigen Institutionen[20]).
- Nur Angelegenheiten, die im Hinblick auf die konkrete Lebenssituation zukünftig zu besorgen sind.

bbb. Einschränkungen der reinen Lehre

Die reine Lehre lässt sich nicht durchhalten. Die verbotene Vorratsbetreuung findet sich ja schon im Gesetz, das den Aufgabenkreis der Besorgung aller Angelegenheiten kennt. Einen größeren Vorrat als alle Angelegenheiten gibt es wohl nicht. Die reine Lehre unterschätzt aber auch, dass sich die Anforderungen des Lebens stündlich, täglich, monatlich, vierteljährlich und so weiter ändern können. Der völlig bewegungsunfähige Heimbewohner, für den mit Dauerauftrag die Heimkosten überwiesen werden, hat auf den ersten Blick eigentlich nichts zu regeln. Oder will man nur nicht, dass jemand seine Interessen nachhaltig wahrnimmt?

ccc. Übersehene Aufgabenkreise

Ein ganz wichtiger Punkt! Ich frage mich, wie das jedem Menschen eigene egoistische Streben nach Wohlbefinden und Wohlstand umgesetzt wird. Nehmen Sie doch mal als Denkmodell den völlig neuen und wohl auch „erforderlichen“ Aufgabenkreis „Kampf um Wohlstand und Wohlbefinden des Betreuten“. Man bedenke dabei, nur wer sich wehrt und wehren kann, wird als vollwertiges Mitglied der Gesellschaft – Stichwort: soziale Integration - respektiert. Der so verstandene Kampf um die Teilhaberechte ist dann aber nichts mehr für kuscheloriertierte Gutmenschen. Der Betreuer muss sie knallhart einfordern, auch wenn andere – Erben, unterhaltspflichtige Verwandte, Pflegekräfte etc. – dann bei der Berücksichtigung ihrer Inte-

[18] 2. BtÄndG, BTDrS. 15/2494 S. 17
[19] *Staudinger/Bienwald*, Neubearbeitung 2006, § 1896 BGB Rdnr. 55
[20] *OLG Frankfurt*, FamRZ 2008, 1477

ressen zurückstehen müssen. Die Forderung in der politischen Auseinandersetzung könnte dann lauten weniger Studienplätze oder Kita-Plätze für mehr menschenwürdige Pflegeplätze für Senioren?
Vieles wäre aber auch ohne diesen ungewöhnlichen Aufgabenkreis schon zu kontrollieren und einzufordern. Wer überprüft denn die Leistungen der Pflegeeinrichtung oder der ambulanten Dienste auf Mängel, wenn nicht der Betreuer? Was ist, wenn sich die Heimkosten erhöhen, die Pflegestufe angepasst werden muss, zusätzliche Pflegemittel erforderlich sind, Taschengeld verwaltet werden muss? Soll dann ständig mit jeder Aufgabe die Betreuung erweitert und dann natürlich konsequenterweise nach Erledigung wieder eingeschränkt werden? Spätestens hier knicken alle Vertreter der reinen Lehre ein. Dann werden in Abkehr von der reinen Lehre auch von der Rechtsprechung „typisierende Bezeichnungen“ und zum anderen ein „absehbarer Betreuungsbedarf“ akzeptiert. Eine Vermögensbetreuung ist daher auch in geregelten Verhältnissen erforderlich, „wenn der Bedarf, das Notwendige zu veranlassen, absehbar ist und jederzeit auftreten kann. Der Handlungsbedarf muss konkret, aber nicht akut sein[21].

Ich glaube, dass Außenstehende spätestens hier geneigt sein könnten, von Rabulistik oder „Herumgeeiere“ zu sprechen.

- Keine Vorratsbetreuung, aber absehbarer Bedarf,
- keine prophylaktischen Aufgabenkreise, aber alles was absehbar ist und jederzeit auftreten kann,
- nur objektiver und konkreter Handlungsbedarf, er muss aber nicht akut sein,
- keine weit gefassten Aufgabenkreise, aber typisierende Bezeichnungen.

Das Sprichwort wasch mir den Pelz, aber mach mich nicht nass, drängt sich hier wohl nachhaltig auf.

b. Rechtsprechung zur Beachtlichkeit des freien Willens

Die Problematik des freien Willens wird dagegen in der Rechtsprechung weniger problematisiert. Mit den skizzierten Vorgaben kann/muss die Beantwortung der vorwiegend psychiatrischen Fragestellung dem ärztlichen Gutachter überlassen werden. Wenn man aber genauer nachforscht, stellt man fest, dass auch das Verhältnis der Rechtsprechung zum freien Willen zwiespältig ist. Dies gilt vor allem für den in die Zukunft gerichteten, also vorsorglich geäußerten Willen. Damit sind wir bei der Vorsorgevollmacht, der Betreuungsverfügung und der Patientenverfügung.

aa. Keine selbstbestimmte Regelung für die Zukunft wie bei der Patientenverfügung

Das KG hat, wie bereits erwähnt, entschieden, dass auch ein erwachsener und zur freien Willensbildung fähiger Bürger keine Betreuung für die Zukunft verbieten kann. § 1896 Abs. 1a BGB sei nicht anwendbar, weil der Betroffene ansonsten beim Eintritt der Betreuungsbedürftigkeit „schutzlos“ wäre und somit der staatliche Fürsorgeauftrag gefordert sei[22].

---

[21] *BayObLG* B. v. 04.06.1993, 3Z BR 104/93; BtPrax 1993, 171. Bei der Unterbringung fordert der BGH jetzt eine ernstliche und konkrete Gefahr, aber keine akute, unmittelbar bevorstehende Gefahr, B. v. 13.01.2010, XII ZB 248/09; BtPrax 2010, 78

[22] *KG*, B.v. 15.12.2009, 1 W 213,214/09, FamRZ 2010, 924

bb. Missachtung des freien Willens bei Vorsorgevollmachten?

Das OLG Schleswig[23] wollte der staatlichen Fürsorge auch bei einer Vorsorgevollmacht den Vorrang gegenüber der freien Willensentscheidung einräumen. Dazu folgender Sachverhalt: Ein erwachsener und zu diesem Zeitpunkt zur freien Willensbildung fähiger Bürger, der schon mehrmals wegen seiner wahnhaften Schizophrenie im psychiatrischen Krankenhaus behandelt wurde, verfasst eine Vorsorgevollmacht. Darin wird dem Bevollmächtigten verboten der Verabreichung von Psychopharmaka und dem "Einsperren auf einer geschlossenen Station" zuzustimmen. Das OLG erklärte, dass dieser Bevollmächtigte nicht in der Lage sei, die Angelegenheiten des Betroffenen ebenso gut wie ein Betreuer zu erledigen. Ein Betreuer könne daher bestellt werden und die Maßnahmen treffen. Vom Ergebnis her wohl eine sehr humane Lösung. Hier hat der Gesetzgeber einen wie ich glaube gefährlichen Riegel vorgeschoben. Seit der Einführung des § 1901a BGB – Stichwort Patientenverfügung – kann dieser Fall so nicht mehr entschieden werden. Die Regelung lautet, wenn ein einwilligungsfähiger Volljähriger für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit schriftlich festlegt, ob er bestimmte, zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht unmittelbar bevorstehende Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe untersagt, prüft der Betreuer/Bevollmächtigte nur noch, ob diese Festlegungen auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutreffen. Ist dies der Fall, hat der Betreuer/Bevollmächtigte dem Willen des Betreuten unabhängig von Art und Stadium einer Erkrankung des Betreuten Ausdruck und Geltung zu verschaffen. Man kann also mit einer Patientenverfügung sehr wohl die künftige Verabreichung von bestimmten Medikamenten verbieten.

Selbst wenn man in der Vollmacht mangels Bestimmtheit keine Patientenverfügung sehen will, dann ist doch wohl der Behandlungswunsch bzw. der mutmaßliche Wille hier mehr als deutlich zum Ausdruck gekommen, so dass man wegen § 1901a Abs. 2 BGB nicht behandeln darf. Wenn man aber nur mit den nicht gewünschten Psychopharmaka sinnvoll behandeln kann, diese aber nicht einsetzen darf, kann man auch nicht nach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB unterbringen. Man hat dann als Reaktionsmittel nur noch die behandlungsfreie Verwahrung in der öffentlich rechtlichen Unterbringung (Gummizelle, Zwangsjacke, Fixierung?). Ein untragbarer Zustand?

Entsprechend den von mir gewählten Kategorien waren die Entscheidungen des KG und des OLG Schleswig eher dem staatlichen Paternalismus zuzuordnen und die Entscheidung des Gesetzgebers dem laissez-faire Prinzip. Ich überlasse es dem geschätzten Urteil der Experten, ob diese Entscheidung des Gesetzgebers der sozialen Integration dient und ob man wirklich die Gefahr einer Chronifizierung der Krankheit sehenden Auges zulassen und das Ganze als Sieg des Selbstbestimmungsrechts feiern will.

8. Ergebnis

Die Begründung der Erforderlichkeit und die Feststellung der freien Willensbildung erweisen sich bei näherer Betrachtung als buntschillernde Chimären. Da eine sichere Grenzziehung unmöglich erscheint, wird auch der Freiraum für die Ziele, die man mit der Betreuung verfolgen kann, größer. Das Anstreben eines Ziels basiert aber immer auch auf einem bestimmten Interesse bzw. auf der Lösung von Interessenkonflikten. Dies bei der Gesetzesauslegung zu berücksichtigen, ist durchaus legitim, da in gewissem Umfang auch die sog. Interessenjurisprudenz akzeptabel ist, wobei sich zunächst die Frage stellt, welchen Interessenkonflikt der

[23] *OLG Schleswig*, B. v. 18.07.2007, 2 W 93/07, BtPrax 2008, 43

Gesetzgeber lösen wollte. Betreuung wird aber vom Gesetzgeber und wohl auch von der Exekutive unter vier Gesichtspunkten gesehen.

- Hilfe bei bestimmten Beeinträchtigungen durch gesetzliche Vertretung
- Vermeidung einer Kostenexplosion
- Minimierung der Beeinträchtigungen der Rechte der Bürger
- Bekämpfung von Missbrauch

Alle Ziele sind legitim. Der Hilfs- und Unterstützungscharakter steht aber im Vordergrund. Deswegen ist es kontraproduktiv, ständig den Eingriffscharakter der Betreuung zu stark zu betonen. Unterstützen wir ruhig das Ziel der Missbrauchsbekämpfung und der Kostenminimierung, indem wir den Erforderlichkeitsgrundsatz konsequent auf dieses Ziel hin ausrichten. Tragen wir dazu bei, dass die verbleibenden Ressourcen so gebündelt eingesetzt werden, dass eine effektive Hilfe durch rechtliche Vertretung gewährleistet wird. Vermeiden wir aber auch kleinkarierte Diskussionen um Vorratsbetreuungen oder konkreten bzw. akuten Handlungsbedarf.

9. Thesen:

Lassen Sie mich abschließend meine Ausführungen zusammenfassen.

1. Der Grundsatz der Erforderlichkeit wird zwar in der Rechtsprechung hoch gehandelt, kann aber zunächst mangels Griffigkeit nur sehr wenig an Rechtsklarheit und Rechtssicherheit vermitteln.

2. Die freie Willensbildung ist ein amorphes, nahezu unerklärbares Tatbestandsmerkmal, das sich als ungeeignet erwiesen hat, zur Vermeidung nicht erforderlicher Betreuungen beizutragen.

3. Maßgebend sind daher die gesetzgeberischen Ziele des Betreuungsrechts, das global gesehen darauf abzielt, „die Betroffenen in ihrer Eigenschaft als kranke oder behinderte Mitbürger“ ernst zu nehmen und ihre Rechte zu stärken[24]. Die Ziele möglichst wenig Eingriffe in die Rechte der Bürger, keine Zerreißprobe für das soziale Netz durch zu viele Betreuungen und Vermeidung von Missbrauch lassen sich damit vereinbaren. Notwendig ist ein Optimierungsprozess, an dem wir alle mitarbeiten müssen.

Schluss:

Machen wir uns gemeinsam an die Arbeit, um das Beste für die Betreuten zu erreichen. Ich freue mich schon auf lebhafte und kontroverse Diskussionen und würde mich freuen von Ihnen Neues zu erfahren. Allerdings interessieren mich nicht unsere Probleme, sondern die Lösungen. Ich erlaube mir auch zu hoffen, dass meine Ausführungen einen kleinen Anstoß gegeben haben über liebgewordene Begründungsschablonen und reflexartige Abwehrhaltungen nachzudenken.

Vielen Dank für Ihre Geduld und Aufmerksamkeit!

[24] BtDrS. 11/4528 S. 52