

KARL AUGUST
PRINZ VON SACHSEN GESSAPHE

Der Betreuer
als gesetzlicher Vertreter
für eingeschränkt
Selbstbestimmungsfähige

Jus Privatum

39

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 39



Karl August Prinz von Sachsen Gessaphe

Der Betreuer
als gesetzlicher Vertreter
für eingeschränkt
Selbstbestimmungsfähige

Modell einer mehrstufigen Eingangsschwelle
der Betreuung und des Einwilligungsvorbehalts

Mohr Siebeck

Karl August Prinz von Sachsen Gessaphe: Geboren 1958 in Mexico D.F.; Studium der Rechtswissenschaften und der Kompositionslehre in München; 1983 zweites juristisches Staatsexamen; 1986 Promotion zum Dr. jur.; 1988 Gründung und seither Präsident der Deutsch-Mexikanischen Juristenvereinigung; 1986–92 akademischer Rat an der Universität München; 1992–98 Lehrauftrag an der Universität München; 1998 Habilitation; 1998/99 Lehrstuhlvertreter an der Universität München; 1999 Gastprofessor an der Universität Paris XII; gegenwärtig Lehrstuhlvertreter an der Universität Bielefeld.

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilian-Universität München gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Sachsen-Gessaphe, Karl August von:

Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige /
Karl August Prinz von Sachsen Gessaphe. – Tübingen : Mohr Siebeck, 1999

(Jus privatum ; Bd. 39)

ISBN 3-16-147170-9

978-3-16-157907-3 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

© 1999 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Pfäffingen aus der Garamond-Antiqua belichtet, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier der Papierfabrik Niefern gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

ISSN 0940-9610

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist im Sommersemester 1998 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Habilitationsschrift angenommen worden. Sie beruht im wesentlichen auf der im Habilitationsverfahren eingereichten Fassung (23. 2. 1998). Freilich haben die umwälzenden Reformen des gesamten Familienrechts sowie das am 1. 1. 1999 in Kraft getretene Betreuungsrechtsänderungsgesetz eine umfassende Überarbeitung erforderlich gemacht; diese wurde im Februar 1999 abgeschlossen, daneben konnten bis zu diesem Zeitpunkt neuere Rechtsprechung und Literatur vereinzelt nachgetragen werden. Die während der Drucklegung erschienenen Neukommentierungen von *Bienwald* sowie *Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein* zum Betreuungsrecht konnten noch berücksichtigt werden.

Ist das Thema dieser Arbeit die Betreuung als Hilfe für fürsorgebedürftige Erwachsene, so war ich selbst während ihrer Erstellung auf vielfältige Hilfe angewiesen und habe solche auch erhalten. Zu allererst möchte ich daher meinem verehrten akademischen Lehrer, Prof. Dr. Hans Jürgen Sonnenberger, für seine verständnisvolle Unterstützung und Betreuung danken. Besonderer Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. Peter Schlosser, der nicht nur das Zweitgutachten erstellt hat, sondern mir auch sonst hilfreich zur Seite stand. Während eines längeren Forschungsaufenthaltes am Hamburger Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht erhielt ich in zahlreichen Gesprächen wertvolle Anregungen; in diesem Zusammenhang möchte ich besonders Herrn Prof. Dr. Ulrich Magnus sowie meinem Freund und Kollegen Francesco Munari danken. Besonders geholfen haben mir die Gesprächsbereitschaft und Unterstützung meiner Freunde und Kollegen Peter Kindler, Alexander Trunk und Peter Winkler von Mohrenfels. Herr Rolf Riß half mir nicht nur beim Umgang mit der Bibliothek, sondern unterstützte mich auch nach Kräften. Dank gilt auch meinen Mitarbeiterinnen, Frau Ana Maria Jayme und Frau Wiebke Kissmann, sowie Frau Christa Hausmann für die Hilfe bei Korrektur und Erstellung des Manuskriptes.

Für großzügige finanzielle Unterstützung durch ein Habilitationsstipendium und einen Druckkostenzuschuß danke ich der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

Mein ganz besonderer Dank gilt jedoch meiner Frau Karen und unseren Kindern, die mich in den schwierigen Phasen der Arbeit ertragen und mich immer liebevoll unterstützt haben. Ihnen widme ich dieses Buch in Liebe und Dankbarkeit.

München, im Juli 1999

Karl August Prinz von Sachsen Gessaphe

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Abkürzungsverzeichnis.....	XXVII
Einleitung.....	1
§ 1 Die Fragestellung	1
I. Die Neuorientierung durch die Entkoppelung der Betreuung von der Geschäftsfähigkeitsfrage	2
II. Untersuchungsgegenstand: Die Eingangsschwelle der Betreuung und des Einwilligungsvorbehalts	3
III. Gang der Untersuchung	7
§ 2 Überblick über das Vormundschaftsrecht des BGB und seine Reform durch das Betreuungsgesetz	10
I. Die Erwachsenenvormundschaft und die Gebrechlich- keitspflegschaft des BGB vor Inkrafttreten des BtG	10
1. Allgemeiner Überblick	10
2. Wesentliche Defizite	12
a) Mängel der rechtlichen Regelung	12
b) Umsetzungsdefizite	14
II. Die Reform durch das Betreuungsgesetz	16
1. Der Reformprozeß	17
2. Das neue Rechtsinstitut der Betreuung	19
a) Systematik	19
b) Zum Ablauf der Betreuung	20
c) Grundgedanken der materiellen Regelung	22
d) Verfahrensrechtliche Grundzüge	24
e) Sozialrechtliche Komponente	25
3. Die Reform durch das Betreuungsänderungsgesetz.....	26

1. Teil

Rechtstatsächliche und verfassungsrechtliche Grundlegung

§ 3 Die Rechtstatsache betreuungsrelevanter psychopathologischer Funktionsstörungen	29
I. Gedanken zur psychiatrischen Krankheitslehre	30
1. Der psychiatrische Krankheitsbegriff als Ausgangspunkt der früheren Lehre	30
a) Zur Ausgrenzung nicht pathologischer Defekte	30
b) Zur Beurteilung rechtlicher Handlungsfähigkeit	31
c) Zur Beurteilung vormundschaftlichen Fürsorgebedarfs	32
2. Neue multiaxiale Ansätze	33
3. Begutachtung psychiatrischer Erkrankungen	34
a) Multifaktorielle Bedingtheit	35
b) Ungenauigkeit quantitativer Aussagen	36
c) Fazit:	37
II. Die relevanten pathologischen Phänomene	37
1. Psychische Krankheiten	38
a) Organische Psychosen	38
b) Endogene Psychosen	39
aa) Schizophrener Formenkreis	39
bb) Zyklotyme Erkrankungen	40
c) Senile Demenz	40
d) Abhängigkeitskrankheiten	41
e) Varianten seelischen Erlebens	43
2. Geistige Behinderungen	44
3. Körperliche Behinderungen	45
III. Einfluß dieser Phänomene auf die Selbstbestimmungsfähigkeit ...	45
1. Ausgrenzung rein körperlicher Behinderungen	46
2. Sonstige betreuungsrelevante Funktionsstörungen	46
a) Notwendige Differenzierung	46
b) Typische Krankheitsbilder	47
c) Das Problem der Freiwilligkeit	49
3. Begründung rechtlicher Handlungsunfähigkeiten	50
a) Geschäftsunfähigkeit	50
b) Einsichtsfähigkeit	52

§ 4 Verfassungsrechtlicher Rahmen	54
I. Spannungsfeld zwischen staatlichem Schutzauftrag und Achtung der Selbstbestimmung	54
1. Schutzauftrag des Staates	54
2. Der Grundgedanke der Selbstbestimmung	55
a) Im Bürgerlichen Recht	56
b) Im Grundgesetz	57
II. Allgemeine Aspekte der Grundrechtsgeltung im Rahmen des Betreuungsrechts	58
1. Grundrechtsmündigkeit	58
2. Die Geltung der Grundrechte im Betreuungsrecht	59
a) Die strittige Grundrechtswirkung im Privatrecht	60
b) Der Sonderfall der zivilrechtlichen Fürsorge	61
3. Grundrechtsbeschränkungen	62
a) Schrankensystematik	62
b) Beschränkungen in Sonderstatusverhältnissen	62
c) Einwilligung in Grundrechtsbeschränkungen	63
III. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	65
1. Grundlegung	65
a) Rechtsqualität als Verfassungsgrundsatz	66
b) Anwendungskriterien	66
aa) Anwendbarkeit	66
bb) Differenzierung nach Gesetzes- und Einzelfallkontrolle	67
cc) Unterschiedliche Schutzrichtung	68
dd) Einfluß der Einstellung des Betroffenen zum Mitteleinsatz	68
2. Inhalt des Grundsatzes	69
a) Allgemein	69
b) Geeignetheit	70
c) Erforderlichkeit	71
d) Verhältnismäßigkeit i.e.S.	72
e) Funktionale Unterschiede zwischen Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit i.e.S.	73
IV. Spezifische Aussagen zur Erwachsenenfürsorge	73
1. Zur Zulässigkeit der Fürsorge	73
a) Allgemein	73
b) Grenzen für die Ausübung der Rechtsmacht	74
2. Vorgaben für grundrechtstangierende Maßnahmen	75
a) Zwangspflegschaft und allgemeine Handlungsfreiheit	75
b) Gesetzliche Vertretung und allgemeines Persönlichkeitsrecht	77
c) Das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Mündels	77
V. Zusammenfassung	78

2. Teil

Historische Entwicklung der zivilrechtlichen Erwachsenenfürsorge

§ 5 Grundlinien der Entwicklung bis zum BGB	82
I. Römisches Recht	82
1. Fürsorgeinstitute	83
a) Allgemeines	83
b) Rechtsmacht des Fürsorgers	83
2. Einschränkungen der Handlungsfähigkeit	84
3. Zusammenhang zwischen Fürsorge und eingeschränkter Handlungsfähigkeit	85
II. Mittelalterliches und frühneuzeitliches deutsches Recht	86
1. Die Vormundschaft	86
a) Allgemeines	86
b) Rechtsmacht des Vormundes	87
2. Zusammenhang zur Handlungsunfähigkeit	87
III. Gemeines Recht	88
1. Einschränkungen der Handlungsfähigkeit	88
2. Zusammenhang zwischen Vormundschaft und derartigen Einschränkungen	89
IV. Preußisches Allgemeines Landrecht	90
1. Fürsorgeinstitute	90
a) Allgemeines	90
b) Rechtsmacht des Vormundes	91
2. Einschränkungen der Handlungsfähigkeit	91
3. Zusammenhang zwischen Vormundschaft und Einschränkungen der Geschäftsfähigkeit	93
a) Entmündigungsähnliche Tatbestände	93
b) Sonstige Tatbestände	94
c) Funktion der mit der Entmündigung gekoppelten Vormundschaft ...	95
§ 6 Die Bestimmung der Eingangsschwelle im früheren Vormundschaftsrecht des BGB	96
I. Voraussetzungen der Fürsorge	96
1. Vormundschaft	96
a) Koppelung an die Voraussetzung der Entmündigung	96
aa) Bei der endgültigen Vormundschaft	97

(1) Für die Anordnung der Vormundschaft	97
(2) Für die Fortdauer der Vormundschaft	98
bb) Bei der vorläufigen Vormundschaft	98
b) Erfasster Personenkreis	98
c) Schutzzweck	99
d) Entmündigung nach § 6 I Nr. 1 a.F.	100
aa) Angelegenheitenbegriff	100
bb) Geisteskrankheit und Geistesschwäche	101
cc) Unfähigkeit der Angelegenheitenbesorgung	102
2. Gebrechlichkeitspflegschaft	102
a) Der Grundtatbestand	102
aa) Die geistigen Gebrechen	103
bb) Das Fürsorgebedürfnis	103
b) Freiwillige Pflegschaft	104
c) Die Zwangspflegschaft	105
d) Einfluß von Veränderungen des Fürsorgebedarfs	106
II. Wirkungen der Fürsorge	107
1. Vormundschaft	107
a) Zuweisung eines Vormundes mit Rechtsmacht	108
b) Einschränkung rechtlicher Handlungsfähigkeit	109
aa) Mittelbare Verknüpfung mit der endgültigen Vormundschaft ..	109
bb) Direkte Verknüpfung bei der vorläufigen Vormundschaft	110
2. Gebrechlichkeitspflegschaft	110
a) Zuweisung eines Pflegers mit Rechtsmacht	110
b) Einfluß auf die rechtliche Handlungsfähigkeit des Pfleglings?	111
aa) Regelmäßig kein Einfluß	111
bb) Inzidentwirkung der Geschäftsunfähigkeitsfeststellung bei der Zwangspflegschaft	112
III. Würdigung der Eingangsschwellen des früheren Vormundschaftsrechts	112
1. Die Entmündigung als Eingangsschwelle der Vormundschaft ...	113
a) Vorteile der Verknüpfung mit der Entmündigung	113
b) Nachteile dieser Verknüpfung	114
aa) Entmündigung als übermäßige Entrechtung	114
bb) Strukturelles Defizit der Koppelung an die Entmündigung ...	115
cc) Auslegung des Entmündigungsmaßstabs im Hinblick auf die intendierte Vormundschaft	116
c) Unbestimmtheit des Entmündigungstatbestandes des § 6 I Nr. 1 a.F.	117
2. Die Schwelle der Gebrechlichkeitspflegschaft	118
a) Doppelte Unfähigkeitsprüfung	118
b) Allgemeiner Vergleich zur Vormundschaft	118
c) Die Einwilligung als Schwelle der freiwilligen Pflegschaft	119

d) Exorbitante Auslegung der Geschäftsunfähigkeit als Schwelle der Zwangspflegschaft	120
3. Zusammenfassung	122
a) Divergenz der Anordnungskriterien von Vormundschaft und Pflegschaft	122
b) Tatbestandliche Koppelung der Fürsorge mit der Geschäftsfähigkeitsfrage	123
aa) Konkretisierende Funktion dieser Koppelung	123
bb) Unterschiedlicher Einfluß auf die rechtliche Handlungsfähigkeit des Fürsorgebedürftigen	124
§ 7 Vergleichende Würdigung der Rechtsentwicklung	126
I. Anlaß und Zweck der Fürsorge	126
II. Verknüpfung mit Einschränkungen rechtlicher Handlungs- fähigkeit und der gesetzlichen Vertretung	127
III. Fazit	130

3. Teil

Die Festlegung der Eingangsschwelle

1. Abschnitt

Die Begründung der Betreuung

§ 8 Die Wirkungen der Betreuerbestellung im Hinblick auf die Festlegung der Eingangsschwelle	133
I. Rechtsverhältnis der Betreuung	134
II. Die Rechtsmacht des Betreuers	135
1. Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter	136
a) Koppelung der Betreuung mit der gesetzlichen Vertretung	136
b) Elemente der gesetzlichen Rechtsmacht	137
aa) Gesetzliche Vertretung und tatsächliche Sorge	138
bb) Personen- und Vermögenssorge	139
2. Rechtsmacht im Außenbereich	139
a) Die gesetzliche Vertretungsmacht	140
aa) Im materiellen Recht	140
bb) Im Verfahren	141
(1) Im Zivilprozeß	141
(2) In FG-Sachen	142
(3) In sonstigen Verfahren	143

b) Handeln des Betreuers im eigenen Namen	143
aa) Mittelbare Stellvertretung	143
bb) Sogenannte amtsähnliche Handlungen	144
c) Die Einwilligung in die Verletzung persönlicher Rechtsgüter	145
aa) Die Rechtshandlung der rechtfertigenden Einwilligung	145
bb) Zuständigkeit des Betreuers	147
d) Absolute Rechte des Betreuers	149
3. Rechtsmacht im Innenbereich	150
a) „Tatsächliche Sorge“	150
b) Vermischung von Innen- und Außenbereich	151
c) Das Problem der Zwangsbefugnisse	152
4. Einschränkungen der Rechtsmacht	153
a) Bei der materiellen Vertretungsmacht	154
aa) Ausschlußtatbestände	154
(1) Rechtsgeschäftliche	155
(2) Sonstige	157
bb) Handlungsverbot	158
cc) Beschränkungen der Vertretungsmacht	159
(1) Wegen Interessenkollision	159
(2) Durch Bestellung eines Mitbetreuers	159
(3) Durch Genehmigungsvorbehalte	160
b) Bei der verfahrensrechtlichen Vertretungsmacht	161
aa) Auswirkungen materieller Ausschlußtatbestände	161
bb) Genuin prozessuale Ausschlußtatbestände	163
(1) Eidesleistung	163
(2) Strittige Vertretung in Ehesachen	163
cc) Beschränkungen der Vertretungsmacht	165
c) Personenbezogene Fremdbestimmungsbefugnisse	165
aa) Ausschlußtatbestände	165
bb) Beschränkungen der Bestimmungsbefugnis	166
5. Zusammenfassung	166
III. Auswirkungen der Betreuung auf die Handlungsmöglichkeiten des Betreuten	168
1. Einfluß auf die rechtliche Handlungsfähigkeit	168
a) Entkoppelung von der Rechtsfolge eingeschränkter Handlungsfähigkeit	168
b) Ausnahmen	169
2. Ermöglichung der Angelegenheitenbesorgung	170
a) Allgemein	170
b) Heilungszuständigkeit	171
3. Einfluß auf die Handlungszuständigkeit	172
a) Der Regelfall	172
b) Geltung des Regelfalls	173

aa) Fälle einer grundsätzlichen Geltung	173
bb) Fälle einer abweichenden Beurteilung	175
(1) Rechtfertigende Einwilligungen im höchstpersönlichen Bereich	175
(2) Tatsächliche Bestimmungsbefugnisse	175
(3) Die optative Verdrängungskompetenz des Betreuers im Verfahren	176
(4) Mehrfachkompetenzen im Betreuungsverfahren	177
4. Faktische Einflüsse auf die Handlungsmöglichkeit	177
IV. Die Wirkungen der Betreuung zwischen Hilfe und Eingriff	180
1. Zur Struktur der Betreuung	180
2. Hilfscharakter der Betreuung	181
3. Eingriffscharakter der Betreuung	181
§ 9 Der gesetzliche Begründungstatbestand	185
I. Überblick über die materielle Eingangsschwelle des Betreuungsrechts	185
1. Einfluß des Prinzips der Einheitsentscheidung	185
2. Unterscheidung nach Betreuungsarten im Hinblick auf die Eingangsschwelle	186
3. Der mehrgliedrige materielle Begründungstatbestand für den Regelfall der Betreuung	187
4. Doppelfunktionalität der materiellen Eingangsschwelle	188
II. Der Grundtatbestand des § 1896 I BGB	189
1. Die Bedeutung eines Antrages	189
2. Das Grundkriterium der Unfähigkeit	191
a) Tatbestandliche Angelegenheiten	191
b) Unfähigkeit der Angelegenheitenbesorgung	194
aa) Zu besorgende Angelegenheiten des Betroffenen	194
bb) Unvermögen	194
3. Konkretisierung des Grundkriteriums durch die pathologischen Phänomene	197
a) Die pathologischen Zustände	197
aa) Definition der Befundgruppen	197
bb) Rechtliche Begriffsbildung	198
cc) Erfasster Personenkreis	198
b) Pathologische Bedingtheit der Unfähigkeit	200
aa) Konkretisierung des Grundkriteriums durch seine pathologische Ursache	201
bb) Konkretisierung des pathologischen Phänomens im Hinblick auf die Besorgungsunfähigkeit	202
cc) Keine vereinheitlichende tatbestandliche Gesamtschau	203

4. Der Einfluß der Wohlmaxime	204
a) Zu deren Funktion	204
b) Ausschluß des Betreuungseinsatzes im Drittinteresse	205
aa) Die Regel	205
bb) Die Ausnahme	206
c) Geltung als Entscheidungsmaßstab im Rahmen der Eingangsschwelle	207
aa) Begriffsklärung	207
bb) Beachtung auch der Wünsche zu Betreuender?	209
cc) Der Konflikt zwischen den Wünschen und dem Wohl des zu Betreuenden	210
dd) Anwendung auf konkrete Situationen im Vorfeld der Betreuung	213
5. Doppelfunktion der Merkmale des Grundtatbestandes	214
III. Die Erforderlichkeit der Betreuung	214
1. Gesetzliche Konzeption der Erforderlichkeit	214
a) Struktur und Begriff im Rahmen des § 1896 II	215
b) Gleichsetzung mit dem Verfassungsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit	216
c) Funktion: Begrenzung des Betreuungseinsatzes mit doppelter Zielrichtung	218
2. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Begründungstatbestand der Betreuung	218
a) Anwendbarkeit im Betreuungsrecht	218
b) Gesetzgeberischer Zweck der Betreuung als Beurteilungsmaßstab	219
c) Abstrakte Verhältnismäßigkeitskontrolle des Begründungstatbestandes	220
3. Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Einzelfallentscheidung	222
a) Gegenstand der Verhältnismäßigkeitsprüfung	222
b) Geeignetheit	223
c) Erforderlichkeit	223
aa) Eingeschränkte Mittelauswahl	223
bb) Abgrenzung zur umgangssprachlichen Notwendigkeit	224
cc) Verbleibender Anwendungsbereich	225
dd) Kriterien der Erforderlichkeitsprüfung	226
ee) Fazit:	227
d) Verhältnismäßigkeit i.e.S.	227
aa) Anwendungsbereich	227
bb) Abwägungsfaktoren	228
(1) Abzuwägende Interessen	228
(2) Eingriffsqualität der Betreuerbestellung	229
(3) Hilfscharakter der Betreuung	230
(4) Das Betroffenenwohl als Abwägungsmaßstab	230

(5) Das verfassungsrechtliche Gewicht als Abwägungsmaßstab .	231
cc) Fazit:	231
e) Verhältnismäßigkeit auch zur Abwehr von Betreuungswünschen? . .	231
aa) Meinungsstand	233
bb) Eigene Stellungnahme	234
(1) Grundsätzliche Zulässigkeit einer Begrenzung der Betreuung als Leistung	234
(2) Eingriffscharakter der Betreuung trotz Einwilligung.	234
(3) Differenzierung nach den Teilgrundsätzen	235
cc) Fazit:	236
4. Notwendigkeit der Betreuung im Einzelfall	236
a) Funktion	237
b) Maßstab der Notwendigkeit	237
c) Relevanz von Einschränkungen rechtlicher Handlungsfähigkeit . . .	238
d) Bestimmung der sachlichen Reichweite	239
5. Zeitliche Komponente der Erforderlichkeit	240
a) Bei der Betreuerbestellung	241
aa) Problemfälle eines variablen medizinischen Befundes	241
bb) Sonstige Änderungen beim Handlungsbedarf	242
b) Zur zeitlichen oder sachlichen Modifizierung bestehender Betreuungsverhältnisse	244
aa) Grundregel des § 1908d	244
bb) Vorübergehende Änderungen des Betreuungsbedarfs	245
c) Zwischenergebnis:	245
6. Ergebnis: Die mehrstufige Erforderlichkeitsprüfung	246
a) Zur Eingriffsbegrenzung	246
b) Zur Leistungsbegrenzung	247
IV. Die Subsidiarität der Betreuung	248
1. Das Subsidiaritätsprinzip in § 1896 II 2	248
a) Allgemein zum Subsidiaritätsprinzip	248
b) Inkorporation in § 1896 II 2	250
aa) Anwendbarkeit	250
bb) Funktion	251
c) Abgrenzung zur Erforderlichkeit i.S.d. § 1896 II 1	253
2. Die Vollmacht als Alternative zur Betreuung	254
a) Privatautonomer Gestaltungsspielraum	255
aa) Vollmacht contra Betreuungsverfügung	256
bb) Der Spielraum bei der Vollmacht	257
b) Vollmacht zu rechtsgeschäftlicher Vertretung	257
aa) Wirksamkeit	257
bb) Zeitliche Erfassung des Fürsorgefalls	258
cc) Vertretungsmacht und gegenständliche Erfassung des Fürsorgefalls	258

c) Vollmacht zur Verfahrensvertretung	259
aa) Prozeßvollmacht im Zivilprozeß	260
(1) Wirksamkeit	260
(2) Eignung zu überdauernder Vorsorge für künftigen prozessualen Handlungsbedarf	260
(a) Streitfrage der Fortwirkung nach Prozeßunfähigkeit	261
(b) Eigene Stellungnahme	262
(c) Umfang der Fortwirkungsmöglichkeit	263
(3) Vertretungsmacht und gegenständliche Erfassung des Fürsorgefalls	263
bb) FG-Verfahren	265
d) Gewillkürte Ausübungsübertragung personaler Bestimmungs- befugnisse	265
aa) Statthaftigkeit	265
(1) Meinungsstand vor dem Betreuungsrechtsänderungsgesetz .	266
(a) Lehre	266
(b) Rechtsprechung	269
(2) Die neuen §§ 1904 II, 1906 V (BtÄndG)	271
(3) Eigene Stellungnahme	272
bb) Bedingungen wirksamer Vertretung	275
(1) Wirksame Übertragung	276
(2) Einschränkungen der Bestimmungsmacht	277
cc) Zwangsbefugnisse des Bevollmächtigten?	278
dd) Ergebnis:	278
3. Faktische Hilfen	279
4. Grenze des Nachrangs	280
a) Prüfung der Nachrangschwelle	280
aa) Vorfragen	280
bb) Differenzierte Prüfung nach den einsetzbaren Hilfen	281
(1) Bei vorhandener Vollmacht	281
(2) Bei fehlender Vollmacht	282
(3) Möglichkeit der Vollmachtserteilung bei Eintritt der Betreuungsbedürftigkeit i.S.d. § 1896 I 1	283
b) Der Bedarf nach der Rechtsmacht eines Betreuers	284
aa) Abgrenzung zu faktischen Hilfen	284
(1) Rechtliche Grenzziehung	285
(2) Grenzüberschreitungen in der Praxis	286
bb) Abgrenzung zur Bevollmächtigung	287
c) Bessere Eignung der Betreuung gegenüber Hilfsalternativen	289
aa) Parameter zur Bestimmung des qualitativen Vergleichs	289
bb) Konkretisierung im Fall tatsächlicher Hilfen	290
cc) Konkretisierung im Fall der Bevollmächtigung	290
5. Subsidiarität auch zur Abwehr von Betreuungswünschen?	293
a) Meinungsstand	293
b) Eigene Stellungnahme	294
aa) Subsidiarität gegenüber faktischen Hilfsangeboten	294

bb) Subsidiarität gegenüber einer Bevollmächtigung	295
(1) Vorhandene Vollmacht	295
(2) Zu erteilende Vollmacht	296
cc) Ergebnis:	297
V. Würdigung des gesetzlichen Tatbestandes	297
1. Neuerungen	297
2. Prüfung der Tatbestandsmerkmale	298
3. Eignung zur Bestimmung des Betreuungsbedarfs	298
a) Grundkriterium der Besorgungsunfähigkeit	298
b) Konzentration auf pathologische Phänomene	299
aa) Tatbestandliche Phänomene	299
bb) Verknüpfung mit dem Grundkriterium	300
c) Konzentration auf das Wohl des Betroffenen	301
d) Die Erforderlichkeit der Betreuung	301
aa) Die Problematik dieses Tatbestandsmerkmals	301
bb) Seine einzelnen Elemente	302
cc) Seine Funktion	303
e) Die Subsidiarität der Betreuung	304
aa) Funktion	304
bb) Eignung zur Zielerreichung	305
4. Offene Fragen	306
a) Probleme bei der Abgrenzung von krank und gesund	306
b) Fehlende Konkretisierung des Ausmaßes gestörter Selbstbestimmung	307
c) Relevanz der Einstellung des Betroffenen zur Betreuung	308
d) Ergebnis:	308
§ 10 Die Diskussion um die Bedeutung rechtlicher Standards eingeschränkter Handlungsfähigkeit für die Betreuerbestellung	309
I. Relevanz im Rahmen der gesetzlichen Konzeption	310
1. Entkoppelung des Begründungstatbestandes von derartigen Standards	310
a) Grundsatz	310
b) Besonderheiten bei der Aufgabenkreisübertragung	311
2. Relevanz als notwendige Vorfrage	312
3. Relevanz zur Konkretisierung der Besorgungsunfähigkeit	312
a) Handlungsfähigkeit zu Rechtshandlungen	313
b) Ausgrenzung normativ nicht erfaßten Verhaltens	314
c) Differenzierung im Hinblick auf die betreuungsrelevanten Angelegenheiten	314
aa) Für die Wahrnehmung von Rechtshandlungen	315
bb) Für die Wahrnehmung normativ nicht erfaßten Verhaltens	316

4. Relevanz zur Bestimmung der Notwendigkeit einer Betreuung..	317
a) Grundsätzliches Verhältnis von rechtlicher Handlungsfähigkeit und gesetzlicher Vertretung	317
b) Übertragung auf die Betreuung	319
5. Zwischenergebnis:	320
II. Untersuchung der danach relevanten Tatbestände rechtlicher Handlungsunfähigkeit	322
1. Die Geschäftsfähigkeit	323
a) Bezugsobjekt: Vornahme von Rechtsgeschäften	323
b) Tatbestandliche Ausgestaltung	324
aa) Tatbestände eingeschränkter Geschäftsfähigkeit	324
bb) Unterscheidung zwischen Status und Zustand	325
cc) Sachlich absolute oder relative Auffassung?	326
dd) Definierung der Geschäftsunfähigkeit	327
ee) Rechtsfolgen der Geschäftsunfähigkeit	328
c) Funktion	329
aa) Ausschlußfunktion	330
bb) Schutzfunktion	330
2. Fähigkeit zu (erlaubten) Rechtshandlungen	330
a) Fähigkeit zu Rechtshandlungen i.e.S.	330
aa) Analoge Anwendbarkeit der Geschäftsfähigkeitsregeln	332
bb) Eigenständige Fähigkeitsstandards	333
cc) Fazit für betreuungsrelevante Rechtshandlungen i.e.S.	333
b) Rechtshandlungen außerhalb des Privatrechts	333
3. Einwilligungsfähigkeit und -zuständigkeit	333
a) Meinungsstand	334
aa) Meinungsstand im Zivilrecht vor dem Betreuungsgesetz	334
(1) Anlehnung an die Geschäftsfähigkeitsregeln	336
(2) Autonome Bestimmung	337
bb) Stellungnahme des BVerfG zu Maßnahmen der Zwangsfürsorge	338
cc) Spezialgesetzliche Ausformungen	339
dd) Entwicklung unter dem Betreuungsrecht	340
(1) Gesetzliche Konzeption	340
(2) Rechtsprechung	341
(3) Lehre	342
b) Eigene Stellungnahme	343
aa) Autonome Einwilligungsfähigkeit Betreuer	344
(1) Bezugsobjekt	344
(2) Funktion	345
(3) Doppelte Relativität	347
(4) Fazit	348
bb) Zu einer möglichen Beschränkung der Einwilligungsfähigkeit ..	348
cc) Alleinzuständigkeit des einwilligungsfähigen Betreuten	349

c) Konkretisierung der Einwilligungsfähigkeit	351
d) Rechtsfolgen der Einwilligungsunfähigkeit	352
e) Ergebnis:	353
4. Verfahrensfähigkeit	353
a) Im Zivilprozeß	353
b) In FG-Verfahren	355
aa) Allgemeine FG-Verfahren	355
bb) Besonderheiten in Betreuungs- und Unterbringungssachen	356
5. Zusammenfassung	357
III. Diskussion über die Notwendigkeit einer generellen tatbestandlichen Koppelung mit Einschränkungen rechtlicher Handlungsfähigkeit	358
1. Für eine tatbestandliche Koppelung	359
a) Bei Zwangsbetreuung	359
aa) Rechtsprechung	359
bb) Lehre	361
(1) Für aufgabenkreisbezogene Geschäftsunfähigkeit	361
(2) Für aufgabenkreisbezogene Einsichtsfähigkeit	362
(3) Differenzierende Bezugnahme auf die Einsichtsfähigkeit bei Holzhauer	363
b) Bei konsentierter Betreuung	364
2. Lösungen im Rahmen des gesetzlichen Begründungstatbestandes	365
a) Strikte Anwendung der gesetzlichen Parameter	365
b) Wohlwidrigkeit als Maßstab	366
§ 11 Das eigene Modell einer differenzierten Prüfung der Selbstbestimmungsfähigkeit	368
I. Notwendigkeit einer quantitativen Festlegung der eingeschränkten Selbstbestimmungsfähigkeit	368
1. Verfassungsrechtliche Vorgaben	369
a) Für die Zwangsbetreuung	369
b) Für die konsentierter Betreuung	370
c) Fazit:	371
2. Sinn einer Differenzierung zwischen erzwungener und gewollter Betreuung	372
a) Das Problem der Freiwilligkeit	372
aa) Rechtliche Anforderungen	372
bb) Rechtstatsächliche Möglichkeit einer freiwilligen Entscheidung über die Betreuung	375
b) Bedarf nach Anerkennung einer konstitutiven Betreuungs- einwilligung in diesen Fällen	376

aa) Im Hinblick auf den Vorrang alternativer Hilfen in § 1896 II 2 .	377
bb) Im Hinblick auf die Möglichkeiten der Wunschbeachtung nach dem gesetzlichen Modell	378
c) Zwischenergebnis:	379
3. Sonderregeln für die Übertragung von Befugnissen im höchst- persönlichen Bereich	380
a) Befugnis zu höchstpersönlichen Rechtsgeschäften	380
b) Befugnis zu höchstpersönlichen Einwilligungen	381
aa) Schwelle der aufgabenkreisbezogenen Einwilligungsunfähigkeit	381
bb) Ungenauigkeiten ihrer prognostischen Feststellung	382
cc) Abhilfe durch mehrstufige Prüfung	383
dd) Konkretisierung dieser Schwelle	384
ee) Keine abweichende Beurteilung bei gewollter Betreuung	385
ff) Geltungsbereich dieser Schwelle	386
c) Personale Bestimmungsbefugnisse zu tatsächlichem Verhalten	386
aa) Notwendige Unterscheidung von vermögensbezogenen Bestimmungsbefugnissen	387
bb) Im personalen Bereich Gleichlauf mit der Einwilligungs- befugnis	387
4. Zusammenfassung der Ergebnisse:	388
a) Die Betreuung für höchstpersönliche Angelegenheiten	388
b) Die Betreuung für sonstige Angelegenheiten	390
II. Bestimmung des Ausmaßes eingeschränkter Selbst- bestimmungsfähigkeit bei der Zwangsbetreuung	391
1. Die Geschäftsunfähigkeit als allgemeine Eingriffsschwelle	392
a) Gründe gegen ihren generalisierenden Einsatz	392
aa) Dogmatisch beschränkte Anwendbarkeit	392
(1) Als Wirksamkeitsvoraussetzung von Rechtshandlungen	392
(2) Als zusätzliches Kriterium der Notwendigkeit einer Betreuung	394
bb) Mängel eines generalisierenden Einsatzes im alten Recht	394
b) Zwingende Schwelle für andere als höchstpersönliche Angelegenheiten?	395
aa) Relevanz dieses Parameters nach der gesetzlichen Lage	396
bb) Korrektur wegen des Verbots der Zwangsbesserung Geschäftsfähiger?	397
cc) Praktikabilitätserwägungen	399
dd) Wider eine Fortführung der Praxis der Gebrechlichkeits- pflegschaft	400
c) Zwischenergebnis:	402
2. Der Ausschluß freier Willensbestimmung als allgemeine Eingriffsschwelle	402
a) Keine axiomatische Geltung dieses Parameters	403

b)	Möglichkeit seines generalisierenden Einsatzes	404
aa)	Als Wirksamkeitsvoraussetzung von Rechtshandlungen	404
bb)	Als zusätzliches Kriterium der Notwendigkeit einer Betreuung ..	406
c)	Zu hohe Eingriffsschwelle bei sachlich-absoluter Sicht	406
aa)	Anhebung der Schwelle gegenüber früher	407
bb)	Fehlende Flexibilität zur Definierung des persönlichen Anwendungsbereichs der Betreuung	408
d)	Gründe selbst gegen seinen flexibilisierten Einsatz	410
aa)	Begrenzte Abgrenzungsschärfe	410
bb)	Die Normabweichung als eigentliches Kriterium	411
cc)	Notwendige Differenzierung nach den zu übertragenden Befugnissen	412
e)	Insgesamt abzulehnender Rückgriff auf dieses Kriterium	413
aa)	Bei sachlich-absoluter Konzeption	413
bb)	Bei flexibilisiertem Einsatz	414
3.	Die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit als alternativer Parameter	415
a)	Vorteile gegenüber den beiden anderen Parametern	415
aa)	Vereinbarkeit mit dem gesetzlichen Tatbestand	415
bb)	Möglichkeit eines generalisierenden Einsatzes	416
cc)	Abkehr von Mängeln des alten Rechts	418
dd)	Größere Flexibilität	419
b)	Verbleibende Probleme seines generalisierenden Einsatzes	420
aa)	Abgrenzungsschärfe	420
bb)	Ungenauigkeiten der aufgabenkreisbezogenen Prognose	421
cc)	Divergenz von Einsichts- und Geschäftsunfähigkeit im Hinblick auf die Betreuerbestellung	422
c)	Zwischenergebnis:	423
4.	Die relativ verstandene Geschäftsunfähigkeit als Ausweg?	424
a)	Möglichkeit eines generalisierenden Einsatzes	424
b)	Vorteile gegenüber der Einsichtsunfähigkeit	425
c)	Insgesamt abzulehnender Rückgriff auf diesen Parameter	425
5.	Zusammenfassung:	426
III.	Bestimmung des Ausmaßes eingeschränkter Selbst- bestimmungsfähigkeit bei konsentierter Betreuung	427
1.	Für eine konstitutive Betreuungseinwilligung erforderliche Fähigkeit	428
2.	Feststellung des Vorliegens einer wirksamen Einwilligung	429
3.	Nötige Korrekturen der gesetzlichen Lage	430
IV.	Die differenzierte Prüfung der Selbstbestimmungsfähigkeit als Eingangsschwelle der Betreuung	431

2. Abschnitt

Die Anordnung des Einwilligungsvorbehalts

§ 12 Wirkungen der Anordnung	434
I. Geltungsbereich.....	435
1. Ausgenommene Angelegenheiten	435
2. Speziell personale Bestimmungsbefugnisse	436
II. Einschränkung der rechtlichen Handlungsfähigkeit.....	438
1. Beim zuvor geschäftsfähigen Betreuten	438
a) Einfluß auf die Geschäftsfähigkeit und dessen dogmatische Einordnung	438
aa) Der Regelfall	438
bb) Die Ausnahmetatbestände	440
cc) Insbesondere der Ausnahmetatbestand des § 1903 III 2	441
b) Der Fähigkeit zu Rechtshandlungen i.e.S.	442
c) Der Prozeßfähigkeit	443
aa) Grundregeln	443
bb) Die strittige Prozeßfähigkeit im Bereich des § 1903 III 2	444
(1) Meinungsstand	444
(2) Eigene Stellungnahme	444
d) Der sonstigen Verfahrensfähigkeit	446
2. Beim zuvor geschäftsunfähigen Betreuten	447
a) Das strittige Verhältnis von § 1903 und § 105 I	447
b) Einschränkungen bei partieller rechtlicher Handlungsfähigkeit.....	449
3. Zusammenfassung:	449
III. Weitere Rechtswirkungen.....	450
1. Modifizierung der Rechtsmacht des Betreuers	451
a) Bei einem geschäftsfähigen Betreuten	451
b) Bei einem geschäftsunfähigen Betreuten	452
2. Einfluß auf die Handlungsmöglichkeiten des Betreuten	452
a) Bei einem geschäftsfähigen Betreuten	452
b) Bei einem geschäftsunfähigen Betreuten	453
IV. Faktische Auswirkungen	453
V. Zusammenfassung.....	455
1. Hilfscharakter des Einwilligungsvorbehalts	455
2. Eingriffscharakter	455

§ 13 Bestimmung der Eingangsschwelle	457
I. Grundtatbestand	457
1. Allgemeine Voraussetzungen	457
2. Die besondere Gefahrenlage	459
a) Schutzgüter	459
b) Die erhebliche Gefahr	460
c) Der widerspenstige Betreute als Gefahr	461
d) Verbleibender Konkretisierungsbedarf	461
3. Einfluß der Wohlmaxime	462
a) Ausschluß von Drittinteressen	462
b) Das subjektivierte Wohl als Entscheidungsmaßstab	463
II. Erforderlichkeit des Einwilligungsvorbehalts	464
1. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei der Anordnung des Einwilligungsvorbehalts	464
a) Seine Geltungsweise	465
b) Seine begrenzende Funktion	465
c) Surrogat einer Geschäftsfähigkeitsprüfung	466
2. Der Zweck des Einwilligungsvorbehalts als Beurteilungsmaßstab	467
3. Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Einzelfallentscheidung	467
a) Beschränkte Bedeutung	467
b) Erforderlichkeit	468
c) Verhältnismäßigkeit i.e.S.	469
d) Zeitliche Komponente	470
4. Erforderlichkeit eines Einwilligungsvorbehalts bei Geschäfts- unfähigkeit des Betreuten	471
III. Diskussion um eine Konkretisierung der Eingriffsschwelle	472
1. Meinungsstand	472
a) Rechtsprechung	473
b) Lehre	473
aa) Befürworter einer Verknüpfung mit rechtlichen Fähigkeitsstandards	473
bb) Gegner einer solchen Verknüpfung	474
2. Stellungnahme zum Meinungsstreit	475
a) Keine Differenzierung zwischen freiwillig und unfreiwillig	475
b) Folgerungen aus dem Verbot der Zwangsbesserung	476
c) Wider die Geschäftsunfähigkeit als Eingriffsschwelle	476
d) Wider den Ausschluß freier Willensbestimmung als Eingriffsschwelle	477
IV. Eigenes Lösungsmodell	478

1. Konkretisierung des Schutzbedarfs durch die Erkrankung	478
2. Keine höhere Schwelle als bei der Zwangsbetreuung	479
a) Eine Zwangsbetreuung geht voraus	480
b) Eine freiwillige Betreuung liegt zu Grunde	480
V. Zusammenfassung	481

4. Teil

Würdigung und Ausblick

§ 14 Zusammenfassung der erzielten Ergebnisse	483
I. Die Ausgangslage: Erwachsene mit eingeschränkter Selbstbestimmungsfähigkeit	483
II. Historische Reaktionen des Rechts: Die Vormundschaft und Pflegschaft	484
III. Das neue Rechtsinstitut der Betreuung zwischen Hilfe und Eingriff	485
IV. Der Betreuungsgesetzgeber im Spannungsfeld zwischen staatlichem Schutzauftrag und Achtung der Selbstbestimmung	486
V. Die Multifunktionalität einer Eingangsschwelle	488
VI. Die gesetzliche Eingangsschwelle der Betreuung	488
VII. Begrenzungsstrategie: Der Erforderlichkeitsgrundsatz	490
VIII. Vermeidungsstrategie: Die Vorsorgevollmacht	492
IX. Keine Rückkehr zur tatbestandlichen Koppelung mit der Geschäftsunfähigkeit	494
X. Das eigene Lösungsmodell	496
XI. Steigerung der Schutz- und Eingriffsintensität: Der Einwilligungsvorbehalt	499
XII. Notwendige Ergänzung: Die Eingangsschwelle für Maßnahmen zur Durchführung der Betreuung	501
XIII. Zielkorrespondenz und Rechtswirklichkeit	503
§ 15 Ausblick	505
Literaturverzeichnis	509
Sachregister	521

Abkürzungsverzeichnis

Soweit Abkürzungen nicht nachfolgend definiert werden, wird Bezug genommen auf das Gesamtverzeichnis in *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Aufl. Berlin u.a. 1993. Abgekürzt zitierte Literatur findet sich im Literaturverzeichnis.

a.A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
abgedr.	abgedruckt
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
a.F.	alter Fassung
allgM.	allgemeine Meinung
ALR	Preußisches Allgemeines Landrecht
am Anf.	am Anfang
AMG	Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz) in der Neufassung v. 11. 12. 1998 (BGBl I 3586)
Anl.	Anlage
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AT	Allgemeiner Teil
BayUnterbrG	Bayerisches Gesetz über die Unterbringung psychisch Kranker und deren Betreuung i.d.F. v. 5. 4. 1992
BbgPsychKG	Brandenburgisches Gesetz über Hilfen und Schutzmaßnahmen sowie über den Vollzug gerichtlich angeordneter Unterbringung für psychisch Kranke v. 8. 2. 1996
BerlPsychKG	Berliner Gesetz für psychisch Kranke v. 8. 3. 1985 i.d.F. v. 26. 3. 1994
BRat	Bundesrat
BReg.	Bundesregierung
BremPsychKG	Bremer Gesetz über Hilfen und Schutzmaßnahmen bei psychischen Krankheiten v. 9. 4. 1979 i.d.F. v. 18. 2. 1992
BSHG	Bundessozialhilfegesetz
BtÄndG	Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts sowie weiterer Vorschriften (Betreuungsrechtsänderungsgesetz) v. 25. 6. 1998
BtG	Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz)
BtG-DiskE I	Erster Diskussions-Teilentwurf: Gesetz über die Betreuung Volljähriger, Hrsg. Bundesminister der Justiz (Köln 1987)
BtPrax	Betreuungsrechtliche Praxis. Zeitschrift für soziale Arbeit, gutachterliche Tätigkeit und Rechtsanwendung in der Betreuung, Bundesanzeigerverlag Köln

BWG	Bundeswahlgesetz
BWUBG	Baden-Württembergisches Gesetz über die Unterbringung psychisch Kranker idF v. 2. 12. 1991
Diss.	Dissertation
E I	Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung, ausgearbeitet durch die von dem Bundesrathe berufene Kommission, Berlin 1888
ebda.	ebenda
EheschlRG	Gesetz zur Neuordnung des Eheschließungsrechts (Eheschließungsrechtsgesetz) v. 4. 5. 1998
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
F.3d	Federal Reporter, Third Series
Fn.	Fußnote
gem.	gemäß
ggf.	gegebenenfalls
HessFEG	Hessisches Gesetz über die Entziehung der Freiheit geisteskranker, geistesschwacher, rauschgift- oder alkoholsüchtiger Personen v. 19. 5. 1952 i.d.F. v. 5. 2. 1992
h.M.	herrschende Meinung
HmbPsychKG	Hamburgisches Gesetz über Hilfen und Schutzmaßnahmen bei psychischen Krankheiten v. 27. 9. 1995
Hrsg.	Herausgeber
i.d.F.	in der Fassung
i.e.S.	im eigentlichen Sinn
insb.	insbesondere
i.R.d.	im Rahmen des
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiten Sinn
JWG	Jugendwohlfahrtsgesetz v. 9. 7. 1922, RGBI I 633, außer Kraft gesetzt zum 1. 1. 1991 gemäß Art. 24 KJHG
Kap.	Kapitel
KastrationsG	Gesetz über die freiwillige Kastration und andere Behandlungsmethoden v. 15. 8. 1969 (BGBl I 1143), zuletzt geändert am 31. 5. 1994 (BGBl I 1168)
KJHG	Gesetz zur Neuregelung des Kinder- und Jugendhilferechts v. 26. 9. 1990 (BGBl I 1163)
lit.	litera
l.Sp.	linke Spalte

MecklVP PsychKG	Gesetz des Landes Mecklenburg-Vorpommern über Hilfen und Schutzmaßnahmen für psychisch Kranke v. 1. 6. 1993
MedR	Medizinrecht
MHbeG	Gesetz zur Beschränkung der Haftung Minderjähriger v. 25. 8. 1998
Motive	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin 1888
NdsPsychKG	Niedersächsisches Gesetz über Hilfen und Schutzmaßnahmen für psychisch Kranke v. 16. 6. 1997
NDV	Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge
n.F.	neuer Fassung
nf.	nachfolgend
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NWPpsychKG	Gesetz des Landes Nordrhein-Westfalen über Hilfen und Schutzmaßnahmen bei psychischen Krankheiten v. 2. 12. 1969 i.d.F. v. 18. 12. 1984
OLGE	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts (Leipzig 1900 ff.)
österr. OGH	oberster Gerichtshof (Österreich)
preuß. VormO Protokolle	preußische Vormundschaftsordnung vom 5. 7. 1875 Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1897
RdNr.	Randnummer
RhPfGVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Rheinland-Pfalz
RhPfPsychKG	Landesgesetz von Rheinland-Pfalz für psychisch Kranke v. 17. 11. 1995
R & P	Recht & Psychiatrie (Psychiatrie-Verlag Bonn)
r.Sp.	rechte Spalte
SaarlUBG	Saarländisches Gesetz Nr.1301 über die Unterbringung psychisch Kranker v. 11. 11. 1992
SächsPsychKG	Sächsisches Gesetz über die Hilfen und die Unterbringung bei psychisch Kranken v. 16. 6. 1994
SAnhPsychKG	Gesetz über Hilfen für psychisch Kranke und Schutzmaßnahmen des Landes Sachsen-Anhalt v. 30. 1. 1992
SchlHPsychKG	Gesetz des Landes Schleswig-Holstein für psychisch Kranke v. 26. 3. 1979 i.d.F. v. 17. 12. 1991
SGB str.	Sozialgesetzbuch, zit. nach Büchern mit römischen Ziffern strittig
TE	Teilentwurf zum BGB, zitiert nach dem jeweiligen Redaktor
ThürPsychKG	Thüringer Gesetz zur Hilfe und Unterbringung psychisch Kranker v. 2. 2. 1994

u.a.	unter anderem
u.a.m.	und andere mehr
u.v.a.	und viele andere
U.S.	United States Supreme Court Reports
U.S. App. 9th Cir.	United States Court of Appeals for the 9th Circuit
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
z.B.	zum Beispiel
ZfJ	Zentralblatt für Jugendrecht
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
zit.	zitiert

Einleitung

Einleitend werden die Fragestellung dieser Arbeit und der Gang der dabei vorzunehmenden Untersuchung aufgezeigt (§ 1) sowie ein Überblick über das vormalige Vormundschaftsrecht des BGB und seine Reform durch das Betreuungsgesetz gegeben (§ 2).

§ 1 Die Fragestellung

Die Betreuung psychisch Kranker und körperlich, geistig oder seelisch Behinderter ist ein Rechtsinstitut, welches mit zivilrechtlichen Mitteln Hilfen für diesen Personenkreis regelt. Vor allem für ältere Menschen wird es wegen der ständig steigenden Lebenserwartung zunehmend an Bedeutung gewinnen¹. Und der Schutzbedarf der betroffenen Personen macht nicht vor den Landesgrenzen halt; dies spiegeln sowohl internationalprivatrechtliche Vorschriften (z.B. Art. 24 EGBGB)² als auch ein geplantes Haager Übereinkommen wider³. Die Betreuung besteht darin, daß ein Erwachsener einen Fürsorger erhält, der vom Gesetz als gesetzlicher Vertreter definiert wird (§ 1896 II 2); seine Rechtsmacht kann weit über den Bereich der eigentlichen Vertretung hinausreichen und ihm eine Fremdbestimmung des Betroffenen in dessen höchstpersönlichem Bereich ermöglichen. Sowohl die Begründung der Betreuung als auch deren Durchführung durch den Betreuer können sogar gegen den Willen des Betroffe-

¹ Daten dazu sub § 3.II.2 bei Fn. 98.

² Zu internationalprivatrechtlichen Problemen der Betreuung z.B. *Oelkers*, Internationales Betreuungsrecht 158 ff. (für Betreuungsmaßnahmen deutscher Vormundschaftsgerichte für Sachverhalte mit Auslandsberührung), 263 ff. (für Betreuungsmaßnahmen ausländischer Gerichte oder Behörden).

³ Die 18. Haager Konferenz für Internationales Privatrecht, welche vom 30.9.-19.10.1996 tagte, bestellte eine Sonderkommission, um die Arbeiten an einem dem Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen v. 5.10.1961 (MSA, BGBl. 1971 II 217) verwandten Erwachsenenschutzabkommen voranzutreiben, siehe die Schlußakte der Konferenz v. 19.10.1996 S.20/21 sub B.2; diese erstellte hierzu einen Vorentwurf, welcher gemäß seinem Art. 1 I darauf abzielt, den Schutz Erwachsener, die infolge Beeinträchtigung oder Unzulänglichkeit ihrer persönlichen Fähigkeiten nicht in der Lage sind, ihre Interessen wahrzunehmen, dazu Referat von *Fritz Sturm*, Stellungnahme zum Vorentwurf eines Übereinkommens über den Schutz Erwachsener, gehalten auf der Sitzung des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht v. 13.12.1997.

nen erfolgen. Schließlich schränkt ein Einwilligungsvorbehalt dessen rechtliche Handlungsfähigkeit ein. All das wirft eine Fülle rechtlicher Probleme auf, die sich im Rahmen dieser Arbeit nicht alle mit derselben Gründlichkeit behandeln lassen. Es ist also eine Auswahl zu treffen. Diese fällt hier auf die Frage, unter welchen Bedingungen jemand einen Betreuer erhalten und einem Einwilligungsvorbehalt unterstellt werden kann. Bei diesen Statusentscheidungen sind nämlich die Weichen zu stellen, wann denn der Einstieg in eine Fremdbestimmung mit den damit für die Betroffenen verbundenen Chancen und Risiken stattfinden solle und könne. Diese eminent wichtigen Fragen sind bislang nicht abschließend geklärt.

I. Die Neuorientierung durch die Entkoppelung der Betreuung von der Geschäftsfähigkeitsfrage

Die Ersetzung der Erwachsenenvormundschaft und der Gebrechlichkeitspflegschaft durch das am 1.1.1992 in Kraft getretene Betreuungsgesetz wurde teilweise als *Jahrhundertreform* gefeiert, weil dadurch endlich Schluß gemacht werde mit einer unglücklichen Tradition, welche den Fürsorgebedürftigen mehr als Gefahr für Dritte oder den Rechtsverkehr und als Objekt staatlicher Fürsorge gesehen habe, denn als Person und Träger von Grundrechten, der auf Hilfe angewiesen ist⁴. Als besonderer Stein des Anstoßes wurde dabei die automatische Verknüpfung der Fürsorgeanordnung mit Einschränkungen der rechtlichen Handlungsfähigkeit des Fürsorgebedürftigen empfunden: Außer im Fall der freiwilligen Pflegschaft konnte der Hilfsbedürftige benötigte Hilfe erst erhalten, wenn bei ihm zuvor ein rechtlicher oder tatsächlicher Zustand fehlender oder beschränkter Geschäftsfähigkeit festgestellt worden war, so daß er rechtlich oder zumindest faktisch von der Teilnahme am Rechtsverkehr ausgeschlossen wurde. Eines der Hauptanliegen der Reform durch das Betreuungsgesetz ist es daher, diese automatische Verknüpfung von Fürsorge und eingeschränkter rechtlicher Handlungsfähigkeit auf der Tatbestands- wie auf der Rechtsfolgende zu beenden; nur für Ausnahmefälle soll die Fürsorge durch besondere gerichtliche Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts noch mit einer Einschränkung der Geschäftsfähigkeit des Betroffenen verbunden werden können. Stattdessen macht das neue Recht sowohl die Begründung der Betreuung als auch die Anordnung des Einwilligungsvorbehalts unabhängig von der Einstellung des Betroffenen dazu jeweils von einem mehrgliedrigen Tatbestand abhängig, bei welchem dem Grundsatz der Erforderlichkeit die entscheidende Rolle zukommt.

⁴ Schwab (FS-Mikat 882) beurteilt das Betreuungsgesetz als eines der wichtigsten Reformvorhaben des deutschen Familien- und Personenrechts in diesem Jahrhundert.

Das Betreuungsrechtsänderungsgesetz (BtÄndG) reformiert das Betreuungsrecht in einigen Punkten (sub § 2.II.3); die dargestellte Neuorientierung bleibt dadurch jedoch unberührt⁵.

II. Untersuchungsgegenstand: Die Eingangsschwelle der Betreuung und des Einwilligungsvorbehalts

Das Vormundschaftsgericht begründet die Betreuung in einer einheitlichen Entscheidung durch die Auswahl und Bestellung einer Person oder Institution zum Betreuer (§ 9.I.1). Allerdings ist zwischen diesen beiden Fragen zu unterscheiden: Mit der Bestellung des Betreuers entsteht das Betreuungsverhältnis und setzt die damit verbundene Fremdbestimmung des Betroffenen ein, dagegen betrifft die Auswahlentscheidung lediglich die Frage, wer dieser Betreuer sein soll. Auf die Auswahl des Betreuers ist daher in dieser Arbeit nicht einzugehen, wenngleich sie das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen berühren kann⁶ und von großer Bedeutung für ihn ist, weil der ausgewählte Betreuer seine Belange führen wird und ihn zu gewissen Handlungen bestimmen kann.

Die Festlegung der materiellrechtlichen Voraussetzungen für die Bestellung eines Betreuers hat im Hinblick auf deren Rechtswirkungen zu erfolgen: Der Betreuer kompensiert die Unfähigkeit des Betroffenen, eigene Angelegenheiten zu erledigen, indem er diese kraft seiner gesetzlichen Rechtsmacht für jenen besorgt oder bei deren Besorgung mitwirkt. Die Betreuung stellt sich somit als Hilfeleistung des Staates für Fürsorgebedürftige dar, auf die diese einen Anspruch haben. Allerdings hatte sich bereits während der Geltung des früheren Rechts zunehmend die Erkenntnis durchgesetzt, daß die Vormundschaft nicht nur den Charakter einer Hilfeleistung habe, sondern zugleich mit Eingriffen in das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen verbunden sei, zumindest, wenn sie ohne deren Willen zum Einsatz komme; besonders deutlich trat der Eingriffscharakter der Vormundschaft in ihrer Koppelung mit der Entmündigung des Schutzbedürftigen zu Tage, weil diese ihn umfassend entrechtete. In der Reformdiskussion wurde denn auch die Doppelnatur zivilrechtlicher Fürsorge unterstrichen und die Frage nach der richtigen Schwelle für eine unabhängig vom Willen des Betroffenen eintretende Betreuung aufgeworfen (Eingriffsschwelle)⁷.

⁵ Nachfolgend aufgeführte Vorschriften des Betreuungsrechts geben die Fassung durch das BtÄndG wider; die Bezugnahme auf die Fassung durch das BtG wird durch den Zusatz (BtG) verdeutlicht; bei Gegenüberstellungen oder zur Verdeutlichung wird die Neufassung durch den Zusatz (BtÄndG) kenntlich gemacht.

⁶ Wenn die Auswahlentscheidung unter Übergehung diesbezüglicher Wünsche des Betroffenen ergeht, § 1897 IV.

⁷ Eingehend dazu z.B. *Pardey*, Betreuung; siehe auch *Bürgle*, NJW 1988, 1881 ff. (1883 f.) u.a.m.

Unter diesem Aspekt ist die Neudefinierung der Tatbestandsvoraussetzungen der Erwachsenenfürsorge durch das Betreuungsgesetz (supra I) in Teilen der Rechtsprechung und Lehre auf vehemente Ablehnung gestoßen. Die Kritiker fordern ein zusätzliches Kriterium für den unabhängig vom Willen des Betroffenen erfolgenden Einsatz der Betreuung, weil sonst die Eingriffsschwelle zu niedrig angesetzt sei. Als solches schlagen einige die vorgängige Prüfung entweder der Geschäftsunfähigkeit oder der Fähigkeit zur Einsicht in die Notwendigkeit einer Betreuung vor. Auf der anderen Seite soll im Fall einer vom Betroffenen gewollten Fürsorgemaßnahme eine niedrigere Schwelle gelten, doch wird diese Frage anders als die Eingriffsschwelle nicht weiter problematisiert. Andere hingegen halten das gesetzliche Modell grundsätzlich für richtig und lehnen eine tatbestandliche Differenzierung zwischen gewollter und ungewollter Betreuung ab, vielmehr suchen sie im gesetzlichen Rahmen nach angemessenen Lösungen, sei es durch eine strikte Handhabung der Erforderlichkeitsprüfung oder mit Hilfe der Abwägung zwischen dem Wohl und den Wünschen der Betroffenen (§ 10.III).

Die Diskussion um die richtige Schwelle für die Begründung der Betreuung hält an. Es handelt sich dabei um ein Kernproblem des Betreuungsrechts, zumal die Betreuerbestellung das Einfallstor für sämtliche weiteren Betreuungsmaßnahmen bildet. Trotz der Publikationsflut, die mit der Vorstellung der Vorentwürfe zum Betreuungsgesetz eingesetzt hat⁸, steht eine befriedigende Lösung dieser Frage noch aus⁹. Es erscheint daher angebracht, diese Problematik zum Gegenstand einer eingehenden Untersuchung zu machen. Da die Bestimmung einer besonderen Eingriffsschwelle den Umkehrschluß nahelegt, für die freiwillige Betreuung müsse es eine andere Schwelle geben, kann sich die Arbeit nicht auf die erstgenannte Frage beschränken, sondern hat die Voraussetzungen der ungewollten wie der gewollten Betreuerbestellung gleichermaßen zu untersuchen. Um dies zu verdeutlichen, soll im folgenden der allgemeinere Begriff der Eingangsschwelle der Betreuung verwendet werden.

Die Praxis des früheren Vormundschaftsrechts hat erhebliche Defizite bei der Ermittlung der tatbestandsbegründenden Sachverhaltsumstände und bei der Wahrung der wesentlichen Verfahrensgarantien der Betroffenen aufgezeigt (sub § 2.I.2). Aus diesem Grunde hat das Betreuungsgesetz die Stellung des Betroffenen im Verfahren verbessert sowie die Anforderungen an die Sachverhaltsermittlung konkretisiert, und beides dient der richtigen Anwendung der materiellen Eingangsschwelle. Diese formelle Komponente der Eingangs-

⁸ Ein Blick auf das hiesige Literaturverzeichnis gibt hinreichend Auskunft darüber; siehe auch die umfangreichen Literaturnachweise z.B. bei *Staudinger-Bienwald*, vor den Vorbem. zu §§ 1896 ff.

⁹ Für das Verhältnis der Betreuerbestellung zur Geschäftsfähigkeit wird dies konstatiert, sub § 10 vor I bei Fn. 3. Wichtige Beiträge zu einer Lösung haben die allerdings recht unsystematische und teils überspitzte Monographie von *Pardey*, *Betreuung*, sowie die verschiedenen Beiträge von *Holzhauser*, insb in FamRZ 1995, 1463 ff., geleistet; für weitere Impulsgeber siehe im übrigen die sub in §§ 9–11 und § 13 aufgeführten Nachweise.

schwelle kann hier nicht vertiefend erörtert werden, lediglich vereinzelt werden verfahrensrechtliche Neuerungen im Zusammenhang mit der materiellrechtlichen Regelung behandelt¹⁰.

Eng verwandt mit der Problematik der materiellen Eingangsschwelle bei der Initiierung der Betreuung ist die Frage nach deren Dauer. Daneben stellt sich diese Thematik auch bei weiteren, besonders eingriffsintensiven Betreuungsmaßnahmen: bei der Anordnung des Einwilligungsvorbehalts (§ 13.III), vorläufigen Maßnahmen¹¹, der Unterbringung i.S.d. § 1906¹² sowie den gesetzlich nicht geregelten Befugnissen des Betreuers, die Wohnung des Betreuten gegen dessen Willen zu betreten oder zu durchsuchen oder diesen zwangsweise in ein offenes Heim zu verbringen¹³. Bei der Unterbringung und der Ausübung der fraglichen Bestimmungsbefugnisse handelt es sich um Einzelmaßnahmen des Betreuers zur Durchführung der Betreuung; die *Eingangsschwelle für die Einzelmaßnahmen der Durchführung* kann hier aber nicht vertiefend behandelt werden, weil dies sonst den Rahmen der Arbeit vollends sprengen würde, es wird nur insoweit darauf eingegangen, als es um die Stimmigkeit der für die Betreuerbestellung zu entwickelnden Lösung geht¹⁴. Bei der vorläufigen Anordnung einer Betreuung oder eines Einwilligungsvorbehalts sind die formellen und materiellen Anforderungen wegen ihres Eilcharakters gegenüber den entsprechenden endgültigen Maßnahmen herabgesetzt¹⁵, doch zeitigen diese Maßnahmen in beiden Fällen weithin gleiche Rechtswirkungen; die reduzierten Anforderungen im ersten Fall liegen in der Natur der Sache¹⁶ und verlangen nicht

¹⁰ Für einen Überblick über die verfahrensrechtlichen Neuerungen siehe sub § 2.II.2.d.

¹¹ Das Vormundschaftsgericht kann nach § 69f FGG die Betreuerbestellung oder den Einwilligungsvorbehalt vorläufig anordnen, daneben ist nach § 70h FGG eine vorläufige Genehmigung von Unterbringungsmaßnahmen möglich; kritisiert werden insb: die nach § 69f I 1 Nr. 2 FGG reduzierten Anforderungen an die Begutachtung des Betroffenen, so bei gleichzeitiger Verschärfung der Anforderungen an das Attest, *Rink*, R & P 1991, 152; *Keidel-Kayser*, § 69f FGG RdNr. 6; *Damrau/Zimmermann*, BtG § 69f FGG RdNr. 5 m.w.N.; die Möglichkeit der Nachholung der persönlichen Anhörung nach § 69f I 4 FGG und das Fehlen einer Maximalfrist hierfür, *Schumacher*, FamRZ 1991, 283; für eine sehr enge Auslegung dieser Frist, LG Frankfurt, 10.2.1992, NJW 1992, 986 (unmittelbar nach dem Beschluß über die einstweilige Anordnung).

¹² Entgegen dem Wortlaut der Norm möchte vor allem das BayObLG für Maßnahmen nach § 1906 I Nr. 1 und IV ebenfalls auf die Geschäftsunfähigkeit bzw den Ausschluß freier Willensbestimmung beim Betreuten abstellen, dazu sub § 10.II.3.a.dd.(2) bei Fn. 216 f.

¹³ Die Statthaftigkeit der vom Betreuten nicht gewollten Betretung oder Durchsuchung seiner Wohnung oder seiner Verschaffung in ein offenes Heim durch den Betreuer ist umstritten und hat bereits zu konträren Gerichtsentscheidungen geführt, dazu sub § 8.II.3.c bei Fn. 137 ff.

¹⁴ Das wird insb bei der Bestimmung der Eingangsschwelle für die Übertragung höchstpersönlicher Bestimmungsbefugnisse nichtrechtsgeschäftlicher Art der Fall sein, sub § 11.I.3.b.cc, im übrigen ist die Schwelle für Durchführungsmaßnahmen bei der Vorstellung der Gesamtergebnisse anzusprechen, sub § 14.XII.

¹⁵ Grundsätzlich kritisch zu diesen verkürzten Anforderungen wegen der damit verbundenen Beeinträchtigungen der Rechtspositionen des Betroffenen, *Rink*, R & P 1991, 157.

¹⁶ So für Einschränkungen des rechtlichen Gehörs, *Habscheid*, FG § 20 II 4 b.

nach einer eingehenden Untersuchung im Rahmen dieser Arbeit. Dagegen verändert die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts eine bestehende Betreuung qualitativ, weil der Betreute dadurch im Anwendungsbereich dieser Maßnahme in seiner rechtlichen Handlungsfähigkeit eingeschränkt und die Rechtsmacht des Betreuers entsprechend erweitert wird; diese Maßnahme weist daher eine erhebliche Eingriffsintensität auf, so daß sich die Frage nach der Eingangsschwelle in besonderem Maße stellt.

Der *Untersuchungsgegenstand* dieser Arbeit ist also die Bestimmung der Eingangsschwelle für die Begründung der Betreuung und die Anordnung des Einwilligungsvorbehalts unter Einschluß des Aspekts der zeitlichen Dauer dieser Maßnahmen. Daraus ergibt sich der Blickwinkel der Untersuchung: Entgegen dem früheren Recht¹⁷ dient die Betreuerbestellung grundsätzlich allein den Interessen des zu Betreuenden, und Gleiches gilt für die Anordnung des Einwilligungsvorbehalts¹⁸; für die Bestimmung der Eingangsschwelle ist somit die Sichtweise des zu Betreuenden oder bereits Betreuten ausschlaggebend. Gesichtspunkte des Schutzes Dritter oder der Rechtssicherheit sind deshalb allenfalls als Nebenaspekte zu berücksichtigen, zumal die Rechtsfolgen beider Betreuungsmaßnahmen nur insoweit geprüft werden, als es für die Festlegung der Eingangsschwelle nötig ist; insbesondere findet keine kritische Analyse der Auswirkungen des Einwilligungsvorbehalts auf die Geschäftsfähigkeit des Betreuten im Hinblick auf den Schutz Dritter oder des Rechtsverkehrs statt.

In die Prüfung der Eingangsschwelle sind einige grundlegende Fragen der zivilrechtlichen Erwachsenenfürsorge einzubeziehen, die sich bislang einer vertiefenden Darstellung entzogen haben; das Vormundschaftsrecht des BGB ist nämlich ein wenig als Stiefkind zivilistischer Dogmatik behandelt worden¹⁹: An nennenswerten Monographien lassen sich nur die umfassende, wenngleich rein darstellende *Wedermanns* von 1929²⁰ sowie die beachtliche Studie *Diamonds* von 1931²¹ anführen.

¹⁷ Sub § 6.I: Gemeint ist die Entmündigung als Voraussetzung der Vormundschaft, aaO. 1.c; bei der Pflegschaft waren Drittinteressen dagegen nur ausnahmsweise beachtlich, aaO. 2.a.bb.

¹⁸ Für die Betreuerbestellung sub § 9.II.4.b, für die Anordnung des Einwilligungsvorbehalts sub § 13.I.3.

¹⁹ Zur Abstinenz rechtswissenschaftlicher Erörterung auf diesem Gebiet, *Zenz/v.Eicken/Ernst/Hofmann*, 32; *Holzhauser*, Gutachten B 29; zu den nachfolgend aufgeführten Monographien ist erst im Jahr der Verkündung des Betreuungsgesetzes eine weitere hinzugetreten, die freilich nur die Minderjährigenvormundschaft behandelt: *Oberloskamp*, Vormundschaft, Pflegschaft und Vermögenssorge bei Minderjährigen (München 1990).

²⁰ Das deutsche Vormundschaftsrecht (Ansbach 1929).

²¹ Vorläufige Vormundschaft und Gebrechlichkeitspflegschaft als Ersatzformen der Entmündigung (Tübingen 1931).

III. Gang der Untersuchung

Die durch das Betreuungsrecht eingeführten Reformen einschließlich der neu gefaßten Tatbestandsvoraussetzungen für die Betreuerbestellung sowie das neue Rechtsinstitut des Einwilligungsvorbehalts werden besser verständlich, wenn sie im Vergleich zu deren unmittelbarer Vorgängerregelung im Recht der Erwachsenenvormundschaft und Gebrechlichkeitspflegschaft gesehen werden. Daher werden in einem einleitenden Überblick das frühere Recht und seine wesentlichen Mängel sowie die durch das Betreuungsgesetz und das Betreuungsrechtsänderungsgesetz vorgenommene Reform vorgestellt (§ 2).

In einem ersten Teil werden Grundlagen für die Bestimmung der Eingangsschwelle erörtert. Die Betreuerbestellung wie die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts setzen eine psychische Krankheit oder eine körperliche, geistige oder seelische Behinderung voraus, welche die Fähigkeit des Betroffenen zur selbständigen Besorgung seiner Angelegenheiten einschränkt. Die Untersuchung dieser pathologischen Phänomene zeigt, daß ein gravierender Unterschied zwischen rein körperlichen Behinderungen und den übrigen medizinischen Befundgruppen besteht, weil nur letztere die Fähigkeit der Erkenntnis, Willensbildung oder -steuerung beeinflussen können²². Die Rechtstatsache psychopathologischer Funktionsstörungen erweist sich somit als Eckpfeiler bei der Entscheidung über die Notwendigkeit von Betreuungsmaßnahmen (§ 3). Grundlegende Vorgaben für unsere Fragestellung ergeben sich außerdem aus der Verfassung (§ 4): Mit der Betreuung erfüllt der Gesetzgeber einen grundrechtlichen Schutzauftrag; schon die Psychiatrie-Enquête-Kommission hatte 1975 darauf hingewiesen, daß Fürsorgemaßnahmen zugleich Eingriffe in Grundrechte der Betroffenen bewirken können²³; zudem hat der Gesetzgeber mit dem maßgeblichen Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit den Verfassungsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit inkorporiert.

Wie schon erwähnt, knüpft das Betreuungsrecht mit seiner Eingangsschwelle für die Betreuerbestellung und den Einwilligungsvorbehalt an die Vorgängerregelung der Entmündigung und Vormundschaft im BGB an und führt dieser gegenüber bedeutende Abweichungen ein; andererseits wollen Kritiker der Neuregelung gerade auf diese Vorgängerregelung zurückgreifen. Für die Auseinandersetzung mit diesen Meinungen und die Entwicklung eines eigenen Lösungsmodells ist es deshalb unverzichtbar, nach dem kursorischen Überblick über das frühere Recht in § 2.I dieses einer eingehenderen und kritischen Bestandsaufnahme zu unterziehen (§ 6). Das frühere Recht basiert seinerseits auf einer langen Rechtsentwicklung seit dem römischen und frühen deutschen Recht, deren Betrachtung erst Klarheit über einige Eigentümlichkeiten zivilrechtlicher Fürsorge verschafft (§ 5). Der vergleichende Blick erlaubt, die maßgeblichen Ge-

²² Sub § 3.III.1.

²³ Sub § 2.II.1 nach Fn. 53.

meinsamkeiten dieser Entwicklung aufzuzeigen (§ 7). Der zweite Teil der Arbeit ist dieser historischen Betrachtung gewidmet.

Der dritte Teil beschäftigt sich mit der Hauptfrage der Arbeit, der Festlegung der Eingangsschwelle. Im ersten Abschnitt geht es um diejenige für die Begründung der Betreuung. Diese läßt sich nur dann sinnvoll bestimmen, wenn zuvor die wesentlichen Wirkungen der Betreuerbestellung untersucht werden: die Zuweisung eines Betreuers mit der Stellung eines gesetzlichen Vertreters und der Rechtsmacht, bindend für den Betreuten zu handeln und diesem dadurch die Besorgung seiner Angelegenheiten zu ermöglichen, vereinzelte Einschränkungen der rechtlichen Handlungsfähigkeit des Betreuten und eine sich daraus möglicherweise ergebende Veränderung seiner Zuständigkeit zu selbständigem Handeln (§ 8). Diese Untersuchung gibt Aufschluß über den Hilfs- und Eingriffscharakter der Betreuerbestellung; im übrigen bestimmen sich wesentliche Parameter der Eingangsschwelle nach diesen Rechtswirkungen; dies zeigt sich besonders deutlich am Beispiel der Erforderlichkeit der Betreuung, welche sich danach beurteilt, ob und inwiefern der Fürsorgebedürftige auf das Handeln eines Betreuers mit der diesem übertragenen Rechtsmacht angewiesen ist.

Das Betreuungsgesetz legt die Eingangsschwelle für die Begründung der Betreuung für alle Fälle einheitlich in § 1896 I und II fest, lediglich für *rein körperlich Behinderte* gibt es mit einem materiellen Antragserfordernis eine Abweichung; dieser Personenkreis bleibt im weiteren Verlauf der Arbeit außer Betracht, weil sich bei ihm die zentrale Thematik eingeschränkter Selbstbestimmungsfähigkeit nicht stellt²⁴. Mit dieser Eingangsschwelle möchte der Gesetzgeber den Einsatz der Betreuung auf den tatsächlichen Bedarf im Einzelfall begrenzen. In § 9 der Arbeit wird deren Eignung untersucht, dieses Ziel zu erreichen sowie den Bedarf nach einer Betreuung hinreichend zu bestimmen und gegenüber sonstigem Hilfsbedarf abzugrenzen. Besonderes Gewicht wird dabei auf die Aufschlüsselung der Begriffe der Erforderlichkeit und Subsidiarität der Betreuung gelegt; die ersterem vom Gesetzgeber beigelegte große Bedeutung ist auf den Prüfstand zu stellen (§ 9.III); und die Effizienz des Subsidiaritätsprinzips zur Minimierung des Einsatzes der Betreuung hängt davon ab, inwieweit alternative Hilfen diese zu ersetzen vermögen; klärungsbedürftig ist dabei insbesondere, in welchem Maße sich Entscheidungen im höchstpersönlichen Bereich auf einen gewillkürten Vertreter übertragen lassen (§ 9.IV). Die Untersuchung des gesetzlichen Begründungstatbestandes wird zeigen, daß dieser einige Fragen offen läßt, nämlich die Abgrenzung der tatbestandlichen Krankheitsphänomene von noch nicht krankhaften Erschwerungen der Handlungsmöglichkeiten, die Konkretisierung des für eine Betreuung zu fordernden Ausmaßes eingeschränkter Selbstbestimmungsfähigkeit und die Relevanz der Einstellung des Betroffenen zur Betreuerbestellung (§ 9.V).

Angesichts dieser verbleibenden Unklarheiten drängt sich die Frage auf, welche Bedeutung den Standards rechtlicher Handlungsunfähigkeit für die Be-

²⁴ Sub § 3.III.1.

gründung der Betreuung zukommt. Schon im Rahmen der Konzeption des gesetzlichen Tatbestandes spielen einige Unterarten rechtlicher Handlungsunfähigkeit eine Rolle; diese sind darzustellen und von der fast übermächtigen Geschäftsunfähigkeit abzugrenzen, was vor allem bei der Fähigkeit zur Erteilung rechtfertigender Einwilligungen im höchstpersönlichen Bereich umstritten ist; in Rechtsprechung und Lehre wird diskutiert, ob die Geschäftsunfähigkeit oder ein anderer Fähigkeitsstandard nicht darüber hinaus die Eingangsschwelle der Betreuung allgemein bestimmen solle (§ 10).

In § 11 wird zu dieser Diskussion Stellung genommen und das eigene Modell einer differenzierten Prüfung der Selbstbestimmungsfähigkeit zu Betreuender entwickelt.

Im zweiten Abschnitt des dritten Teils findet die Untersuchung der Eingangsschwelle für die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts statt; diese orientiert sich in verkürzter Form an der soeben aufgezeigten Prüfung der Schwelle der Betreuerbestellung, denn die für diese erzielten Ergebnisse lassen sich zum Teil auf jene übertragen. Die Rechtswirkungen des Einwilligungsvorbehalts sind aus ähnlichen Gründen vor der Erörterung der Eingriffsschwelle zu untersuchen (§ 12): Die Notwendigkeit der Anordnung ist nämlich im Hinblick auf den Bedarf des Betreuten nach einer Einschränkung seiner Geschäfts- und Verfahrensfähigkeit als der maßgeblichen Rechtswirkung festzustellen. Die Eignung der gesetzlichen Anordnungsvoraussetzungen, diesen Schutzbedarf hinreichend zu bestimmen, ist auf den Prüfstand zu stellen; einige zweifeln diese an und schlagen als Ausweg wiederum den Rückgriff auf Geschäftsfähigkeitskategorien vor; hier ist ebenfalls eine differenzierende Betrachtung angebracht (§ 13).

Im abschließenden vierten Teil sind die erzielten Ergebnisse zusammenfassend zu würdigen.

§ 2 Überblick über das Vormundschaftsrecht des BGB und seine Reform durch das Betreuungsgesetz

Zunächst richtet sich die Betrachtung auf das alte Vormundschaftsrecht des BGB einschließlich seiner hauptsächlichen Defizite (sub I), im Anschluß daran wird das Betreuungsgesetz als Reformgesetz vorgestellt (sub II).

I. Die Erwachsenenvormundschaft und die Gebrechlichkeitspflegschaft des BGB vor Inkrafttreten des BtG

Neben einer knappen Darstellung der Regelung des BGB in seiner ursprünglichen Fassung nebst späterer Reformen wird im folgenden ein besonderes Augenmerk den wesentlichen Mängeln der rechtlichen Regelung sowie der bei ihrer Umsetzung zu Tage getretenen Defizite gelten. Soweit im folgenden nicht zwischen Vormundschaft und Pflegschaft differenziert oder letztere eigens angesprochen wird, beziehen sich die Ausführungen zur Vormundschaft ebenfalls auf die Gebrechlichkeitspflegschaft. Eine eingehendere Erörterung des früheren Rechts im Hinblick auf die Problematik der Eingangsschwelle erfolgt in § 6.

1. Allgemeiner Überblick

Bis zum Inkrafttreten des BtG am 1.1.1992 war die privatrechtliche Fürsorge für psychisch kranke und körperlich, geistig oder seelisch behinderte Volljährige in den Vorschriften des BGB über die Erwachsenenvormundschaft (§§ 1896–1908 a.F.) und die Gebrechlichkeitspflegschaft (§§ 1910, 1920 a.F.)¹ geregelt. Systematisch und inhaltlich waren die Vorschriften der Erwachsenenvormundschaft und Gebrechlichkeitspflegschaft am gesetzlichen Grundmodell der Vormundschaft über Minderjährige (§§ 1773–1895) und damit wie diese letztlich

¹ Für die Gebrechlichkeitspflegschaft verwies § 1915 auf die Vorschriften der Vormundschaft für Volljährige einschließlich der Weiterverweisungsnorm des § 1897 S.1 a.F.; beide Rechtsinstitute unterlagen somit denselben Normen, soweit sich aus den §§ 1910, 1920 a.F. oder dem Wesen der Gebrechlichkeitspflegschaft keine Besonderheiten ergaben, weshalb die nachfolgenden Ausführungen von der Vormundschaft ausgehen und nur auf Besonderheiten der Gebrechlichkeitspflegschaft eingehen.

am Leitbild der elterlichen Sorge ausgerichtet²; gesetzestechisch zeigte sich dies an der weitgehenden Verweisung von § 1897 S. 1 a.F., § 1915 auf die Vorschriften über die Altersvormundschaft und der in diesen teilweise ausgesprochenen Weiterverweisung auf Bestimmungen des Rechts der elterlichen Sorge³.

Die Grundformen der Fürsorge waren die Vormundschaft, die eine endgültige oder vorläufige sein konnte, und die Gebrechlichkeitspflegschaft, die mit oder ohne Einwilligung des Betroffenen angeordnet werden konnte. Diese unterschieden sich zum Teil in ihren Voraussetzungen und Wirkungen (sub § 6).

Nach § 1896 a.F. BGB setzte die endgültige Vormundschaft für einen Volljährigen dessen vorherige Entmündigung durch das Prozeßgericht und damit die konstitutive Feststellung seiner fehlenden oder beschränkten Geschäftsfähigkeit voraus. Zur Überwindung seiner aufgehobenen oder beschränkten Geschäftsfähigkeit hatte das Vormundschaftsgericht dem Entmündigten einen Vormund zu bestellen. In Eilfällen konnte das Vormundschaftsgericht als Überbrückungsmaßnahme bis zur Entscheidung über einen Entmündigungsantrag einen vorläufigen Vormund bestellen. Bei der Auswahl des Vormundes kam der Familie eine Vorrangstellung zu⁴.

Die Führung der Vormundschaft oblag dem Vormund, doch unterstand er dabei der umfassenden Aufsicht durch das Vormundschaftsgericht⁵, welches dabei durch das Jugendamt⁶ und den Gegenvormund⁷ unterstützt wurde; bis 1979 hatte ein Familienrat an die Stelle des Vormundschaftsgerichts treten können⁸. Für die Durchführung der Vormundschaft hatte der Vormund entsprechend dem Vorbild der elterlichen Sorge die umfassende gesetzliche Vertretungsmacht und das tatsächliche Sorgerecht für die Person und das Vermögen des Mündels; dabei hatte er sich an dessen wohlverstandenen Interesse zu orientieren⁹ und grundsätzlich auch dessen Wünsche zu berücksichtigen¹⁰.

² Zur elterlichen Sorge als Leitbild der Minderjährigenvormundschaft, *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 71 II; in den Grundzügen lehnte sich auch die Gebrechlichkeitspflegschaft systematisch wie inhaltlich an diesen beiden Modellen an, wenngleich sie sich durch ihre notwendige gegenständliche Beschränktheit und die Möglichkeit der Fürsorge für Geschäftsfähige (sub § 6.I.2.a und b, respektive) von diesen unterschied; insoweit ungenau daher, *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 75 I 2.

³ § 1793 S.2 verweist auf § 1626 II, § 1800 auf §§ 1631–1633.

⁴ Siehe §§ 1899 f. a.F.; näher zu den Auswahlgrundsätzen des früheren Rechts, *Gernhuber*, FamR § 69 II 3.

⁵ Zur vormundschaftsgerichtlichen Aufsicht und der Selbständigkeit des Vormundes, sub II.2.b bei Fn. 79 f.

⁶ Die Zuständigkeit des Jugendamtes richtete sich bis zum 1.1.1991 nach §§ 1849–1851 a.F. BGB und § 54a JWG, danach bis zum Inkrafttreten des BtBG nach § 53 SGB VIII i.V.m. § 1897 S.1 a.F. BGB; zu letzterem, *Prinz von Sachsen Gessaphe*, FamRZ 1991, 1151 f.

⁷ Siehe § 1897 S.1 a.F. i.V.m. §§ 1799, 1842.

⁸ Ursprünglich hatte der Familienrat gemäß § 1905 i.V.m. §§ 1859 I, 1872 Träger der Obervormundschaft sein können, doch sind diese Vorschriften durch Art. 1 Nr. 55 des Gesetzes zur Neuregelung der elterlichen Sorge vom 18.7.1979 (BGBl. I 1061) aufgehoben worden.

⁹ Dazu näher sub § 6.I.1.c bei Fn. 21.

¹⁰ Zur grundsätzlichen Beachtlichkeit von Wünschen des Mündels bei der Durchführung

Die Alternative zur Erwachsenenvormundschaft bildete die Gebrechlichkeitspflegschaft nach § 1910 a.F. Beide Fürsorgeformen wiesen strukturelle Ähnlichkeiten auf, doch bestanden auch wesentliche Unterschiede: Die Reichweite der Gebrechlichkeitspflegschaft hing von der gerichtlichen Übertragung im Einzelfall ab und war bei geistig Gebrechlichen sektoral begrenzt; ihre Anordnung setzte entweder die Zustimmung des Betroffenen oder die deklaratorische Feststellung seiner (partiellen) natürlichen Geschäftsunfähigkeit voraus, sie hatte aber keine unmittelbaren Auswirkungen auf seine Geschäftsfähigkeit¹¹. Unter Pflegschaft konnten daher sowohl Geschäftsfähige als auch (partiell) Geschäftsunfähige i.S.d. § 104 Nr. 2 gestellt werden.

Als Alternative zur gerichtlichen Bestellung eines Vormundes oder Pflegers hatte sich vor allem in der notariellen Praxis Württembergs die Bevollmächtigung einer Person des eigenen Vertrauens für den Fall der späteren Betreuungsbedürftigkeit entwickelt¹².

2. Wesentliche Defizite

Der Normenbestand des Vormundschaftsrechts für Volljährige stieß trotz der von der Praxis durchgeführten Nachbesserungen¹³ und der vereinzelt gesetzlichen Reformen¹⁴ zunehmend auf Kritik. Die Schwächen des früheren Rechts waren zum Teil auf die gesetzliche Konzeption der Entmündigung, Erwachsenenvormundschaft und Gebrechlichkeitspflegschaft zurückzuführen (sub a), zu einem erheblichen Teil aber auf Defizite bei deren Umsetzung (b).

a) Mängel der rechtlichen Regelung

Die Hauptkritik¹⁵ entzündete sich an der Koppelung der Vormundschaft mit der *Entmündigung*: Diese führe dazu, daß der Betroffene zur Erlangung benötigter Hilfe umfassend entrechtet und bevormundet werde, wodurch sich seine psycho-soziale Ausgrenzung noch verstärke; darüber hinaus werde der Betrof-

der Betreuung sub § 6.II.1.a bei Fn. 94; daneben waren dessen Wünsche i.R.d. gerichtlichen Auswahlermessens bereits bei der Auswahl der Fürsorgeperson beachtlich, BayObLG 20.11.1986, Rpfleger 1987, 149; näher zur Auswahl des Erwachsenenvormundes, *Gernhuber*, FamR § 69 II 3 i.V.m. § 64 IV.

¹¹ Zu den Unterschieden zwischen Vormundschaft und Pflegschaft sub § 6.III, 2.b und 3.

¹² Zu dieser Praxis *Bühler*, BWNotZ 1990, 2 f.; auf diese Praxis ebenfalls hinweisend, G. Richter, FamRZ 1989, 910; eingehend zu derartigen Vorsorgevollmachten sub § 9.IV.

¹³ Beispiele hierfür bieten die Entwicklung der Zwangspflegschaft zur mildernden Ersatzform der Entmündigung und die Angleichung der Verfahrensgarantien im Verfahren der Anordnung der ersteren an diejenigen des Entmündigungsverfahrens, sub § 6.I.2.c.

¹⁴ Für einen Überblick über Reformen des ursprünglichen Vormundschaftsrechts des BGB, siehe MünchKomm-Schwab, Vor § 1773 RdNr. 10 f., sowie zu den Auswirkungen der deutschen Einheit, ebda., RdNr. 13.

¹⁵ Eingehend zur Kritik am früheren Recht, BT-Drs. 11/4528, 49–52 sowie bei *Zenz/v.Eicken/Ernst/Hofmann*, 33 f.; vertiefend dazu sub § 6.III.1.

fene im Hinblick auf die Rechtsfolgen der Entmündigung einem Kind oder Minderjährigen gleichgesetzt; aus diesen Gründen empfinde der betroffene Personenkreis die Entmündigung als diskriminierend und stigmatisierend¹⁶. Die gerügte Gleichsetzung mit Minderjährigen setzte sich in der Pauschalverweisung der Erwachsenenfürsorge auf das Recht der Minderjährigenvormundschaft, welche der Komplexität psychopathologisch bedingter Beeinträchtigungen der Selbstbestimmungsfähigkeit nicht gerecht wurde¹⁷, fort und verschärfte sich noch durch die Zuständigkeit der Jugendämter¹⁸. Ungeachtet der Möglichkeit einer Zustandsbesserung des Mündels war die Wiederbemündigung der Ausnahmefall¹⁹.

Ein weiterer Kritikpunkt war die *Überbetonung vermögensrechtlicher Aspekte* gegenüber der Fürsorge für die Person in der gesetzlichen Regelung²⁰, zumal bei der Anordnung der Vormundschaft²¹ und deren Durchführung²² Drittinteressen und der Schutz des Rechtsverkehrs ebenfalls eine Rolle spielten. Insgesamt wurde dem früheren Recht vorgeworfen, auf die verbliebene Selbstbestimmungsfähigkeit und die Wünsche des Betroffenen zu wenig Rücksicht zu nehmen und diesen als Person nicht genügend zu beachten.

Außerdem wies das bisherige Recht eine Reihe von *Lücken* auf: Im Rahmen der Personensorge blieben wichtige Fragen ungeregelt, insbesondere die Einwilligung des Vormundes in ärztliche Maßnahmen, die Sterilisation sowie die Wohnungsauflösung²³; des weiteren fehlten klare Regeln, um Konflikte zwischen dem Wohl des Mündels und seinen im Innenverhältnis beachtlichen Wünschen zu lösen²⁴; eine vormundschaftsgerichtliche Kontrolle von Bevollmächtigten Fürsorgebedürftiger war nicht vorgesehen.

¹⁶ So bereits, *Meyer/Schüler-Springorum*, FamRZ 1968, 577, sowie *Arnold*, FamRZ 1971, 289 f.; ebenso Psychiatrie-Enquête-Kommission, BT-Drs. 7/4200, 375; *Stöcker*, DAV 1982, 727–729; *Holzhauser*, Gutachten B 29 m.w.N.

¹⁷ *R. Lempp*, Beiträge 13; ähnlich *Stöcker*, DAV 1982, 729; eingehend zur multifaktoriellen Bedingtheit psychopathologischer Funktionsstörungen sub § 3, insb. I.3.a.

¹⁸ Die Jugendämter waren gemäß § 54a JWG nicht nur für Minderjährige, sondern sogar für Volljährige zuständig; kritisch dazu, *Prinz von Sachsen Gessaphe*, FamRZ 1991, 1151.

¹⁹ Siehe die Zahlen bei *Mende*, 17: das Verhältnis von Entmündigung zu Wiederbemündigung lag danach bei ca. 7:1; zu einem Verhältnis von 5,3:1 gelangt *Bietenbeck*, 103. Zu den Gründen hierfür siehe sub § 6.I.1.a.aa.(2).

²⁰ So bestanden im Bereich der Personensorge nur vereinzelte Vorschriften, während die Vermögenssorge eingehend geregelt war, sub § 6.II.1.a.

²¹ Dazu sub § 6.I.1.c.

²² Vor allem die Unterbringung konnte zum Schutz Dritter vorgenommen werden, *Bienwald*, Betreuungsrecht § 1906 RdNr. 4 m.w.N.

²³ Dazu BT-Drs. 11/4528, 39.

²⁴ Spannungen zwischen dem Wohl und den Wünschen des Fürsorgebedürftigen ergaben sich häufig bei der Verwendung von Mündelgeld, *Zenz/v.Eicken/Ernst/Hofmann*, 18.

b) Umsetzungsdefizite

Einige Mängel der gesetzlichen Regelung des früheren Vormundschaftsrechts hätten bei besserer Umsetzung der vorhandenen Vorschriften und Berücksichtigung ihrer Auslegung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung vermieden werden können²⁵.

Auffallend ist die teils recht *unterschiedliche Handhabung* der bundesweit einheitlichen Vorschriften in den einzelnen Bundesländern, was sich besonders beim zahlenmäßigen Vergleich der Entmündigungs- und Gebrechlichkeitspflegschaftsrate zeigte²⁶. Die Praxis divergierte aber sogar innerhalb eines Bundeslandes und selbst innerhalb eines Gerichtes²⁷. Entsprechend unterschiedlich kamen die Fürsorgeformen zum Einsatz: In vielen Bundesländern zeigte sich eine mangelnde Akzeptanz der Entmündigung, indem dort die Zwangspflegschaft und vorläufige Vormundschaft im Wege richterlicher Rechtsfortbildung zu Ersatzformen hierfür aufstiegen²⁸; die Zwangspflegschaft wurde dadurch regional gar zum Hauptfall zivilrechtlicher Fürsorge²⁹.

Die Handhabung des Vormundschaftsrechts führte über die bereits im Gesetz vorgezeichneten Tendenzen hinaus zu einer weiteren Entrechtung der Betroffenen und zu einer Verstärkung ihrer unpersönlichen Verwaltung. Eine umfassende Auseinandersetzung der in diese Richtung zielenden Umsetzungsdefizite kann hier nicht erfolgen³⁰. Wesentlich trug dazu die die gesamte Praxis des Vormundschaftsrechts prägende *Verwendung von Formularen* bei; so gab es u.a. Formulare für Anträge und Anregungen auf Anordnung der Entmündigung oder einer Gebrechlichkeitspflegschaft, für Atteste³¹, Vermögensverzeichnisse, Berichte an das Vormundschaftsgericht und Rechnungslegungen³². Die Erledigung der im Rahmen einer Vormundschaft oder Pflegschaft anfallen-

²⁵ *Bienwald*, FamRZ 1987, 533 ff. (536–538); *Bürgle*, NJW 1988, 1881–1883; *Dieckmann*, JZ 1988, 789 ff. (792); weitergehend *Pardey*, ZRP 1988, 330 ff.

²⁶ Statistisches Material zur Entmündigungshäufigkeit nach Bundesländern von 1966–1978 bei *Mende*, 17, 35–39; von 1985–87 in BT-Drs. 11/4528, 43; von 1987–1989 bei *Winterstein* in *Jürgens u.a.*, 3. Aufl. RdNr. 23.

²⁷ So erbrachten praktisch alle Untersuchungen bei *Pardey* (Vormundschaft und Pflegschaft, zu Niedersachsen) und *Bietenbeck* (zu Nordrhein-Westfalen) von Gericht zu Gericht desselben Bezirks teils stark abweichende Ergebnisse; zu Abweichungen nach Dezernaten eines Gerichts, *Pardey*, aaO. 42 f.

²⁸ Dazu sub § 6.III.3.b.bb a.E.

²⁹ Die supra bei Fn. 26 f. genannten statistischen Daten legen diesen Schluß für Bundesländer mit geringer Entmündigungsrate und hohem Anteil an Zwangspflegschaften nahe; zum Verhältnis von freiwilliger und ungewollter Pflegschaft supra Vornote.

³⁰ Dazu statt aller *Zenz/v.Eicken/Ernst/Hofmann*, 11 ff. mit umfangreichen Nachweisen.

³¹ Ärztliche Atteste fielen zuweilen formularmäßig aus in der irrigen Ansicht, der Richter werde auf Grund dessen schon eine eingehendere Begutachtung in Auftrag geben, so *Diedrichsen*, FS-Keller 7; kritisch zu dieser Praxis auch *Zenz/v.Eicken/Ernst/Hofmann*, 62 m.w.N.

³² Vgl. die Formulare bei *Zenz/v.Eicken/Ernst/Hofmann*, 87–115.

³³ Beispiele für Ankreuzformulare gibt *Pardey*, Vormundschaft und Pflegschaft 61 f. Fall A 4.

³⁴ So bereits *Meyer/Schüler-Springorum*, FamRZ 1968, 576; ebenso *Zenz/v.Eicken/Ernst/*

den Aufgaben wurde durch die Verwendung von Formularen für Gerichte wie Betreuer und Ärzte gewiß wesentlich erleichtert, doch verleitete dies geradezu zu einer verkürzten und pauschalen Betrachtungsweise, insbesondere in den Fällen der mehr als fragwürdigen Ankreuzformulare³³. Eine Berücksichtigung der Einzelfallumstände war dann nur bedingt möglich, Entscheidungen fielen undifferenziert aus, zudem wurde durch die Verwendung von Formularen äußerlich die objekthafte Behandlung von Mündeln und Pflegelingen dokumentiert.

In der Praxis manifestierte sich die unpersönliche Verwaltung Fürsorgebedürftiger darin, daß oftmals die Fürsorge ohne persönlichen Kontakt zu ihnen erfolgte³⁴ und ihre Wünsche unberücksichtigt blieben³⁵.

Die *Pflegschaftspraxis* der erstinstanzlichen Gerichte war in mehrfacher Hinsicht problematisch. Das Verfahren entsprach vielfach nicht den gesetzlichen Anforderungen: Die Ermittlung der Anordnungsvoraussetzungen geschah häufig nicht mit der gebotenen Sorgfalt, obgleich die obergerichtliche Rechtsprechung hierfür strenge Anforderungen aufgestellt hatte³⁶. Die Verständigungsmöglichkeit wurde regelmäßig auf Grund eines Kurzattests und durch Ankreuzen eines entsprechenden Formulars verneint³⁷, und der Wirkungskreis des Pflegers sehr weit und pauschal bestimmt³⁸. Außerdem wurden oftmals die Verfahrensgarantien des Betroffenen nicht eingehalten, vor allem seine Anhörung³⁹; dabei bestand offensichtlich ein Zusammenhang zwischen der Vernei-

Hofmann, 27; v. *Eicken/Ernst/Zenz*, Fürsorglicher Zwang 93; *Pardey*, Vormundschaft und Pflegschaft 27, mit Fällen aus der Praxis, ebda., 58 ff. Allerdings war die Einzelvormundschaft noch immer die Regel, statistische Daten dazu, *Zenz/v.Eicken/Ernst/Hofmann*, 12; BT-Drs. 10/5970, 6.

³⁵ So *Bienwald*, FamRZ 1987, 539 f.; *Dieckmann*, JZ 1988, 792; *Pardey*, ZRP 1988, 331; zur prinzipiellen Beachtlichkeit von Wünschen im Innenverhältnis sub § 6.II.1.a bei Fn. 94.

³⁶ Zur obergerichtlichen Rspr, *Holzhauser*, Gutachten B 34 m.w.N., zu deren Mißachtung im erstinstanzlichen Verfahren ebda., B 39.

³⁷ In den sog. Drei-Zeilen-Attesten wurde ohne nähere Begründung eine stereotype Kurzdiagnose (z.B. Cerebralsklerose) gestellt und die fehlende Verständigungsmöglichkeit angekreuzt; für ersteres, *Mende*, 22; *Zenz/v.Eicken/Ernst/Hofmann*, 24, 61 f.; *Pardey*, Vormundschaft und Pflegschaft 81; ein Beispiel für ein solches Formular findet sich bei *Zenz/v.Eicken/Ernst/Hofmann*, 90; die Atteste stammten oft von psychiatrisch nicht speziell geschulten Hausärzten, weitergehende psycho-soziale Umfeldstudien unterblieben zumeist, *Zenz/v.Eicken/Ernst/Hofmann*, 61.

³⁸ Statistische Angaben zur Häufigkeit einzelner Wirkungsbereiche und den dabei vorkommenden Kombinationsmöglichkeiten bei *Mende*, 42, *Pardey*, Vormundschaft und Pflegschaft 27 f. und *Bietenbeck*, 48–50; auch hierbei spielten Ankreuzformulare eine Rolle, *Pardey*, aaO. 27 f., 32 f.

³⁹ Entsprechende statistische Daten zur Anhörungspraxis bei *Moser*, Rpfleger 1984, 45 ff. (48); divergierende Zahlen aus drei niedersächsischen Amtsgerichten bei *Pardey*, Vormundschaft und Pflegschaft 27, 32 (bei einem dieser Gerichte wurde in 70 von 72 Fällen keine Anhörung durchgeführt!) und aus fünfzehn nordrhein-westfälischen Amtsgerichten bei *Bietenbeck*, 76. In diesem Sinn auch BT-Drs. 10/4271, 3 und 11/4528, 50 f. gegen BT-Drs. 10/5970, 12. Zu anderen Ergebnissen gelangten jedoch auf Grund einer Richterbefragung, *Zenz/v.Eicken/Ernst/Hofmann*, 22 f.: Die Grenzen zwischen ordnungsgemäßer, nicht ordnungsgemäßer und vollständig unterbliebener Anhörung seien fließend.

nung der Verständigungsmöglichkeit und dem Unterbleiben der Anhörung⁴⁰. Und in der Entscheidungspraxis wurde die Überbetonung der Vermögensverwaltung noch akzentuiert: So waren zwar reine Vermögenspflegschaften in der Minderzahl⁴¹, doch war die Vermögensverwaltung in unterschiedlichen Verbindungen mit personenbezogenen Wirkungskreisen vorherrschend⁴². In der Kombination von Aufenthaltsbestimmung, Heilbehandlung und Vermögenssorge war die Zwangspflegschaft eigentlich eine unzulässige Totalfürsorge. Die Zwangspflegschaft konnte in der Rechtswirklichkeit somit zu einer ähnlichen Entrechtung wie die Entmündigung führen⁴³.

Indizien für die Fehlerhaftigkeit und routinemäßige Abwicklung der erstinstanzlichen Verfahren ergeben sich aus zwei Umständen. Zum einen waren Entmündigungsbeschlüsse bei Einschaltung eines Anwaltes wesentlich seltener als bei nicht anwaltschaftlich vertretenen Personen⁴⁴. Zum anderen hatten Rechtsmittel gegen Entmündigungsbeschlüsse und Gebrechlichkeitspflegschaftsanordnungen eine hohe Erfolgsquote⁴⁵. Insgesamt wurden Rechtsmittel nur in seltenen Fällen eingelegt⁴⁶; ein Zusammenhang mit der geringeren Durchsetzungskraft der Betroffenen⁴⁷ sowie fehlender anwaltlicher Vertretung drängt sich hier auf. Für die routinemäßige und teils fehlerhafte Abwicklung der Vormundschafts- und Pflegschaftsverfahren sowie der obervormundschaftlichen Aufsicht war die Überlastung der Vormundschaftsgerichte mitverantwortlich⁴⁸.

Insgesamt sprechen diese Daten für eine oftmals rein objektmäßige Verwaltung von psychisch Kranken und Behinderten.

II. Die Reform durch das Betreuungsgesetz

Das Betreuungsgesetz ist Ergebnis eines über zwanzigjährigen Reformprozesses (sub 1). Die Grundzüge dieser Neuregelung sind synoptisch vorzustellen (2). Zuletzt ist auf die Reform dieser Reform durch das Betreuungsrechtsänderungsgesetz einzugehen (3).

⁴⁰ Pardey, Vormundschaft und Pflegschaft 80 f.

⁴¹ Daten bei Pardey, Vormundschaft und Pflegschaft 27 f.

⁴² So die Daten bei Bietenbeck, 49 f.

⁴³ Im Ergebnis auch Bienwald, FamRZ 1987, 540.

⁴⁴ Daten dazu bei Mende, 34 Tabelle 23.

⁴⁵ Zur Gebrechlichkeitspflegschaft berichtet Mende (23) von 23 Pflegschaftsaufhebungen auf 26 Beschwerden, Pardey (Vormundschaft und Pflegschaft 51) für ein Amtsgericht von einer 50 %-igen Erfolgsquote. Zur Entmündigung wird von 2/3 erfolgreichen Anfechtungsklagen referiert, Bietenbeck, 101.

⁴⁶ Zenz/v. Eicken/Ernst/Hofmann, 25; vermutet von Bietenbeck, 100.

⁴⁷ Darauf weist auch hin Pardey, Betreuung 45.

⁴⁸ Dazu Leister, DAV 1987, 297 ff. (298); Bienwald, FamRZ 1987, 537 f.; Holzhauer, Gutachten B 39; Pardey, Betreuung 43; statistische Angaben dazu bei dems., Vormundschaft und Pflegschaft 41.

1. Der Reformprozeß

1971 stellte ein Mitglied der *Kommission für das Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit*⁴⁹ Vorschläge zu einer Reform der Erwachsenenvormundschaft vor⁵⁰, die teilweise zu Grundgedanken der Neuregelung geworden sind: Sie sahen an Stelle der diskriminierenden Entmündigung ein neues Rechtsinstitut der *Betreuung* vor, bei dessen Anordnung der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stärkere Beachtung finden⁵¹ und so einen differenzierteren Einsatz ermöglichen sollte, doch hielten sie an der Verknüpfung mit Einschränkungen der Geschäftsfähigkeit fest⁵².

Von herausragender Bedeutung sowohl für das Vorantreiben der Reform als auch für deren programmatische Ausrichtung war der Bericht der *Psychiatrie-Enquête-Kommission* von 1975⁵³. Diese wollte die Ausgliederung psychisch Kranker und Behinderter aus ihrem Lebensbereich vermeiden⁵⁴ und leitete daraus Empfehlungen zu einer Gesamtreform der Erwachsenenfürsorge ab⁵⁵, welche die spätere Reform wesentlich beeinflussten: Das Nebeneinander von Vormundschaft und Gebrechlichkeitspflegschaft sei durch ein einheitliches und flexibles System der Betreuung zu ersetzen; an die Stelle der Entmündigung solle die Feststellung der Betreuungsbedürftigkeit mit nachfolgender Bestellung eines Betreuers unter Festlegung seines Wirkungskreises treten; die Notwendigkeit der Verknüpfung der Fürsorgeanordnung mit der Geschäftsfähigkeitsfrage sei zu klären. Eminent wichtig für die weitere Diskussion war der Hinweis auf den grundrechtseinschränkenden Charakter von Eingriffen in das Selbstbestimmungsrecht des Betreuten (Art. 2 GG), weshalb in jedem Einzelfall die Notwendigkeit des Eingriffs festzustellen sei⁵⁶.

⁴⁹ Diese war 1964 vom Bundesminister der Justiz ins Leben gerufen worden.

⁵⁰ Arnold (FamRZ 1971, 289 ff.) unterbreitete Entwürfe zu einer Neufassung der §§ 6, 114 und 1910 a.F. BGB.

⁵¹ Der von Arnold Angemessenheitsgrundsatz genannte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz war in den einzelnen Bestimmungen seines Entwurfes zu § 6 BGB (BGB-E) verankert, FamRZ 1971, 291.

⁵² Die Arbeit der Kommission mündete 1977 in den Entwurf einer Verfahrensordnung für die Freiwillige Gerichtsbarkeit (FrGO); siehe den Bericht der Kommission für das Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Hrsg. Bundesminister der Justiz (Köln 1977). In den §§ 182–208 FrGO (aaO., 63–68) wurde der Vorschlag Arnolds eines einheitlichen Betreuungsverfahrens für die Entmündigung, Vormundschaft und Pflegschaft sowie die Unterbringung, gleich ob nach BGB oder Landesrecht, aufgegriffen; naturgemäß enthielt der Entwurf keine materiell-rechtlichen Vorschriften.

⁵³ Sachverständigen-Kommission über die Lage der Psychiatrie in der Bundesrepublik Deutschland – Zur psychiatrischen und psychotherapeutisch/psychosomatischen Versorgung der Bevölkerung, BT-Drs. 7/4200 und 7/4201.

⁵⁴ BT-Drs. 7/4200, 16.

⁵⁵ Die Reformempfehlungen der Sachverständigen-Kommission zu rechtlichen Problemen der Psychiatrie finden sich zusammengefaßt in BT-Drs. 7/4200, 34 f., zur Vormundschaft insb sub Nr. 8.

⁵⁶ BT-Drs. 7/4200, 374.

Weitere Impulse gingen von im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz erstellten Gutachten aus⁵⁷. Aus psychiatrischer Sicht wurde insbesondere betont, daß bei psychisch Kranken und geistig Behinderten regelmäßig Selbstbestimmungsreste verblieben, die es durch ein flexibles Betreuungssystem zu achten gelte⁵⁸, welches aber zugleich die notwendige Unterstützung gewähre⁵⁹. Eine daraufhin eingesetzte interdisziplinäre Arbeitsgruppe⁶⁰ legte 1987/88 zwei *Diskussionsteilentwürfe* vor⁶¹, die sich für ein flexibles Betreuungssystem mit maximaler Selbstbestimmung des Betreuten aussprachen. Entscheidende Anregungen hierfür waren von dem österreichischen Gesetz über die Sachwaltschaft⁶² ausgegangen⁶³.

Das Erscheinen der Teilentwürfe regte die Reformdiskussion in der Fachöffentlichkeit und betroffenen Interessenverbänden an. Auf dem 57. *Deutschen Juristentag* in Mainz (1988)⁶⁴ wurden die Leitgedanken dieser Entwürfe weitgehend unterstützt, zu Einzelfragen jedoch bei teils widersprüchlichem Abstimmungsverhalten Gegenvorstellungen entwickelt⁶⁵. Besonders kontrovers verlief die Diskussion darüber, ob die Anordnung von Betreuungsmaßnahmen weiterhin von der Geschäftsunfähigkeit des Betroffenen abhängig zu machen sei⁶⁶. Daneben wurde die Forderung nach einem zweistufigen Betreuungsmodell erhoben, welches abweichend vom bisherigen Modell eine vertretungslose Betreuung für leichtere Fälle und eine gesetzliche Vertretungsmacht für die übrigen Fälle vorsehen sollte⁶⁷.

Der schließlich am 2.11.1989 vorgestellte *Referentenentwurf*⁶⁸ nahm zahlreiche Anregungen aus der bislang geführten Diskussion auf; nach umfangreichen

⁵⁷ Zu psychiatrischen und rechtsvergleichenden Aspekten, Gutachten zu einer Neuordnung des Entmündigungs-, des Vormundschafts- und des Pflegschaftsrechts, Hrsg. Bundesminister der Justiz (Köln 1986); später erschien das Gutachten von Zenz/v. Eicken/Ernst/Hofmann, *Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige. Eine Untersuchung zur Praxis und Kritik des geltenden Rechts* (Köln 1987).

⁵⁸ Mende, 27 im abschließenden Resümee.

⁵⁹ Zenz/v. Eicken/Ernst/Hofmann, 34.

⁶⁰ Die Arbeitsgruppe zur Neuregelung des Entmündigungs-, Vormundschafts- und Pflegschaftsrechts war vom Bundesminister der Justiz eingesetzt worden, BT-Drs. 11/4528, 38; deren Mitglieder sind im Anhang zum BtG-E 1988 aufgeführt.

⁶¹ Erster Diskussions-Teilentwurf: Gesetz über die Betreuung Volljähriger, Hrsg. Bundesminister der Justiz (Köln 1987); Zweiter Diskussions-Teilentwurf, wie vor (Köln 1988).

⁶² Gesetz vom 2.2.1983, BGBl. für die Republik Österreich 1983, 703.

⁶³ Statt aller BT-Drs. 11/4528, 46–48.

⁶⁴ Verhandlungen des 57. DJT, Abteilung Vormundschaftsrecht, mit Gutachten von Holzbauer zur rechtlichen Seite (aaO. I B 1–117) und von Bruder zu medizinischen Fragen (I C 1–49) sowie den Sitzungsberichten im Bd. II samt Referaten von Schwab (II K 8–46) und Hopf (zum österreichischen Recht, II K 47–75).

⁶⁵ Beschlußfassung, Sitzungsbericht in 57. DJT II K 226–259.

⁶⁶ Näher dazu für die Begründung der Betreuung, sub § 10. III. 1. a. bb. (1) bei Fn. 337 f., und für die Anordnung des Einwilligungsvorbehalts, sub § 13. III. 1. b. aa bei Fn. 102.

⁶⁷ So vorgeschlagen von Holzbauer, Gutachten B 72 f. und vom 57. DJT, Beschluß II. 2. d, Sitzungsbericht in 57. DJT II K 237.

⁶⁸ BT-Drs. 11/4528, Anlage 1.

Änderungen⁶⁹ wurde er 1990 als Betreuungsgesetz verabschiedet⁷⁰ und ist am 1.1.1992 in Kraft getreten.

2. Das neue Rechtsinstitut der Betreuung

Durch das Betreuungsgesetz ist das neue Institut der Betreuung eingeführt worden, welches an die Stelle der Entmündigung, Erwachsenenvormundschaft und Gebrechlichkeitspflegschaft tritt. Der nachfolgende Überblick befaßt sich mit der Systematik des neuen Rechts (sub a), dem Ablauf einer Betreuung (b), den Grundgedanken des materiellen Rechts (c) und des Verfahrens (d) sowie der sozialrechtlichen Komponente der Reform (e), ohne in die Lösung der aufgeworfenen Fragen einzusteigen.

a) Systematik

Das materielle Betreuungsrecht ist zusammenhängend in den §§ 1896–1908i BGB geregelt, lediglich vereinzelt verweist § 1908i BGB ergänzend auf Vorschriften aus dem Recht der Altersvormundschaft sowie der elterlichen Sorge. Die §§ 1896 ff. regeln die Begründung (§§ 1896–1900) und Beendigung (§§ 1908b – 1908d) der Betreuung, deren Rechtswirkungen im allgemeinen (§ 1902) und im Sonderfall des Einwilligungsvorbehalts (§ 1903) sowie deren Durchführung in der allgemeinen Vorschrift des § 1901 und in den Spezialregeln der §§ 1904–1908 und des § 1908i i.V.m. den dort verwiesenen Normen. Das materielle Betreuungsrecht wird durch ein einheitliches FG-Verfahren in Betreuungssachen flankiert (§§ 65–69m FGG); für die Genehmigung zivilrechtlicher⁷¹ wie öffentlichrechtlicher⁷² Unterbringungsmaßnahmen gibt es daneben ein besonderes FG-Verfahren (§§ 70–70n FGG). Außerdem nehmen zahlreiche weitere Vorschriften Bezug auf die Betreuung⁷³.

⁶⁹ Die Änderungen gehen auf Einwendungen des Bundesrates und die Arbeiten im Rechtsausschuß des Bundestages zurück; zu den zwischen BReg. und BRat im Gesetzgebungsverfahren strittigen Fragen eingehend, *Richter*, FamRZ 1989, 912–915; die Einwendungen des Bundesrates haben vorwiegend fiskalische Gründe, BT-Drs. 11/6949, 67; zu den einzelnen Abweichungen der Beschlußvorlage des Rechtsausschusses vom Regierungsentwurf vgl. die Gegenüberstellung beider Fassungen in BT-Drs. 11/6949, 4–64 sowie die kritische Würdigung derselben von *Schwab*, FamRZ 1990, 681 ff. (685–691).

⁷⁰ Die vom Rechtsausschuß empfohlene Gesetzesfassung ist am 25.4.1990 vom Bundestag und am 1.6.1990 vom Bundesrat unverändert angenommen und am 12.9.1990 verkündet worden, BGBl. I 2002.

⁷¹ Sowohl die Unterbringung Betreuter nach § 1906 als auch die von Kindern nach §§ 1631b, 1705, 1800, 1915 BGB.

⁷² Nach Landesrecht kann eine Unterbringung aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung erfolgen; die landesrechtlichen Unterbringungsgesetze sind abgedr. bei *Knittel*, BtG Teil Landesrecht; zu diesen Gesetzen siehe auch sub § 10.II.3.a.cc.

⁷³ Siehe die zahlreichen im BtG angesprochenen Vorschriften.

b) Zum Ablauf der Betreuung

Eine Betreuung durchschreitet verschiedene Phasen, in denen auf Grund betreuungsrechtlicher Vorschriften Maßnahmen gegenüber oder mit Wirkung für den zu Betreuenden oder Betreuten getroffen werden; hierzu sind neben dem Vormundschaftsgericht und dem Betreuer weitere Personen und Institutionen befugt.

Die *erste Phase* beginnt mit der Einleitung des Verfahrens in Betreuungssachen durch das zuständige Vormundschaftsgericht und dient der Vorbereitung der Entscheidung über die Bestellung eines Betreuers. Das Gericht kann bereits in diesem Stadium dem Betroffenen nach § 67 FGG einen Verfahrenspfleger beordnen, nach § 69f I 1 1. Alt. FGG einen vorläufigen Betreuer bestellen oder weitere einstweilige Maßregeln anordnen⁷⁴; strittig ist, ob das Gericht noch vor dieser ersten Phase einstweilige Maßregeln nach § 1908i I 1 i.V.m. § 1846 BGB treffen darf⁷⁵. Diese Phase endet regelmäßig⁷⁶ mit der Entscheidung des Gerichts über die Betreuerbestellung. Lehnt das erstinstanzliche Gericht die Bestellung eines Betreuers ab, so kann der Übergang in die zweite Phase durch eine korrigierende Beschwerdeentscheidung herbeigeführt werden, ansonsten kommt es nicht zu einer Betreuung.

Die *zweite Phase* ist die der eigentlichen Betreuung. Sie wird durch die einheitliche Gestaltungsentscheidung der Betreuerbestellung⁷⁷ initiiert; das Gericht kann einen oder mehrere Betreuer sowie einen Gegenbetreuer bestellen⁷⁸. Der bestellte Betreuer führt die Betreuung durch Einzelmaßnahmen im Innen- und Außenverhältnis selbständig durch und untersteht dabei der Aufsicht des Vormundschaftsgerichts⁷⁹ und gegebenenfalls eines Gegenbetreuers⁸⁰. Diese

⁷⁴ Die vorläufige Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts nach § 69f I 2. Alt. FGG sowie die vorläufige Unterbringungsgenehmigung nach § 70h FGG setzen zumindest die gleichzeitige Bestellung eines vorläufigen Betreuers voraus.

⁷⁵ Besonders kontrovers ist die Frage, inwieweit danach eine Unterbringung durch das Gericht ohne vorherige Betreuerbestellung zulässig ist: dafür LG Berlin 27.3.1992, BtPrax 1992, 43; LG Hamburg 10.4.1992, BtPrax 1992, 111; OLG Schleswig 30.9.1992, BtPrax 1992, 107; Maßnahmen nach § 1846 sollen dagegen nur bei anhängigem Betreuungsverfahren statthaft sein: BG Chemnitz 7.7.1992, BtPrax 92, 111; OLG Frankfurt a.M. 3.11.1992, BtPrax 93, 32.

⁷⁶ Außer im Fall des § 1896 I 3 1. Alt. BGB ist das Verfahren ein Amtsverfahren (sub § 9.II.1) und endet daher nicht dadurch, daß der Betroffene seinen Antrag zurücknimmt, *Bassenge/Herbst*, FGG Einl. RdNr. 4; das Gericht kann es aber einstellen, wenn kein Anlaß zum Eingreifen besteht, *Keidel-Kayser*, § 12 FGG RdNr. 5, dies aber wohl nur, wenn es auf eine Anregung Dritter tätig geworden ist, nicht dagegen bei einem Antrag des Betroffenen, da diesem gegenüber eine rechtsmittelfähige Entscheidung zu ergehen hat; eine Einstellung kommt auch bei zwischenzeitlicher Erledigung der Hauptsache in Frage, *Bassenge/Herbst*, FGG Einl. RdNr. 127, z.B. beim Tod des zu Betreuenden; zu diesem und weiteren Fällen, *Bumiller/Winkler*, § 12 FGG Anm.3 b. Bei Erlass einer einstweiligen Maßnahme kann sich die Entscheidung in der Hauptsache ausnahmsweise erübrigen, *Bassenge/Herbst*, § 24 FGG RdNr. 18.

⁷⁷ Zum Prinzip der Einheitsentscheidung sub § 9.I.1.

⁷⁸ Für die Bestellung von Mitbetreuern gilt § 1899, dazu auch sub § 8.II.4.a.(1)f., für die eines Gegenbetreuers § 1908i I 1 i.V.m. § 1792.

⁷⁹ Der Selbständigkeitsgrundsatz betrifft die Kompetenzabgrenzung zwischen Vormund

umfassende Aufsicht dient zum Wohle des Betreuten seiner allgemeinen Sicherung gegen Gefährdungen seiner Person und seines Vermögens, die sich aus der Führung der Betreuung ergeben können⁸¹. Die Betreuungsbehörde unterstützt das Vormundschaftsgericht gemäß §§ 4–9 BtBG⁸², insbesondere übt sie als dessen Gehilfe in einigen Fällen unmittelbaren Zwang gegen den Betreuten aus⁸³. Das Gericht kann die Eingangsentscheidung durch Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts, Veränderung des Aufgabenkreises der Betreuung oder eines Einwilligungsvorbehalts oder nachträgliche Bestellung oder Entlassung weiterer Betreuer modifizieren. Das Betreuungsverhältnis endet durch eine aufhebende Entscheidung nach § 1908d I f. oder den Tod des Betreuten⁸⁴, während das Ende des Amtes nur dem jeweiligen Betreuer seine Rechtsmacht entzieht⁸⁵.

Die dritte Phase setzt mit dem Ende des Amtes oder des Betreuungsverhältnisses ein, da bis zur endgültigen Abwicklung aller daraus resultierender Pflichten noch Rechtsbeziehungen zwischen dem Vormundschaftsgericht, dem ehemaligen Betreuer und dem vormals Betreuten respektive deren Erben bestehen bleiben⁸⁶.

Neben dem Vormundschaftsgericht und dem (Haupt-)Betreuer weist das Gesetz demzufolge weiteren Personen und Institutionen *Funktionen im Rahmen einer Betreuung* zu: Mit- und Gegenbetreuern, dem Verfahrenspfleger⁸⁷,

und Vormundschaftsgericht: Für den Mündel handelt der Vormund, das Vormundschaftsgericht ist prinzipiell auf seine Aufsichtsbefugnisse nach § 1837 beschränkt, Motive, IV 1010. Gegenüber dem Betreuer sind diese Befugnisse in § 1908i I 1 i.V.m. § 1837 I–III definiert und besteht gemäß § 1908i I 1 i.V.m. § 1846 als Ausnahme ein Selbsteintrittsrecht des Vormundschaftsgerichts, welches teils umstritten ist, supra Fn. 75; weitere Aufsichtsmittel sind die Entscheidungen des Gerichts i.R. gesetzlicher Genehmigungsvorbehalte, dazu sub § 8.II.4. a.cc.(3). Näher zum Selbständigkeitsgrundsatz und zu der nach § 1837 bestehenden Aufsicht, siehe statt aller die Kommentierung von *Staudinger-Engler* zu § 1837; kritisch zur Umsetzung des Selbständigkeitsgrundsatzes in der Rechtswirklichkeit, *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 71 IV 2; viel optimistischer dazu noch, *Wedermann*, VormR 191.

⁸⁰ Dieser unterstützt das Vormundschaftsgericht dabei, dazu sub § 8.II.4.a.cc.(3) bei Fn. 179.

⁸¹ So zur Vormundschaft, *Staudinger-Engler*, 10./11. Aufl. Vorbem. 19 zur Vormundschaft.

⁸² Siehe den Überblick bei *Damrau/Zimmermann*, BtG § 6 BtBG, sowie ergänzend, *Bienwald*, Betreuungsrecht § 9 BtBG RdNr. 3; daneben kann die Behörde oder einer ihrer Mitarbeiter zum Betreuer bestellt werden, §§ 1900 IV, 1897 II 2.

⁸³ Vorgesehen in § 68 III, § 68b III und IV 5, § 70c S.5, § 70e II und § 70g IV und V FGG; zur letztgenannten Vorschrift auch sub § 8.II.3.c.

⁸⁴ Zu letzterem, BT-Drs. 11/4528, 155, sowie aus der Lehre statt aller *MünchKomm-Schwab*, § 1908d RdNr. 2.

⁸⁵ Aus § 1908c BGB folgt die fiktive Fortführung der Betreuung bis zur Bestellung eines neuen Betreuers, *MünchKomm-Schwab*, § 1908c RdNr. 16; *Damrau/Zimmermann*, BtG § 1908b RdNr. 16, § 1908c RdNr. 1; unrichtig daher *Jürgens u.a.*, RdNr. 150.

⁸⁶ Zu diesen Rechtsbeziehungen überblicksweise, *MünchKomm-Schwab*, § 1908c RdNr. 15, sowie zu der nach § 1908i I 1 i.V.m. §§ 1893, 1698a, b fortwirkenden Geschäftsführungsbefugnis des Betreuers, *Erman-Holzhauser*, § 1908i RdNr. 34 sub c; eingehender zu den vergleichbaren Rechtsfolgen bei der Vormundschaft, *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 73 III.

⁸⁷ Der Betroffene kann sich im Verfahren stattdessen auch durch einen selbst gewählten Verfahrensbevollmächtigten vertreten lassen, § 67 I 6 FGG (BtÄndG); dazu auch sub § 9.IV.2.c.bb.

der Betreuungsbehörde, einem nach § 1908f BGB konstituierten Betreuungsverein⁸⁸ sowie der Familie des Betreuten⁸⁹ und diesem nahestehenden Personen⁹⁰.

c) Grundgedanken der materiellen Regelung

Nach der Konzeption des Gesetzgebers sind die *Hauptziele der Regelung*⁹¹: die Mängel des alten Rechts zu beseitigen, die betroffenen psychisch Kranken und geistig, seelisch oder körperlich Behinderten als Personen ernster zu nehmen, ihre Rechtsstellung zu stärken sowie ihren Anträgen, Wünschen und Vorschlägen verbindliche Geltung zu verschaffen, sofern dies verantwortet werden kann; darüber hinaus ihre verbliebenen Fähigkeiten zu berücksichtigen und daher mit der Fürsorge verbundene Rechtseingriffe nur mehr dort zuzulassen, wo dies unausweichlich ist; demgemäß privaten Hilfen den Vorrang zu lassen und so letztlich unnötige Betreuungen zu vermeiden⁹²; und schließlich wegen der Variationsbreite der Krankheits- und Behinderungsmanifestationen flexible Reaktionen zu ermöglichen.

Wesentliche diskriminierende Phänomene des alten Rechts (supra I.2) hat die Neuregelung zu beseitigen versucht. Als Speerspitze der Entrechtungstendenzen des alten Rechts ist die *Entmündigung abgeschafft* worden und wird eine vergleichbare automatische Verknüpfung der Fürsorge mit Einschränkungen der Geschäftsfähigkeit des Betroffenen nicht weitergeführt; hierin liegt einer der wesentlichen Unterschiede zum österreichischen Vorbild des Betreuungsrechts⁹³. Damit entfällt zugleich ein wesentlicher Teilaspekt der Gleichsetzung Erwachsener mit Minderjährigen im früheren Recht; eine solche findet nurmehr insoweit statt, als § 1908i I 1 aus Gründen gesetzestechnischer Ökonomie noch vereinzelt auf Vorschriften der Altersvormundschaft verweist, was insbesondere bei der Vermögensverwaltung der Fall ist⁹⁴; und an die Stelle der Jugendämter sind die Betreuungsbehörden getreten.

⁸⁸ Dieser oder einer seiner Mitarbeiter können zum Betreuer bestellt werden, §§ 1900 I–III (BtG; II–IV BtÄndG), 1897 II 1.

⁸⁹ Die Rolle der Familie des Betreuten beschränkt sich auf Privilegien bei der Betreuerwahl (§ 1897 V BGB) sowie auf Anhörungs- (§ 68a S.3, 4 FGG) und Beschwerderechte (§ 69g I FGG) zu Gunsten bestimmter Angehöriger; zur früheren Rolle der Familie bei der Erwachsenenfürsorge sub § 5.

⁹⁰ Es stellt eine Neuerung dar, daß neben der Familie nun ausdrücklich auch sonstige, dem Betreuten nahestehende Personen in den Genuß des Auswahlprivilegs kommen sowie auf Verlangen des Betreuten anzuhören sind (§ 68a S.4 FGG).

⁹¹ Zu den nachfolgend angesprochenen Grundzügen der Regelung, BT-Drs. 11/4528, 52 ff.

⁹² Ausgedrückt wird das letztgenannte Leitziel der Betreuung im Zusammenhang mit dem Subsidiaritätsgrundsatz des § 1896 II 2, aaO. 122.

⁹³ Im österreichischen Recht bewirkt die Bestellung eines Sachwalters im Rahmen seines Aufgabenkreises gemäß § 273a ABGB grundsätzlich die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des Betroffenen; das Gericht kann die Beschränkung jedoch für einzelne Fragen aufheben.

⁹⁴ Hier wird deutlich, daß der Gesetzgeber sich vor einer umfassenden, Minderjährige ein-

Die *Begründung der Betreuung* hängt nicht mehr von der vorherigen Feststellung der Geschäftsfähigkeit des zu Betreuenden ab, vielmehr sieht § 1896 I, II einen mehrstufigen Tatbestand vor: Neben dem Vorliegen eines tatbestandlichen pathologischen Phänomens und der dadurch bewirkten Unfähigkeit des Betroffenen, seine Angelegenheiten ganz oder teilweise zu besorgen, muß die Betreuung erforderlich sein, ohne daß dem Fürsorgebedarf durch alternative Hilfen ebenso gut begegnet werden kann. Maßgebliche Kriterien sind also die unbestimmten Rechtsbegriffe der Erforderlichkeit und Subsidiarität der Betreuung. Diese sollen einen flexiblen Einsatz der Betreuung nach dem tatsächlichen Fürsorgebedarf im Einzelfall ermöglichen; überhaupt bedient sich das Gesetz zu diesem Zweck durchweg offener Tatbestände mit unbestimmten Rechtsbegriffen⁹⁵.

Mit der gerichtlichen Bestellung beginnt das *Betreungsverhältnis* als das umfassende Rechtsverhältnis zwischen Betreuer und Betreutem unter Mitwirkung und Aufsicht des Vormundschaftsgerichts. Hinsichtlich der Wirkungen der Betreuerbestellung hat der Gesetzgeber zwei grundlegende Entscheidungen getroffen: Zum einen hat er sich ausdrücklich gegen eine zweistufige Betreuung für einfachere und schwerere Fälle ausgesprochen⁹⁶, der Betreuer hat vielmehr im Rahmen seines Aufgabenkreises stets die Stellung eines gesetzlichen Vertreters des Betreuten; zum anderen hat die Betreuerbestellung grundsätzlich keine Auswirkungen auf die Geschäftsfähigkeit des Betreuten⁹⁷.

Für die *Führung der Betreuung* statuiert § 1901 erstmals ausdrücklich die Wahrung des Wohles des Betreuten als obersten Grundsatz und bestätigt die grundsätzliche Verpflichtung zur Beachtung seiner Wünsche. Zugleich regelt diese Vorschrift in II (BtG; III BtÄndG) das Verhältnis zwischen diesen beiden Maximen und weist den Betreuer in III (BtG; IV BtÄndG) dazu an, zur Verbesserung oder zumindest Milderung des pathologischen Zustandes des Betreuten beizutragen. Die Verpflichtung zur Wunschbeachtung soll der psychiatrischen Erkenntnis gerecht werden, daß dies den Kranken motivieren und einen positiven Einfluß auf seine Therapie und Rehabilitation ausüben kann⁹⁸. § 1901 ist somit Ausdruck des Grundanliegens der Reform, die verbliebenen Selbstbestimmungsmöglichkeiten des Betroffenen zu achten und zu fördern. Zwischen dem Wohl und den Wünschen des Betreuten besteht ein ambivalentes Verhältnis, weil jenes durch diese subjektiviert wird und diese wiederum begrenzt⁹⁹;

schließenden Reform des Vormundschaftsrechts gedrückt hat; kritisch auch *Holzhauser*, Gutachten B 55; auch die Reform des Betreuungsrechts berührt das Recht der Minderjährigenvormundschaft nur partiell, sub 3 bei Fn. 127.

⁹⁵ So auch *Holzhauser*, ZRP 1989, 451 ff. (457).

⁹⁶ Zu entsprechenden Forderungen supra II.1 bei Fn. 67; zu Vor- und Nachteilen eines zweistufigen Modells, BT-Drs. 11/4528, 57 f.; ein solches hatte es z.B. mit der Beistandschaft im ALR gegeben, dazu sub § 5.IV.1.b.

⁹⁷ Insgesamt zu den Rechtswirkungen der Betreuerbestellung sub § 8.

⁹⁸ BT-Drs. 11/4528, 67; zur psychiatrischen Sicht supra § 3.I.3.a bei Fn. 51 ff.

⁹⁹ Dazu sub § 9.II.4.c.aa.

eine weitere Grenze setzt die Zumutbarkeit für den Betreuer¹⁰⁰. Die Wünsche des Betreuten wirken sich unmittelbar im Innenverhältnis zum Betreuer aus, nicht dagegen im Außenverhältnis¹⁰¹; mittelbar können sie das Verhalten des Vormundschaftsgerichts bei der Erteilung notwendiger Genehmigungen beeinflussen¹⁰². Auch außerhalb des Verhältnisses zum Betreuer sind die Wünsche des Betreuten zu berücksichtigen¹⁰³.

Eng verbunden mit der Achtung der Wünsche des Betreuten ist das Anliegen einer persönlichen Betreuung im Gegensatz zur früheren bloßen Verwaltung des Betroffenen¹⁰⁴. Um dies sicherzustellen, dehnt § 1840 I die Rechenschaftspflicht des Betreuers auf die persönlichen Verhältnisse des Betreuten aus. Die Zuwendung zur Person des Betreuten zeigt sich des weiteren darin, daß das Betreuungsgesetz sich in §§ 1904–1907 detailliert besonders wichtigen Angelegenheiten mit starkem persönlichen Einschlag zuwendet. Die in diesen Normen verankerten Genehmigungsvorbehalte verstärken die vormundschaftsgerichtliche Aufsicht über den Betreuer gegenüber früher¹⁰⁵.

d) Verfahrensrechtliche Grundzüge

Auf Grund der Erfahrungen mit der mangelhaften Handhabung des alten Rechts (supra I.2.b) hat der Gesetzgeber besonderes Augenmerk darauf gelegt, daß die materiellrechtlichen Verbesserungen der Rechtsstellung der zu Betreuenden verfahrensrechtlich abgesichert werden¹⁰⁶. Zu deren Schutz sind daher *umfangreiche Verfahrensgarantien* vorgesehen, die von manchen für übermäßig gehalten werden¹⁰⁷. Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs werden umfangreiche Anhörungs- (§ 68 I 1 FGG) und Erörterungspflichten (§ 68 I 3, V FGG) statuiert; letztere dienen ebenso wie die Pflichten zur Verschaffung des unmittel-

¹⁰⁰ Die Zumutbarkeit ist ein Rechtsgrundsatz und hat die Funktion, die Grenzen persönlicher Verhaltens- und Rechtspflichten festzulegen, *U.Preis*, ZG 1988, 319 ff. (322); *Ossenbühl*, Zumutbarkeit 320, 327; *Jakobs*, 88–93; *Hirschberg*, 99. Dieser Grundsatz ist im jeweiligen normativen Kontext zu konkretisieren, letzterer, 101; eingehend zur Konkretisierung i.R.d. § 1901 II 1, statt aller *Kollmer*, 144–153.

¹⁰¹ Dazu sub § 8.II.2.a.aa bei Fn. 43 ff.

¹⁰² BT-Drs. 11/4528, 67 f.

¹⁰³ Einzelnachweise normativer Ausprägungen der Wunschbeachtung außerhalb des § 1901 sub § 9.II.4.c.bb bei Fn. 182 ff.; dort auch zur darüber hinausgehenden Beachtlichkeit von Wünschen bei der Entscheidung über eine Betreuung.

¹⁰⁴ Dazu BT-Drs. 11/4528, 53, 68–70; hierfür spielen die Auswahlgrundsätze des § 1897 und das darin verankerte Mitspracherecht des zu Betreuenden eine wesentliche Rolle.

¹⁰⁵ Ebenso, MünchKomm-Schwab, Vor § 1896 RdNr. 16.

¹⁰⁶ Ähnlich die verfahrensrechtliche Zielsetzung in BT-Drs. 11/4528, 88; für einen Überblick über das Verfahren bei der Betreuerbestellung, *Zimmermann*, FamRZ 1991, 270 ff., und zu demjenigen in Unterbringungssachen, *ders.*, FamRZ 1990, 1308 ff.

¹⁰⁷ *D. Lempp*, DAV 1988, 573 f.; *Bürgle*, NJW 1988, 1886; *Holzhauer*, FamRZ 1995, 1464 und *Pardey*, Rpfleger 1995, 393 ff. (395 f.); dagegen *Schumacher*, ZRP 1989, 7 f.; *Wienand*, FuR 1990, 36 ff. (39); aus dieser Kritik versucht das BtÄndG Konsequenzen zu ziehen, dazu sub 3 bei Fn. 126.

baren Eindrucks vom Betroffenen (§ 68 I 1, 2 FGG), zu seiner fachkundigen Begutachtung (§ 68b FGG) sowie zur Anhörung Dritter (§ 68a FGG) der besseren Sachverhaltsermittlung und sichern damit die richtige Anwendung der materiellen Eingriffsschwelle¹⁰⁸. Demnach konkretisieren diese Vorschriften die nach § 12 FGG ohnehin bestehende Amtsermittlungspflicht¹⁰⁹, um einer Fortsetzung der früheren fehlerhaften Praxis entgegenzuwirken; das gilt in besonderem Maße für die Verpflichtung zu einer fachkundigen Begutachtung des zu Betreuenden, weshalb Kritik an der Möglichkeit eines Verzichts hierauf nach § 68b I 2 FGG geübt wird¹¹⁰.

Außerdem wird die *Stellung des Betroffenen im Verfahren* in mehrfacher Hinsicht *gestärkt*: gemäß § 66 FGG ist er unabhängig von seiner Geschäftsfähigkeit stets verfahrensfähig; als Ausdruck der Achtung seiner Selbstbestimmung werden ihm verschiedene Mitspracherechte eingeräumt¹¹¹; nicht zuletzt im Hinblick auf die Fehlerhaftigkeit früherer Vormundschaftsverfahren¹¹² sieht § 67 FGG die Möglichkeit oder Verpflichtung vor, dem Betroffenen einen Verfahrenspfleger zur Seite zu stellen, der Rechtsmacht hat, für den Betroffenen Verfahrenshandlungen vorzunehmen¹¹³.

e) Sozialrechtliche Komponente

Schon während des Reformprozesses war erkannt worden, daß ein Gelingen der Reform davon abhängen würde, daß die Rahmenbedingungen hierfür gegeben seien¹¹⁴: dem erhöhten Verfahrensaufwand entsprechende personelle Verstärkung bei den Vormundschaftsgerichten¹¹⁵, eine ausreichende personelle und finanzielle Ausstattung der Betreuungsbehörden, finanzielle Anreize für die Bildung von Betreuungsvereinen, damit diese eigene Mitarbeiter für Betreu-

¹⁰⁸ Auf der anderen Seite stehen dem Gericht zur Sicherung der Sachverhaltsermittlung auch gegen den Willen des Betroffenen Zwangsbefugnisse zu, die in dessen Freiheitsrechte eingreifen: es kann seine Vorführung oder temporäre Unterbringung zur Vorbereitung eines Gutachtens verfügen, für ersteres §§ 68 III, 68b III FGG, für letzteres § 68b IV, V FGG.

¹⁰⁹ Zum Umfang der Amtsermittlungspflicht nach § 12 FGG, z.B. BayObLG 5.11.1992, BtPrax 1993, 64.

¹¹⁰ Wegen § 1896 I 2 BGB, § 66 FGG könnte sich dadurch nämlich selbst ein Geschäftsunfähiger des durch § 68b I 1 FGG intendierten Schutzes begeben; unter dem Aspekt der Absenkung der Eingriffsschwelle äußern hiergegen Bedenken, *Damrau/Zimmermann*, BtG § 68b FGG RdNr. 12; MünchKomm-Schwab, § 1896 BGB RdNr. 64a, 102; *Pardey*, Betreuung 174 f.

¹¹¹ Bei der Zuziehung Dritter zu Anhörungen, § 68 IV 3, § 68a S.4 FGG, der Verschaffung des unmittelbaren Eindrucks in der üblichen Umgebung des Betroffenen, § 68 I 2.1. Alt. FGG sowie dem Verzicht des Betroffenen auf seine Begutachtung, § 68b I 2 FGG.

¹¹² Supra I.2.b bei Fn. 44 ff.

¹¹³ Er hat die Verfahrensstellung des Betroffenen, *Damrau/Zimmermann*, BtG § 67 FGG RdNr. 17.

¹¹⁴ *Schulte*, ZRP 1986, 254; *Bienwald*, FamRZ 1987, 544 f.; *Schumacher/Jürgens*, R & P 1988, 2 ff. (13); *Zenz/v.Eicken/Ernst/Hofmann*, 35, insb hinsichtlich des Potentials an Betreuern.

¹¹⁵ Dies fordern z.B. *Schumacher/Jürgens*, supra Vornote; *Schumacher*, ZRP 1989, 8.

ungsaufgaben stellen und zudem ehrenamtliche Betreuer gewinnen, unterstützen und beraten (§ 1908f I Nr. 2), vor allem aber die Förderung der Bereitschaft der Bürger zur Übernahme von Individualbetreuungen. Letzterem hat das Betreuungsgesetz durch die neugefaßten Vergütungsvorschriften der §§ 1835, 1836, 1836a entsprechen wollen¹¹⁶; und für die Betreuungsbehörden und Betreuungsvereine hat das Betreuungsgesetz lediglich den Rahmen vorgegeben. Gefordert sind flankierende sozialrechtliche Maßnahmen¹¹⁷ und staatliche Mittel zur Schaffung der erforderlichen Infrastruktur¹¹⁸; insbesondere geht es um die Einrichtung von Planstellen bei Gerichten und Betreuungsbehörden, Fördermittel für Betreuungsvereine, die Ermöglichung häuslicher Pflege durch die Pflegeversicherung etc. Die Bilanz nach sieben Jahren Betreuungsgesetz fällt hier überwiegend negativ aus^{118a}. Dieses ist ein weites Feld, auf das in dieser Arbeit nicht weiter eingegangen werden kann.

3. Die Reform durch das Betreuungsänderungsgesetz

Schon seit der Reformdiskussion ist das Betreuungsrecht auf heftige Kritik gestoßen, die zu einem Teil auf überzogenen Erwartungen beruhen dürfte¹¹⁹, aber auch inhaltlich nicht durchwegs berechtigt ist, wie diese Untersuchung für einige Teilaspekte zeigen wird. Jedenfalls hat der Gesetzgeber sich durch diese Kritik auf den Plan gerufen gefühlt, um einige in der Praxis besonders kontroverse oder als unbefriedigend empfundene Regelungen zu reformieren¹²⁰.

Das Betreuungsrechtsänderungsgesetz vom 25.6.1998 (BtÄndG)¹²¹ widmet sich hauptsächlich zwei Fragen: zum einen einer umfänglichen Neuordnung der Vorschriften über die Aufwandsentschädigung und Vergütung des Betreuers¹²² und Verfahrenspflegers¹²³, weil die bisherigen Vorschriften als nicht befriedi-

¹¹⁶ Schon früh kritisch zur Effizienz finanzieller Anreize für die Gewinnung ehrenamtlicher Betreuer, z.B. *Wesche*, DAV 1990, 189; *Hülshoff*, Beiträge 157; zu weiterer Kritik an diesen Vorschriften und deren Novellierung durch das BtÄndG sub 3 bei Fn. 125.

¹¹⁷ *Zenz/v.Eicken/Ernst/Hofmann*, 69; *Diederichsen*, FS-Keller 7.

¹¹⁸ Beides angesprochen z.B. bei *Schulte*, ZRP 1986, 254.

^{118a} Siehe *Bienwald*, Betreuungsrecht Einf. RdNr. 66 ff.

¹¹⁹ So auch *Holzhauser*, FamRZ 1995, 1463.

¹²⁰ Vgl. die allgemeine Begründung des Regierungsentwurfs, BR-Drs. 690/96, 11 I.Sp. vor A; der Regierungsentwurf basiert auf einem Referentenentwurf v. 7.2.1996 (BMJ 3475/4); er wurde in modifizierter Form (BT-Drs. 13/7158) eingebracht und auf zahlreiche Änderungswünsche des Bundesrates (BT-Drs. 13/7158 Anlage 2) hin im Rechtsausschuß umfassend geändert, dazu BT-Drs. 13/10331; trotzdem rief der BRat vor allem hinsichtlich der Regelung der Vergütung und des Aufwandsersatzes den Vermittlungsausschuß an; die dort erzielte Einigung wurde dann schließlich am 25.6.1998 verabschiedet; dazu *Dodegge*, NJW 1998, 3073.

¹²¹ BGBl. 1998 I 1580; gemäß Art. 5 überwiegend zum 1.1.1999 in Kraft getreten.

¹²² §§ 1835–1836e BGB i.d.F. des BtÄndG, dazu die eingehende Begründung in BT-Drs. 13/7158, 11–18, 22–33 sowie in BT-Drs. 13/10331, 27.

¹²³ § 67 III FGG i.d.F. des BtÄndG mit Teilverweisung auf die für den Betreuer geltende Regelung, dazu BR-Drs. 960/96, 37 f.