

# Grundfragen der Einschränkung der zivilrechtlichen Handlungsfähigkeit

## – Das Rechtsinstitut der Betreuung im Spiegel der allgemeinen Regeln zu Geschäftsfähigkeit und gesetzlicher Vertretung –

Von Privatdozentin Dr. CONSTANZE JANDA, Jena

Mit der Geburt beginnt die Rechtsfähigkeit des Menschen. Diese in § 1 BGB normierte Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, geht jedoch nicht mit der unbedingten rechtsgeschäftlichen Handlungsfähigkeit einher. Diese ist zu Beginn des Lebens gar nicht und im weiteren Verlauf des Lebens bis zur Volljährigkeit nur eingeschränkt gegeben. Wird die tatsächliche Fähigkeit zur Besorgung der eigenen Angelegenheiten aufgrund einer Krankheit oder Behinderung gemindert, kann auch bei Volljährigkeit die Handlungsfähigkeit beschränkt werden. Das seit nunmehr 20 Jahren in Kraft befindliche Betreuungsrecht belässt dem Betreuungsbedürftigen grundsätzlich die Geschäftsfähigkeit. Gleichwohl ist ihm mit dem Betreuer ein gesetzlicher Vertreter zur Seite gestellt, sodass im Einzelfall die Selbstbestimmung des Betreuten eingeschränkt ist. Aus diesem Grund erfährt die Konzeption des Betreuungsrechts anhaltend Kritik.<sup>1</sup>

### A. Die Sicherung der Selbstbestimmung als Anliegen des Betreuungsrechts

Die Fähigkeit, Rechtsgeschäfte wirksam abschließen, also Willenserklärungen abgeben und empfangen zu können,<sup>2</sup> spricht das BGB grundsätzlich jedermann zu. Die Regelungen zur Geschäftsunfähigkeit (§ 104 BGB) und zur beschränkten Geschäftsfähigkeit (§ 106 BGB) erweisen sich insofern als Ausnahmetatbestände.<sup>3</sup> Sie beschränken die Privatautonomie, d. h. die in Art. 2 Abs. 1 GG gründende Freiheit zum eigenverantwortlichen und selbstbestimmten Handeln im Privatrechtsverkehr. Ihre Ursache und Rechtfertigung beziehen die §§ 104 ff. BGB aus dem Umstand, dass die Fähigkeit, die eigenen Angelegenheiten selbstbestimmt durch Rechtsgeschäfte zu regeln, die Fähigkeit zur Selbstbestimmung zwingend voraussetzt.<sup>4</sup>

Die Bewältigung der eingeschränkten Entscheidungsfähigkeit seelisch kranker oder geistig behinderter Menschen war bis 1992 den Rechtsinstitutionen der Entmündigung und der Vormundschaft zugewiesen. Wer nach § 6 BGB a. F. aufgrund einer Geisteskrankheit entmündigt wurde, war gemäß § 104 Nr. 3 BGB a. F. geschäftsunfähig. Beruhte die Entmündigung auf einer Geistesschwäche, Verschwendung, Trunksucht oder Rauschgiftsucht, hatte sie die beschränkte Geschäftsfähigkeit des Entmündigten nach § 114 BGB a. F. zur Folge. Der Entmündigte erhielt nach § 1896 BGB a. F. einen Vormund, der für ihn an seiner Stelle im Rechtsverkehr auftrat. War der Betroffene dagegen wegen einer körperlichen oder geistigen Erkrankung lediglich an der Besorgung einzelner Angelegenheiten gehindert, wurde eine Gebrechlichkeitspflegschaft angeordnet, welche die Geschäftsfähigkeit gemäß § 1910 BGB a. F. explizit unberührt ließ.<sup>5</sup>

Inbesondere der vollständige Verlust der rechtsgeschäftlichen Handlungsfähigkeit Volljähriger wurde als stigmatisierend empfunden. Mit dem Betreuungsrecht ist daher ein neues, die Regelungen der Gebrechlichkeitspflegschaft aufnehmendes<sup>6</sup> Instrumentarium geschaffen worden. Die Reform war von dem Anliegen getragen, das Selbstbestimmungsrecht des Betreuungsbedürftigen weitmöglich zu erhalten und ihm die Möglichkeit der Teilnahme am Rechtsverkehr einzuräumen.<sup>7</sup>

### B. Voraussetzungen der Betreuung

Die Anordnung der Betreuung setzt nach § 1896 Abs. 1 S. 1 BGB voraus, dass ein Volljähriger aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung ganz oder teilweise außerstande ist, seine Angelegenheiten zu besorgen. Notwendig ist ein medizinischer Befund, der kausal das Vermögen zur Regelung der eigenen Angelegenheiten ausschließt.<sup>8</sup>

#### I. Defizite in der freien Willensbildung

Voraussetzung und Schwerpunkt der Beurteilung der Betreuungsbedürftigkeit sind also Defizite bei der Bildung und Steuerung des eigenen Willens<sup>9</sup> und dessen Umsetzung im rechtsgeschäftlichen Verkehr. Diese Defizite müssen die Bestellung eines Betreuers erfordern, dürfen mithin nach § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB nicht anderweitig, namentlich durch Erteilung einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht,<sup>10</sup> zu bewältigen sein. Schließlich soll die Betreuung nur einzelne Aufgabenfelder zum Gegenstand haben, an deren selbstständiger Wahrnehmung der Betreute gehindert ist, § 1896 Abs. 2 S. 1 BGB. Diese Regelung sichert die Subsidiarität und Flexibilität der Betreuung.<sup>11</sup>

#### II. Geschäfts(un)fähigkeit und Betreuungsbedürfnis

Nicht erforderlich ist jedoch, dass die Defizite in der Ein- und Steuerungsfähigkeit ein Ausmaß annehmen, das die

- 1 So bereits *Bürgle*, NJW 1988, 1881, 1884; *Schwab*, FS Paul Mikat 1989, S. 892; *Pöschl*, Die Anordnungsvoraussetzungen der Betreuung, 1999, S. 111; *Enderlein*, JR 1998, 485, 487; *Neuhäuser*, RNotZ 2003, 158, 163; *Probst*, ZRP 2001, 426, 429; *Hedemann*, AcP 209 (2009) 668, 688. Zu den praktischen Problemen *Günther/Stamer*, Forum Recht 2011, 44, 45 f.
- 2 *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. 1992, Bd. II, § 13 1; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2012, § 60 Rz. 14.
- 3 *MünchKomm/Schmitt*, BGB, 6. Aufl. 2012, § 104 Rz. 2; *Czeguhn*, Geschäftsfähigkeit, beschränkte Geschäftsfähigkeit, Geschäftsunfähigkeit, 2003, Rz. 19; *Löhnig/Schärtl*, AcP 204 (2004) 25, 26.
- 4 *Flume* [Fn. 2], Bd. II, § 13 1.
- 5 *BGHZ* 48, 147, 159. Eingehend zur Rechtslage vor Inkrafttreten des Betreuungsrechts v. *Sachsen Gessaphe*, Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige, 1999, S. 10 ff.; *Pöschl*, Die Anordnungsvoraussetzungen der Betreuung, 1999, S. 23 ff., sowie *Schwab*, FS Paul Mikat 1989, S. 884 ff.
- 6 BT-Drucks. 11/4528, S. 62.
- 7 BT-Drucks. 11/4528, S. 52; *Schwab*, FS Paul Mikat 1989, S. 883; *Jurgeleit*, RPfleger 1995, 282; *Pöschl* [Fn. 5], S. 34; *Czeguhn* [Fn. 3], Rz. 39; *Probst*, ZRP 2001, 426, 427; *Spiekhoff*, AcP 208 (2008) 345, 360 f.
- 8 Ausführlich v. *Sachsen Gessaphe* [Fn. 5], S. 200 ff.; *Pöschl* [Fn. 5], S. 39 ff.; *MünchKomm/Schwab*, BGB, 6. Aufl. 2012, § 1896 Rz. 8 ff.
- 9 *Veit*, FamRZ 1996, 1309, 1312; *Neuhäuser*, RNotZ 2003, 158, 159.
- 10 Eingehend *Kieß*, in: *Jurgeleit*, Betreuungsrecht, 2. Aufl. 2010, § 1902 BGB Rz. 8; *Veit*, FamRZ 1996, 1309, 1310 f.
- 11 *Veit*, FamRZ 1996, 1309.

Geschäftsunfähigkeit i. S. von § 104 Nr. 2 BGB zur Folge hat. Die rechtsgeschäftliche Handlungsfähigkeit als solche ist im Rahmen von § 1896 BGB ohne Relevanz. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus § 1896 Abs. 1 S. 2 BGB, der explizit Geschäftsunfähigen die Möglichkeit zur Beantragung einer Betreuung einräumt und das Rechtsinstitut damit für alle Personen mit Defiziten in der Willensbildung, unabhängig von deren Grad, eröffnet.

Gleichwohl überschneiden sich die Voraussetzungen der Betreuung teilweise mit den in § 104 Nr. 2 BGB normierten Kriterien. Danach ist die Handlungsfähigkeit im rechtsgeschäftlichen Verkehr ausgeschlossen, wenn sich eine Person nicht lediglich vorübergehend in einem Zustand befindet, der die freie Willensbildung ausschließt. Ursache der fehlenden Willensbildung muss eine krankhafte Störung der Geistestätigkeit sein. Insofern bilden die Betreuungsmerkmale der geistigen oder seelischen Behinderung durchaus ein Indiz für das Fehlen der Geschäftsfähigkeit. Der Betreuungsbedarf kann sich jedoch gerade in einem Stadium zwischen voller und völlig abwesender Geschäftsfähigkeit manifestieren, in dem die Fähigkeit zur freien Willensbildung zwar erheblich beeinträchtigt ist, aber noch nicht in einem Ausmaß, das auf Geschäftsunfähigkeit schließen lässt.<sup>12</sup>

Eine Ausnahme bildet insofern die Betreuung im Drittinteresse, setzt das Betreuungsbedürfnis doch grundsätzlich an den eigenen Angelegenheiten des Betreuten an. Gleichwohl können Dritte ein sachlich begründetes Interesse an der Betreuung haben, etwa der Vertragspartner eines Dauerschuldverhältnisses, der dieses kündigen möchte. Für diese Fälle wird nach weit verbreiteter Ansicht vor dem Hintergrund der Subsidiarität der Betreuung die positive Feststellung der Geschäftsunfähigkeit gefordert: Nur wenn der andere keine Möglichkeiten habe, seine Interessen zu verfolgen, sei die Betreuung angezeigt. Dies zeige sich regelmäßig nur bei Geschäftsunfähigen, die nicht lediglich von der aktiven, sondern auch von der passiven Teilnahme am Rechtsverkehr ausgeschlossen sind, vgl. § 131 BGB.<sup>13</sup>

### C. Auswirkungen der Betreuerbestellung auf die rechtsgeschäftliche Handlungsfähigkeit des Betreuten

Die Geschäftsfähigkeit wird auch durch die Bestellung eines Betreuers nicht tangiert. Ist der Betreute geschäftsunfähig i. S. von § 104 Nr. 2 BGB, wird er durch die Betreuung nicht geschäftsfähig. Der geschäftsfähige Betreute wird umgekehrt nicht zum Geschäftsunfähigen.<sup>14</sup> Die Betreuung verändert also nicht die vorgefundene Handlungsfähigkeit, sondern ergänzt sie. Der Betreuer fungiert nach § 1902 BGB im Rahmen des ihm zugewiesenen Aufgabenkreises als gesetzlicher<sup>15</sup> Vertreter des Betreuten. Diese Vertretung konkurriert unter Umständen mit der eigenen Geschäftsfähigkeit des Betreuten.

#### I. Rechtsnatur der Vertretungsmacht des Betreuers

Die Anordnung einer gesetzlichen Vertretungsmacht findet ihren Grund in der objektiv fehlenden Einsichts- und Selbstbestimmungsfähigkeit des Vertretenen.<sup>16</sup> Sie ist ein Mittel, dem Vertretenen einerseits die Teilnahme am Rechtsverkehr zu ermöglichen und ihm andererseits besondere Fürsorge zuteil werden zu lassen.<sup>17</sup> Diese Erwägung trägt auch die Vertretungsmacht der Sorgeberechtigten für ihre Kinder nach § 1629 Abs. 1 S. 1 BGB. Im Gegensatz dazu beruht die rechtsgeschäftlich erteilte Vollmacht auf der eigenen Einschätzung des Vollmacht-

gebers, der Vertreter sei zur Erledigung des angestrebten Geschäfts besser berufen als er selbst.<sup>18</sup> Diente die Betreuung allein der Ermöglichung der Teilnahme am Rechtsverkehr, spräche dies jedoch gerade gegen ihre Anordnung bei Geschäftsfähigen, denn diese verfügen ja über diese Fähigkeit – wenngleich dies nicht immer zweifelsfrei feststehen mag.<sup>19</sup> Der allgemeinen Fürsorge für den seelisch Kranken oder geistig Behinderten kommt folglich ebenso großes Gewicht zu.<sup>20</sup>

Im rechtsgeschäftlichen Verkehr nimmt die Vertretung durch den Betreuer eine Zwischenstellung zwischen der auf einer Willenserklärung beruhenden Bevollmächtigung und der ohne jede Berücksichtigung des Willens des Kindes entstehenden elterlichen Vertretungsmacht ein. Denn das Betreuungsverfahren kann nach § 1896 Abs. 1 S. 1 BGB zwar auch von Amts wegen eingeleitet werden. Die Bestellung soll und darf jedoch nicht gegen den frei gebildeten Willen des Betreuten erfolgen, § 1896 Abs. 1a BGB. Dabei ist auf den natürlichen Willen abzustellen, der dem Einzelnen die Einsicht in Voraussetzungen und Notwendigkeit einer Betreuerbestellung und die Fähigkeit zur entsprechenden Steuerung seines Verhaltens eröffnet. Fehlt es an dieser Einsichts- und Steuerfähigkeit, ist der Widerspruch gegen die Betreuung unbeachtlich.<sup>21</sup> Der natürliche Wille hat zwar gerade keine rechtsgeschäftliche Qualität. Ist die Freiwilligkeit aber zwingende Voraussetzung für die Begründung des Vertretungsverhältnisses, wiegen insbesondere bei geschäftsfähigen Betreuten die Bezüge zur Bevollmächtigung schwerer als die Anordnungsgründe der „klassischen“ gesetzlichen Vertretung. Für die Gebrechlichkeitspflegschaft, deren Regeln Vorbild für das Betreuungsrecht waren, hat der BGH dies explizit festgestellt: Der Pfleger eines Geschäftsfähigen sei, wenngleich seine Vertretungsmacht auf einem Hoheitsakt statt auf Erteilung einer Vollmacht beruht, Bevollmächtigter i. S. von § 166 BGB.<sup>22</sup> Von dieser Rechtsfigur des „staatlich bestellten Bevollmächtigten“ hat sich der Gesetzgeber bei Erlass des Betreuungsrechts zwar ausdrücklich distanziert und die Betreuung als gesetzliche Vertretung an-

12 Pöschl [Fn. 5], S. 43.

13 Statt vieler *MünchKomm/Schwab* [Fn. 8], § 1896 Rz. 22, m. w. N.; kritisch *Neuhausen*, RNotZ 2003, 158, 159 f. – bloße Wahrscheinlichkeit der Geschäftsunfähigkeit genügt.

14 *Veit*, FamRZ 1996, 1309, 1310; *Lipp*, FamRZ 2003, 721, 722; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, § 76 Rz. 69.

15 So die ganz h. M., vgl. nur *MünchKomm/Schwab* [Fn. 8], § 1902 Rz. 9; *Bieg*, in: *jurisPK-BGB*, 5. Aufl. 2010, § 1902 Rz. 1; *Gernhuber/Coester-Waltjen* [Fn. 14], § 76 Rz. 60.

16 *Erman/Palm*, BGB, 13. Aufl. 2011, vor § 164 Rz. 12; *Staudinger/Bienwald*, BGB, 2006, § 1902 Rz. 10; *Holzhauser*, FamRZ 1995, 1463, 1464; *Spickhoff*, AcP 208 (2008) 345, 357.

17 *Thiele*, Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft, 1966, S. 71; *Pöschl* [Fn. 5], S. 54 ff. Vgl. auch *Staudinger/Bienwald* [Fn. 16], § 1902 Rz. 10: Die gesetzliche Vertretung begründe eine Ersatzzuständigkeit, weil der Vertretene selbst nicht wirksam agieren kann.

18 Grundlegend *Thiele* [Fn. 17], S. 58 ff.

19 *Pöschl* [Fn. 5], S. 63.

20 Wenngleich die damit einhergehende sozialrechtliche Komponente des Betreuungsverhältnisses bislang noch nicht im gebührenden Maße Eingang in die Rechtssetzung gefunden hat, dazu *Schulte*, FPR 2012, 24, 26.

21 *Schwab*, FS Paul Mikat 1989, S. 891; *Neuhausen*, RNotZ 2003, 158, 159; *Spickhoff*, AcP 208 (2008) 345, 365; *Pöschl* [Fn. 5], S. 77; *Dodegge*, FPR 2008, 591; *MünchKomm/Schwab* [Fn. 8], § 1896 Rz. 29; eingehend v. *Sachsen Gessaphe* [Fn. 5], S. 415 ff. Dazu auch *BGH*, FamRZ 2011, 630 = FGPrax 2011, 119, sowie *BGH*, FamRZ 2012, 869.

22 *BGHZ* 48, 147, 160 f.

gelegt.<sup>23</sup> Die gesetzliche Konzeption dieses Vertretungsverhältnisses ist jedoch so stark an die Bevollmächtigung angenähert, dass das Anliegen des Gesetzgebers nicht eindeutig und klar zutage tritt.

## II. Reichweite der Vertretungsmacht

Diese Parallelen setzen sich beim Umfang der Vertretungsmacht fort. Die Betreuung folgt dem Prinzip der Erforderlichkeit: Sie ist gemäß § 1896 Abs. 2 BGB beschränkt auf die Handlungsfelder, zu deren Besorgung der Betreuungsbedürftige nicht in der Lage ist.

### 1. Außenverhältnis

Die Vertretungsmacht des Betreuers richtet sich nach dem ihm zugewiesenen Aufgabenkreis. Insofern genießt er weniger Handlungsbefugnisse als die gesetzlichen Vertreter nach § 1629 Abs. 1 BGB, welche zur Besorgung der gesamten personen- und vermögensbezogenen Angelegenheiten des Kindes berechtigt und verpflichtet sind.<sup>24</sup> Nur ausnahmsweise können und sollen dem Betreuer alle Angelegenheiten des Betreuungsbedürftigen zur Wahrnehmung zugewiesen werden.<sup>25</sup> Die §§ 164 ff. BGB kommen bei gewillkürten ebenso wie bei gesetzlichen Vertretungsverhältnissen zur Anwendung. Überschreitet der Betreuer die aus dem Betreuungsbeschluss folgende Zuständigkeit, handelt er ohne Vertretungsmacht i. S. von § 177 BGB. Der in der Bestellungsurkunde wiedergegebene Umfang bestimmt folglich die Reichweite der Vertretungsmacht des Betreuers im Außenverhältnis.

### 2. Kollidierende Willenserklärungen des geschäftsfähigen Betreuten

Die Vertretungsmacht des Betreuers verdrängt die eigene Zuständigkeit<sup>26</sup> des Betreuten zur Regelung seiner Angelegenheiten nicht. Es besteht eine sogenannte Doppelzuständigkeit zwischen Betreutem und Betreuer.<sup>27</sup> Auch hier ist die Betreuung der gewillkürten Stellvertretung näher als der gesetzlichen Vertretungsmacht: Die Bevollmächtigung eines Vertreters lässt die eigene Handlungsfähigkeit des Vertretenen ebenfalls unberührt.<sup>28</sup> Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass ein geschäftsfähiger Betreuer und sein Betreuer kollidierende Willenserklärungen abgeben. Dies gilt trotz des in § 1901 Abs. 2, Abs. 3 BGB enthaltenen Gebots, die Betreuung am Wohl des Betreuten und dessen Wünschen und Wertvorstellungen auszurichten. Im Außenverhältnis zwischen Betreuer und Drittem sind die Wünsche des Betreuten im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs unbeachtlich, solange das Geschäft in den Aufgabenkreis des Betreuers fällt.<sup>29</sup> Während Anweisungen des Vertretenen bei der rechtsgeschäftlich erteilten Vertretungsmacht jedenfalls im Innenverhältnis maßgeblich sind,<sup>30</sup> ihre Missachtung also Ersatzansprüche des Vertretenen auslösen kann, schränkt § 1901 Abs. 3 S. 1 BGB die Wirkmacht des Willens des Betreuten auch im Innenverhältnis ein. Beachtlich ist dieser Wille nur, wenn er dem Wohl des Betreuten dient und seine Erfüllung dem Betreuer zumutbar ist. Das Maß der Verbindlichkeit der Anweisungen des Betreuten richtet sich daher, anders als bei der Vollmacht, vornehmlich nach objektiven Maßstäben,<sup>31</sup> wiewohl diese insofern subjektiviert sind, als § 1901 Abs. 2 S. 2 BGB das Interesse des Betreuten an einer eigenverantwortlichen Gestaltung seines Lebens dem „Wohl-Begriff“ zuordnet.<sup>32</sup> Setzt sich der Betreuer bewusst über das Wohl des Betreuten und dessen Wünsche hinweg, missbraucht er die Vertretungsmacht, weil er damit auch die im Innenverhältnis gesetzten Grenzen des rechtlichen Dürfens überschreitet. Ein kollusives Zusammenwirken des Betreuers mit einem Dritten ist in diesem Zusam-

menhang ebenso unzulässig wie andere Formen des Missbrauchs der Vertretungsmacht.<sup>33</sup>

Liegt ein Missbrauch nicht vor, sind die kollidierenden Willenserklärungen des geschäftsfähigen Betreuten und des Betreuers im Außenverhältnis gleichermaßen wirksam.<sup>34</sup> Widersprechen sich die Erklärungen in ihren Rechtswirkungen, bieten die allgemeinen, bei der gewillkürten Vertretung geltenden Regeln Abhilfe: Bei widersprechenden Verfügungen gilt das zeitlich früher abgeschlossene Geschäft (Prioritätsprinzip).<sup>35</sup> Die im Rahmen eines Verpflichtungsgeschäfts versprochenen Leistungen sind gegebenenfalls unmöglich i. S. von § 275 Abs. 1 BGB. Die Folgen der sich daran anschließenden Befreiung von der Leistungspflicht (§ 275 Abs. 4 i. V. mit § 326 Abs. 1 BGB) hat der Geschäftsherr zu vertreten,<sup>36</sup> sofern nicht im Einzelfall seine Verantwortlichkeit nach §§ 276 Abs. 1 S. 2, 828 S. 1 BGB so stark gemindert ist, dass er trotz gegebener Geschäftsfähigkeit nicht verschuldensfähig ist.

## III. Die Bedeutung des Einwilligungsvorbehalts

Die auf Rechtsfolgenebene bestehende Nähe zur gewillkürten Stellvertretung wird durch den Einwilligungsvorbehalt nach § 1903 BGB durchbrochen. Vielfach als „Reminiszenz an die Entmündigung“<sup>37</sup> bezeichnet, führt er dazu, dass Willenserklä-

- 23 BT-Drucks. 11/4528, S. 137; zustimmend *Schwab*, FamRZ 1992, 493, 504; *MünchKomm/Schwab* [Fn. 8], § 1902 Rz. 9; kritisch *Veit*, FamRZ 1996, 1309, 1314.
- 24 *Jurgleit*, RPflegler 1995, 282; *Holzhauser*, FamRZ 1995, 1463, 1466.
- 25 BT-Drucks. 11/4528, S. 121.
- 26 Eingehend zur Zuständigkeit als Rechtskonzept *Thiele* [Fn. 17], S. 14 ff.
- 27 *Erman/Roth*, BGB, 13. Aufl. 2011, § 1902 Rz. 3; *Staudinger/Bienwald* [Fn. 16], § 1902 Rz. 11; *Kieß* [Fn. 10], § 1902 BGB Rz. 18; *Gernhuber/Coester-Waltjen* [Fn. 14], § 76 Rz. 8; *Holzhauser*, FamRZ 1995, 1463, 1465.
- 28 Ganz h. M., vgl. *BGHZ* 3, 354, 358; 20, 363, 365; *MünchKomm/Schramm*, BGB, 6. Aufl. 2012, § 164 Rz. 135; *Erman/Palm* [Fn. 16], § 167 Rz. 1; *Palandt/Ellenberger*, BGB, 71. Aufl. 2012, § 167 Rz. 15.
- 29 *BGHZ* 176, 262, 271 = FamRZ 2008, 1404; *Jurgleit*, RPflegler 1995, 282; *Neuhausen*, RNotZ 2003, 158, 166; *Bienwald*, BtPrax 2005, 220; *Kieß* [Fn. 10], § 1902 BGB Rz. 3; *Gernhuber/Coester-Waltjen* [Fn. 14], § 76 Rz. 60; *Erman/Roth* [Fn. 27], § 1902 Rz. 17; v. *Sachsen Gessaphe* [Fn. 5], S. 141. A. A. *Veit*, FamRZ 1996, 1309, 1316; Familienrechtliche Vertretungsverhältnisse seien so stark durch die Interessen des Vertretenen geprägt, dass diese auch im Außenverhältnis maßgeblich seien.
- 30 *Erman/Palm* [Fn. 16], vor § 164 Rz. 6; *MünchKomm/Schramm* [Fn. 28], § 164 Rz. 96.
- 31 *Spiekhoff*, AcP 208 (2008) 345, 352; *Gernhuber/Coester-Waltjen* [Fn. 14], § 76 Rz. 59; eingehend *Brosey*, Wunsch und Wille des Betreuten, 2009, S. 37 f.
- 32 *MünchKomm/Schwab* [Fn. 8], § 1901 Rz. 10; v. *Sachsen Gessaphe* [Fn. 5], S. 208.
- 33 *Kieß* [Fn. 10], § 1902 BGB Rz. 49 f.; *Neuhausen*, RNotZ 2003, 158, 166; *MünchKomm/Schwab* [Fn. 8], § 1902 Rz. 16; *Biegl* [Fn. 15], § 1902 Rz. 6.
- 34 Nach dem vormalig geltenden Recht der Gebrechlichkeitspflegschaft war dem Willen des Pflegebedürftigen noch der Vorrang eingeräumt: *BGHZ* 48, 147, 160.
- 35 *Neuhausen*, RNotZ 2003, 158, 179; *Kieß* [Fn. 10], § 1902 BGB Rz. 18; *Veit*, FamRZ 1996, 1309, 1315; *Biegl* [Fn. 15], § 1902 Rz. 7; *MünchKomm/Schwab* [Fn. 8], § 1902 Rz. 21; *Erman/Roth* [Fn. 27], § 1902 Rz. 20, weist auf die fehlende praktische Relevanz dieser Möglichkeit hin.
- 36 *MünchKomm/Schramm* [Fn. 28], § 164 Rz. 138.
- 37 *Schwab*, FamRZ 1990, 681, 683; ähnlich *Pöschl* [Fn. 5], S. 36; *Neuhausen*, RNotZ 2003, 158, 163; *Kieß* [Fn. 10], § 1903 BGB Rz. 5.

rungen des Betreuten der Zustimmung des Betreuers bedürfen. Die §§ 108–113 BGB gelten gemäß § 1903 Abs. 1 S. 2 BGB entsprechend, freilich beschränkt auf die in den Aufgabenbereich des Betreuers fallenden Geschäfte.<sup>38</sup> § 1903 Abs. 3 S. 1 BGB gibt die in § 107 BGB verankerte Regel wieder, dass rechtlich vorteilhafte Geschäfte zustimmungsfrei abgeschlossen werden können. § 1903 Abs. 3 S. 2 BGB räumt schließlich dem unter Einwilligungsvorbehalt stehenden Betreuten die Möglichkeit zum selbstständigen Abschluss von Alltagsgeschäften ein, die das Gericht im Betreuungsbeschluss jedoch beschränken kann.<sup>39</sup>

### 1. Partielle beschränkte Geschäftsfähigkeit

Die Anordnung des Einwilligungsvorbehalts ist ebenso wenig wie die Betreuerbestellung selbst von der Geschäfts(un)fähigkeit abhängig. Einzige Voraussetzung – neben dem objektiven und subjektiven Betreuungsbedürfnis nach § 1896 BGB<sup>40</sup> – ist, dass die Anordnung erforderlich ist, um eine erhebliche Gefahr von der Person oder dem Vermögen des Betreuten abzuwenden.<sup>41</sup> Der Einwilligungsvorbehalt dient also dem Schutz des Betreuten<sup>42</sup> und beschränkt zu diesem Zweck dessen rechtsgeschäftliche Handlungsbefugnis.<sup>43</sup>

Trotz der Verweisung auf die zentralen Rechtsfolgen der beschränkten Geschäftsfähigkeit führt der Einwilligungsvorbehalt keine solche, einem Minderjährigen vergleichbare Rechtsposition des Betreuten herbei. Er begründet vielmehr eine lediglich partielle beschränkte Geschäftsfähigkeit, die sich nur auf die Rechtsgeschäfte erstreckt, bei denen eine Gefährdung der Interessen des Betreuten droht.<sup>44</sup> Die Handlungsfähigkeit des unter Einwilligungsvorbehalt stehenden Betreuten reicht folglich weiter als die des beschränkt Geschäftsfähigen, der auch keine geringfügigen Alltagsgeschäfte abschließen darf, solange sie nicht rechtlich vorteilhaft sind.<sup>45</sup>

### 2. Auswirkungen des Einwilligungsvorbehalts bei Geschäftsunfähigkeit des Betreuten

Da die Geschäftsfähigkeit des Betreuten kein relevantes Entscheidungskriterium für die Anordnung des Einwilligungsvorbehalts ist, kommt diese grundsätzlich auch bei Geschäftsunfähigen in Betracht.<sup>46</sup> Ihre Rechtsfolgen sind jedoch mit den Regeln des Allgemeinen Teils nicht kongruent. Denn nach § 105 BGB ist die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen nichtig, mithin von Anfang an nicht existent, sodass der in § 1903 Abs. 1 S. 2 BGB angelegte Schwebezustand bis zur Einwilligung des Betreuers gar nicht eintreten kann.<sup>47</sup>

Diese Abweichung von den allgemeinen Regeln ließe sich allenfalls durch die Sichtweise erklären, nach der § 1903 BGB lex specialis zu § 105 BGB sei. Der Einwilligungsvorbehalt erweitere danach die Handlungsfähigkeit des Geschäftsunfähigen, indem dieser zumindest die schwebende Unwirksamkeit seiner Erklärungen, anstelle deren Nichtigkeit herbeiführte.<sup>48</sup> Da der Einwilligungsvorbehalt jedoch nicht der Ausdehnung, sondern gerade der Beschränkung der Handlungsfähigkeit des Betreuten um der Abwehr erheblicher Gefahren willen dient, vermag dieser Ansatz nicht zu überzeugen. Die Nichtigkeitsfolge des § 105 BGB bleibt unangetastet.<sup>49</sup>

Auch Alltagsgeschäfte nach § 105a BGB bilden keinen tauglichen Anwendungsbereich für die Anordnung des Einwilligungsvorbehalts bei Geschäftsunfähigen. Hier ist zwar ausnahmsweise die Wirksamkeit seiner Erklärungen angeordnet. Der in § 1903 BGB vorausgesetzte Schwebezustand besteht jedoch ebenfalls nicht, da die Wirksamkeit des nichtigen Rechtsgeschäfts erst eintritt, nachdem die Leistung bewirkt worden ist.

§ 105a BGB fingiert endgültig und ohne Möglichkeit der Rückabwicklung die Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts<sup>50</sup> unabhängig vom Bestand eines Verpflichtungsgeschäfts.<sup>51</sup> § 105a BGB verdrängt folglich § 1903 BGB.<sup>52</sup> Der Einwilligungsvorbehalt verhilft dem Geschäftsunfähigen im Ergebnis daher unter keinem denkbaren Gesichtspunkt zu rechtsgeschäftlicher Handlungsfähigkeit. Er ist damit ohne materiell-rechtlichen Gehalt,<sup>53</sup> wird aber unter dem Aspekt der Beweisbarkeit der fehlenden Geschäftsfähigkeit beim Abschluss einzelner Geschäfte für erforderlich und geboten gehalten.<sup>54</sup> Der Betreuer, der die Unwirksamkeit der Willenserklärung des Betreuten geltend machen

38 In Abweichung zum Recht der beschränkten Geschäftsfähigkeit ist im Betreuungsrecht kein Raum für einen beschränkten Generalkonkurrenz, da der Betreute gerade nicht in der Lage ist, von einer solchen Ermächtigung interessengerecht Gebrauch zu machen, dazu *Staudinger/Bienwald* [Fn. 16], § 1903 Rz. 67.

39 Die Beschränkung kommt in Betracht, wenn die volle Handlungsfreiheit den objektiven Interessen des Betreuten entgegensteht, namentlich bei Alkohol- oder Drogenabhängigkeit, vgl. nur *Neuhausen*, RNotZ 2003, 158, 164.

40 Der Einwilligungsvorbehalt ist „doppelt akzessorisch“ – sowohl im Hinblick auf das Bestehen der Betreuung, als auch im Hinblick auf den Aufgabenkreis des Betreuers, *Staudinger/Bienwald* [Fn. 16], § 1903 Rz. 23; *Erman/Roth* [Fn. 27], § 1903 Rz. 6.

41 Eingehend *Pöschl* [Fn. 5], S. 83; *Jürgens*, *Betreuungsrecht*, 4. Aufl. 1999, § 1903 BGB Rz. 2; *Brosey* [Fn. 31], S. 25 f.; *Dodegge*, *FuR* 2008, 381 f.; *Jaschinski*, in: *jurisPK-BGB*, 5. Aufl. 2010, § 1903 Rz. 24 ff.

42 *Enderlein*, JR 1998, 485, 486; *Schreieder*, *BtPrax* 1996, 96; *Spickhoff*, *AcP* 208 (2008) 345, 368.

43 *Schulte*, *FPR* 2012, 24, 25; *Pöschl* [Fn. 5], S. 108; *Brosey* [Fn. 31], S. 15; *Wedemann*, *AcP* 209 (2009) 668, 675; v. *Sachsen Gessaphe* [Fn. 5], S. 439; *MünchKomm/Schwab* [Fn. 8], § 1903 Rz. 3; *Staudinger/Bienwald* [Fn. 16], § 1903 Rz. 3.

44 Vgl. auch *Lipp*, *FamRZ* 2003, 721, 722: „bereichs- und gegenstandsbezogene beschränkte Geschäftsfähigkeit“. Nicht eindeutig dagegen der Gesetzgeber, *BT-Drucks.* 11/4528, S. 136.

45 *Erman/Roth* [Fn. 27], § 1903 Rz. 16.

46 Statt vieler *Staudinger/Bienwald* [Fn. 16], § 1903 Rz. 33; *Neuhausen*, RNotZ 2003, 158, 162, m. w. N. So der Wille des Gesetzgebers, *BT-Drucks.* 11/4528, S. 137. Ausführlich zur Betreuung Geschäftsunfähiger *Wedemann*, *AcP* 209 (2009) 668; *Lipp*, *FamRZ* 2003, 721.

47 *Jurgeleit*, *RPfleger* 1995, 282; *Schreieder*, *BtPrax* 1996, 96; *Pöschl* [Fn. 5], S. 108; *Löhnig/Schärtl*, *AcP* 204 (2004) 25, 31; *Spickhoff*, *AcP* 208 (2008) 345, 369. So auch für die Rechtslage vor Einführung der Betreuung *Flume* [Fn. 2], Bd. II, § 13 6.

48 *Enderlein*, JR 1998, 485, 491; inzwischen aufgegeben von *Jürgens* [Fn. 41], § 1903 BGB Rz. 16 (anders noch in der Voraufflage).

49 *Jurgeleit*, *RPfleger* 1995, 282, 283; *Schreieder*, *BtPrax* 1996, 96, 96; v. *Sachsen Gessaphe* [Fn. 5], S. 449; *Lipp*, *FamRZ* 2003, 721, 723; *Kieß* [Fn. 10], § 1903 Rz. 3; *Jürgens* [Fn. 41], § 1903 BGB Rz. 15; *MünchKomm/Schwab* [Fn. 8], § 1903 Rz. 59; *Staudinger/Bienwald* [Fn. 16], § 1903 Rz. 36.

50 Abgestellt wird auf den Vertrag, nicht auf die einzelne Willenserklärung, *Casper*, *NJW* 2002, 3425, 3429; *Wedemann*, *AcP* 209 (2009) 668, 677.

51 *Löhnig/Schärtl*, *AcP* 204 (2004) 25, 36; *Lipp*, *FamRZ* 2003, 721, 728; *Neuhausen*, RNotZ 2003, 158, 161; *Czeguhn* [Fn. 3], Rz. 54.

52 *Spickhoff*, *AcP* 208 (2008) 345, 370. Ausführlich zur Dogmatik des § 105a BGB *Casper*, *NJW* 2002, 3425, sowie *Löhnig/Schärtl*, *AcP* 204 (2004) 25.

53 *Schwab*, *FS Paul Mikat* 1989, S. 894; *Erman/Roth* [Fn. 27], § 1903 Rz. 13; *Holzhauser*, *FamRZ* 1995, 1463, 1466 f.

54 *Cypionka*, *NJW* 1992, 207, 209; *Dodegge*, *FuR* 2008, 381, 383; *Veit*, *FamRZ* 1996, 1309, 1316 f.; *Enderlein*, JR 1998, 485, 486; *MünchKomm/Schwab* [Fn. 8], § 1903 Rz. 18; *Kieß* [Fn. 10], § 1903 BGB Rz. 3; *Jaschinski* [Fn. 41], § 1903 Rz. 22; *Erman/Roth* [Fn. 27], § 1903 Rz. 3.

will, kann diese folglich durch Vorlage der Bestellsurkunde, in der der Einwilligungsvorbehalt dokumentiert ist, nachweisen. Der Geschäftsverkehr zieht daraus jedoch keinerlei Vorteile, sondern wird – im Gegenteil – mit der Unsicherheit belastet, dass die Geschäftsfähigkeit seines vermeintlichen Vertragspartners eingeschränkt ist.<sup>55</sup>

### 3. Der Einwilligungsvorbehalt bei geschäftsfähigen Betreuten

Sind die Voraussetzungen für einen Einwilligungsvorbehalt bei einem geschäftsfähigen Betreuten gegeben, setzt dieser also seine persönlichen oder vermögensrechtlichen Interessen durch den Gebrauch seiner fortbestehenden rechtsgeschäftlichen Handlungsfähigkeit Gefahren aus, sind die Auswirkungen des Einwilligungsvorbehalts nur schwer zu bestimmen.

Das Innenverhältnis zwischen Betreuer und Betreutem bleibt zunächst unberührt. Der Einwilligungsvorbehalt wirkt lediglich im Außenverhältnis und berechtigt den Betreuer zur Abgabe von Willenserklärungen im Namen des Betreuten, selbst wenn dieser mit deren Inhalt nicht einverstanden ist.<sup>56</sup> Grund und Rechtfertigung ist die Annahme, dass der vom Betreuten gebildete Wille dessen objektiv verstandenen Interessen zuwiderläuft. Dies erweist sich indes als problematisch, zieht es doch die paradoxe Folge nach sich, dass die Willenserklärung eines Geschäftsfähigen durch die Erklärung seines Vertreters ihre Wirksamkeit verliert und der Geschäftsfähige folglich nicht unbeschränkt selbstbestimmt handeln kann.<sup>57</sup> Mit der mit dem Betreuungsrecht verfolgten Intention größtmöglicher Selbstständigkeit ist dieser Befund nur schwer vereinbar. Er zieht daher den Vorwurf nach sich, dass Personen, die partiell nicht ihre eigenen Angelegenheiten regeln können, durch § 1903 BGB in Teilbereichen faktisch entmündigt würden.<sup>58</sup> Rechtstechnisch bewirkt der Einwilligungsvorbehalt nach dem Willen des Gesetzgebers nicht die beschränkte Geschäftsfähigkeit des Betreuten, sondern stellt lediglich deren Rechtsfolgen gleich.<sup>59</sup>

## D. Bewertung

Dieser Befund ist vom Anliegen der Betreuungsrechtsreform getragen, die vormalig geltende beschränkte Geschäftsfähigkeit Volljähriger nach § 114 BGB a. F. abzulösen. Dieser rechtspolitisch sicherlich begrüßenswerte Ansatz ist mit der Systematik des BGB indes nur schwer vereinbar.

### I. Das Betreuungsrecht als Fremdkörper im BGB

Dass die Annahme der fortbestehenden Geschäftsfähigkeit Basis der rechtswissenschaftlichen Einordnung der Betreuung sei, wird mit der Konzeption des bürgerlichen Rechts begründet, welches eine partielle, d. h. auf einzelne Geschäfte begrenzte beschränkte Geschäftsfähigkeit nicht kenne.<sup>60</sup> Vielmehr liege dem BGB ein „Alles-oder-Nichts“-Prinzip zugrunde, welches für Volljährige nur die volle Geschäftsfähigkeit oder die völlige Geschäftsunfähigkeit zulasse. Diesem Grundsatz würde auch die Anerkennung einer relativen Geschäftsunfähigkeit zuwiderlaufen, nach der sich die Geschäftsfähigkeit nach dem „Schwierigkeitsgrad“ eines einzelnen Rechtsgeschäfts richten würde. Werde das intellektuelle Verständnis des Erklärenden für den Inhalt des konkreten Geschäfts zur Beurteilungsgrundlage für dessen Wirksamkeit, gebe dies mit erheblicher Rechtsunsicherheit einher. Maßgebliches Kriterium für die Bewertung der Geschäftsfähigkeit müsse die freie Willensbildung sein, unabhängig von

den verstandesmäßigen Fähigkeiten des Einzelnen im Hinblick auf ein bestimmtes Geschäft.<sup>61</sup>

Dieses zwar „rigorose, aber einfache“<sup>62</sup> System wird den Gegebenheiten nicht gerecht. Betreute sind nicht voll geschäftsfähig, weil Defizite der Willensbildung und Verhaltenssteuerung bei der Besorgung der eigenen Angelegenheiten zwingende Voraussetzungen der Betreuung sind.<sup>63</sup> Dies gilt umso mehr in den Fällen, in denen die Anordnung des Einwilligungsvorbehalts in Betracht gezogen wird. Wäre der Betreute tatsächlich uneingeschränkt geschäftsfähig, stünde also seine grundsätzliche Fähigkeit zur eigenverantwortlichen Lebensführung nicht in Frage, erwiese sich der Einwilligungsvorbehalt als ein weit reichender Eingriff in die Privatsphäre und das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen, der unangemessen und unverhältnismäßig wäre.<sup>64</sup> Legt man die hergebrachte Bewertung zugrunde, erweist sich das Betreuungsrecht folglich als „Fremdkörper“ im System des BGB. Zumindest aber nimmt es im Zusammenspiel mit den allgemeinen Regeln über die Geschäftsfähigkeit und die üblicherweise daran anknüpfende Statuierung einer gesetzlichen Vertretungsmacht eine besondere Position ein.<sup>65</sup> Dies wirft die Frage auf, ob das Betreuungsrecht nicht im Grunde auf einer impliziten Anerkennung der relativen Geschäftsunfähigkeit beruht.

## II. Parallelen zur gesetzlichen Vertretungsmacht der Sorgeberechtigten

Durch die Verweisung auf das Recht der beschränkten Geschäftsfähigkeit in § 1903 Abs. 1 S. 2 BGB wird das Rechtsverhältnis zwischen Betreuer und dem unter Einwilligungsvorbehalt stehenden Betreuten in die Nähe der Eltern-Kind-Beziehung in ihrer rechtsgeschäftlichen Dimension gerückt. Diese auf gesetzlicher Anordnung beruhende Parallelität wird indes nicht durch eine Ähnlichkeit der ihr zugrunde liegenden Tatsachen reflektiert.

Die Anordnung der gesetzlichen Vertretungsmacht findet ihren Grund und ihre Rechtfertigung in der fehlenden eigenständigen Handlungsmacht des Vertretenen. So erklärt sich die Ver-

55 *Neuhausen*, RNotZ 2003, 158, 162; *Cypionka*, NJW 1992, 207, 208 f.; v. *Sachsen Gessaphe* [Fn. 5], S. 545.

56 *Bienwald*, BtPrax 2005, 220.

57 *MünchKomm/Schwab* [Fn. 8], § 1902 Rz. 14; *Fitt*, FamRZ 1996, 1309, 1313.

58 *Bürgle*, NJW 1988, 1881, 1884; *Schwab*, FS Paul Mikat 1989, S. 892; *Pöschl* [Fn. 5], S. 111; *Enderlein*, JR 1998, 485, 487; *Neuhausen*, RNotZ 2003, 158, 163.

59 BT-Drucks. 11/4528, S. 136.

60 Vgl. nur *Cypionka*, NJW 1992, 207, 209. Dies kritisch analysierend *Spickhoff*, AcP 208 (2008) 345, 382.

61 Vgl. die Nachweise bei *Münzemaier*, Die Wurzeln des Instituts der Geschäftsfähigkeit, 2003, S. 20 f.; *Larenz/Wolf* [Fn. 2], § 6 Rz. 30; *Holzhauser*, FamRZ 1995, 1463, 1465. Vgl. auch *BGH*, NJW 1953, 1342; *FamRZ* 1970, 545 = *NJW* 1970, 1680, 1681.

62 *Flume* [Fn. 2], Bd. II, § 13 6.

63 *Schwab*, FS Paul Mikat 1989, S. 893.

64 *Cypionka*, NJW 1992, 207, 209; *Neuhausen*, RNotZ 2003, 158, 162; *Enderlein*, JR 1998, 485, 487. Auch *Gernhuber/Coester-Waltjen* [Fn. 14], § 76 Rz. 67, plädieren für eine zurückhaltende Praxis.

65 Vgl. auch *Jurgeleit*, RPfleger 1995, 282: „im dogmatisch luftleeren Raum“; *Spickhoff*, AcP 208 (2008) 345, 369: „wenig geglücktes Nebeneinander von Betreuung, Einwilligungsvorbehalt und Geschäftsfähigkeit“; *Pöschl* [Fn. 5], S. 142; v. *Sachsen Gessaphe* [Fn. 5], S. 450; *Gernhuber/Coester-Waltjen* [Fn. 14], § 76 Rz. 6; *Wedemam*, AcP 209 (2009) 688.

betreuung minderjähriger Kinder durch ihre Eltern nach § 1629 Abs. 1 BGB aus der nur unzureichend ausgeprägten Fähigkeit des Kindes, die Risiken des eigenen Verhaltens zu eressen und verantwortungsbewusst, durch die Sorge um die eigene Person und das eigene Vermögen geprägte Entscheidungen zu treffen.<sup>66</sup> Die Regelungen stehen in engem Bezug zur elterlichen Sorge: Das Kind soll die Wertungen und Ausrichtungen der Sorgemaßnahmen nicht durch eigene, rechtsgeschäftliche Erklärungen durchkreuzen können.<sup>67</sup> Freilich ist zu beachten, dass die elterliche Sorge nicht um ihrer selbst willen oder im Interesse der Sorgeberechtigten besteht, sondern sie ist stets nach Maßgabe des Kindeswohls, also im Interesse des Kindes auszuüben, welches (noch) nicht für sich selbst sorgen kann.<sup>68</sup> Zentrales Anliegen ist also der Schutz des Kindes selbst, dem der Schutz des Rechtsverkehrs gleichsam als Rechtsreflex nachfolgt.<sup>69</sup> Dieser Schutz wird nur in den Fällen durchbrochen, in denen der durch die fehlende Beteiligung der gesetzlichen Vertreter herbeigeführte Schwebezustand den Rechtsverkehr gefährden würde, weil dessen Beendigung der Willkür der Vertreter anheimgestellt wäre. Dies ist namentlich in den §§ 110, 112, 113 BGB der Fall.<sup>70</sup>

Im Betreuungsrecht steht dagegen der Schutz der Selbstbestimmung vor der Sicherheit des Rechtsverkehrs.<sup>71</sup> Insbesondere erweisen sich die analog anzuwendenden §§ 110–113 BGB bei unter Einwilligungsvorbehalt stehenden Betreuten als untauglich, wird doch die freie Verwendung des Taschengeldes nach § 110 BGB implizit für solche Geschäfte ausgeschlossen sein, die dem Einwilligungsvorbehalt unterliegen. Auch die Verweisung auf §§ 112, 113 BGB ist in der Praxis weitgehend irrelevant, da der objektive und subjektive Betreuungsbedarf die Fähigkeit zur selbstständigen Führung eines Gewerbes oder zum Nachgehen einer Erwerbstätigkeit ausschließen dürfte.<sup>72</sup> Während zudem die elterliche Sorge für das Kind auf ihre Beendigung ab Erreichen des Volljährigkeitsalters gerichtet ist und daher die zunehmende Selbstbestimmung des Kindes zu achten hat (§ 1626 Abs. 2 BGB), wirkt sich die Situation in der Betreuung faktisch umgekehrt aus: Das Bedürfnis für diese nimmt nicht ab, sondern, im Gegenteil, mit fortschreitendem Alter des Betreuten regelmäßig zu.<sup>73</sup> Das Wohl des Betreuten, welches gemäß § 1901 Abs. 2 BGB Maßstab betreuereischen Handelns ist, erfordert also gerade nicht die allmähliche Entlassung in die Selbstständigkeit, sondern setzt die Steigerung des Umfangs der vom Betreuer zu erledigenden Aufgaben geradezu voraus.

Dass die Sicherheit des Rechtsverkehrs bei Betreuten anders als bei Minderjährigen nicht zu gewährleisten ist, gründet auch in der Möglichkeit einer präzisen Grenzziehung. Das BGB knüpft die Geschäftsfähigkeit an objektive Umstände, die entweder alters- oder krankheitsbezogen sind.<sup>74</sup> Mit der starren Altersgrenze der Vollendung des 18. Lebensjahrs nach § 2 BGB ist der Rechtsverkehr vor den Gefahren geschützt, die eine Beurteilung der Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen im Einzelfall zur Voraussetzung der Wirksamkeit seiner Erklärung machen würde.<sup>75</sup> Gerade diese Verlässlichkeit fehlt im Betreuungsrecht. Aber sie fehlt darüber hinaus bereits bei der Beurteilung, ob eine Störung der Willensfähigkeit nach § 104 Nr. 2 BGB oder ein Betreuungsbedarf nach § 1896 Abs. 1 BGB gegeben ist – sowohl im Hinblick auf den Grund und das Ausmaß der Störung als auch im zeitlichen Aspekt der Dauerhaftigkeit.<sup>76</sup> Durch die Betreuung und insbesondere durch die Anordnung des Einwilligungsvorbehalts wird der Rechtsverkehr folglich keineswegs von der Schwierigkeit entlastet, die Geschäftsfähigkeit im Einzelfall feststellen bzw. deren Fehlen im Nachhinein zum eigenen Nachteil erfahren zu müssen.<sup>77</sup>

### III. Notwendigkeit der Anerkennung einer relativen Geschäftsunfähigkeit

Eine an den Rechtstatsachen orientierte Betrachtung der Rechtsfolgen einer Betreuung kann sich demnach nicht auf den Befund zurückziehen, dass diese zwar die Handlungsfähigkeit, nicht aber die Geschäftsfähigkeit tangiere. In den Angelegenheiten, für die ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet ist, ist der Betreute gerade nicht in der Lage, die Folgen seines Handelns abzusehen. Dieses Unvermögen rechtfertigt erst den Einwilligungsvorbehalt. Faktisch hat daher die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts nach § 1903 BGB die partielle<sup>78</sup> wie relative Geschäftsunfähigkeit des Betreuten zur Folge.<sup>79</sup> Dies anzuerkennen, führt keineswegs zu Rechtsunsicherheit, denn diese entsteht bereits bei der Beurteilung der Geistestätigkeit als solcher. Der Einwilligungsvorbehalt bezieht sich auf einen klar abgrenzbaren, vergleichsweise wenig umfangreichen Bestand von (gefährlichen) Geschäften im Rahmen des dem Betreuer zugewiesenen Aufgabenkreises<sup>80</sup> und ist in der Bestellungsurkunde klar ausgewiesen. Insofern ermöglichte die Anerkennung der partiellen Geschäftsfähigkeit eine detaillierte Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und entspräche damit auch dem Gebot der Verhältnismäßigkeit.<sup>81</sup> Die Rechtsunsicherheit, die im Allgemeinen aus der Unklarheit über die Geschäftsunfähigkeit des Betreuten folgt, ist hinzunehmen.<sup>82</sup> Sie ist auch kein Spezifikum des Betreuungsrechts, ist doch der gute Glaube an die Geschäftsfähigkeit des vermeintlichen Vertragspartners generell nicht geschützt.<sup>83</sup> Die An-

66 Dalhoff, Die Einwirkung der Geschäftsfähigkeit auf nichtrechtsgeschäftliche Willensäußerungen, 1969, S. 27; MünchKomm/Schmitt [Fn. 3], Vorbem. § 104 Rz. 1; Gernhuber/Coester-Waltjen [Fn. 14], § 58 Rz. 29.

67 Dalhoff [Fn. 66], S. 42; MünchKomm/Huber, BGB, 6. Aufl., § 1629 Rz. 9.

68 Palandt/Diederichsen [Fn. 28], § 1626 Rz. 1; Gernhuber/Coester-Waltjen [Fn. 14], § 58 Rz. 65; Dalhoff [Fn. 66], S. 48.

69 Minzenmay [Fn. 61], S. 45; Dalhoff [Fn. 66], S. 27; Czeguhn [Fn. 3], Rz. 8 ff.; Larenz/Wolf [Fn. 2], § 25 Rz. 7.

70 Dalhoff [Fn. 66], S. 29.

71 Statt vieler Spickhoff, AcP 208 (2008) 345, 355.

72 Statt vieler Staudinger/Bienwald [Fn. 16], § 1903 Rz. 75, m. w. N.

73 Gernhuber/Coester-Waltjen [Fn. 14], § 76 Rz. 9.

74 Sogenanntes Statusprinzip, vgl. Flume [Fn. 2], Bd. II, § 13 2; Larenz/Wolf [Fn. 2], § 6 Rz. 14.

75 Flume [Fn. 2], Bd. II, § 13 2; Minzenmay [Fn. 61], S. 41; Pöschl [Fn. 5], S. 15; MünchKomm/Schmitt [Fn. 3], Vorbem. § 104 Rz. 9; Dalhoff [Fn. 66], S. 49. Im Deliktsrecht steht das Abstellen auf die Einsichtsfähigkeit der Rechtssicherheit jedoch offenbar nicht entgegen, ebenda S. 50.

76 Flume [Fn. 2], Bd. II, § 13 5; Minzenmay [Fn. 61], S. 42 f.

77 Neuhausen, RNotZ 2003, 158, 161.

78 Die partielle Geschäftsunfähigkeit bezieht sich auf die Unfähigkeit zu eigenverantwortlichem Handeln in einzelnen Rechtsgebieten, beispielsweise die Unfähigkeit zur Prozessführung bei „Querulanten“, Flume [Fn. 2], Bd. II, § 13 4, 5; Pöschl [Fn. 5], S. 10 f.; Czeguhn [Fn. 3], Rz. 27; Cypionka, NJW 1992, 207, 209.

79 V. Sachsen Gessaphe [Fn. 5], S. 449: „partiell-relativ unbeschränkte Geschäftsfähigkeit“; ähnlich Pawlowski, JZ 2003, 66, 69, insbesondere Fn. 32, sowie Spickhoff, AcP 208 (2008) 345, 383, der die Anerkennung der relativen Geschäftsunfähigkeit als methodisch ehrlich und in der Sache angemessen ansieht.

80 Staudinger/Bienwald [Fn. 16], § 1903 Rz. 65.

81 Larenz/Wolf [Fn. 2], § 6 Rz. 29.

82 Flume [Fn. 2], Bd. II, § 13 5.

83 RGZ 120, 170, 174; Palandt/Ellenberger [Fn. 28], vor § 104 Rz. 3; Erman/Palm [Fn. 16], § 104 Rz. 8; Schreieder, BtPrax 1996, 96, 97; Minzenmay [Fn. 61], S. 46.

erkennung der relativen Geschäftsunfähigkeit für Betreute bedeutet zudem nicht, dass diese zwingend auch für voll Geschäftsfähige anzuerkennen sei.<sup>84</sup>

Eine neue Interpretation der Rechtsfolgen der Betreuung beseitigt die bislang bestehenden Inkongruenzen: Bei geschäftsfähigen Betreuten agiert der Betreuer als Bevollmächtigter, beim Geschäftsunfähigen dagegen als echter gesetzlicher Vertreter. Die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts wirkt sich bei Geschäftsunfähigen materiell gar nicht, bei Geschäftsfähigen dagegen so aus, dass diese in ihrer Geschäftsfähigkeit partiell beschränkt werden – basierend auf der Schwierigkeit der in Rede stehenden Geschäfte, also mit Bezug zur relativen Geschäftsunfähigkeit –, sodass der Betreuer auch bei diesen Geschäften den Status eines gesetzlichen Vertreters innehat. Dies erklärt auch die Befugnis des Betreuers, im Rahmen des Einwilligungsvorbehalts im Einzelfall auf dem Willen des Betreuten beruhende Geschäfte zu Fall zu bringen.

Diese Lesart belastet weder die Rechtssicherheit, noch legitimiert sie eine Fremdbestimmung des geschäftsfähigen Betreuten. Die Anerkennung einer partiellen Geschäftsfähigkeit würde vielmehr auch den Vorgaben des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen genügen. Dieses erlegt den ratifizierenden Staaten in Art. 12 Abs. 2 die Verpflichtung auf, behinderten Menschen ebenso wie nichtbehinderten Menschen volle Rechts- und Handlungsfähigkeit einzuräumen und die eigenständige Regelung ihrer finanziellen Angelegenheiten zu ermöglichen.<sup>85</sup> Selbstbestimmung ist gekennzeichnet durch die Fähigkeit zur eigenständigen, von Dritten unbeeinflussten Willensbildung, die den Einzelnen in die Lage versetzt, aufgrund sachlicher Prüfung und eigener Überlegungen Entschlüsse zu fassen.<sup>86</sup> Soweit die Unfähigkeit zur Bildung eines freien, auf Verantwortung für das eigene Wohl

gerichteten Willens Basis für die Betreuerbestellung ist, wird durch diese aber nicht Fremdbestimmung herbeigeführt, sondern der Betreute vielmehr erst handlungsfähig. Diese Handlungsfähigkeit wird ihm durch eine andere Person – den Betreuer – vermittelt, die sich an dessen Wünschen und Wertvorstellungen zu orientieren hat. Die Gesetzeslage ermöglicht daher größtmögliche Freiheit unter Wahrung der Interessen des Betreuten, die sogar die Sicherheit des Rechtsverkehrs überwiegen.<sup>87</sup>

#### IV. Fazit

Das anhaltende Unbehagen um das Betreuungsrecht resultiert daraus, dass die Voraussetzungen und Elemente gewillkürter und gesetzlicher Vertretung vor allem im Rahmen von § 1903 BGB vermischt werden. Wiewohl von dem beachtenswerten Anliegen getragen, die Diskriminierung psychisch und seelisch kranker Menschen im rechtsgeschäftlichen Verkehr zu vermeiden, ist ein völliges Außerachtlassen der Geschäftsfähigkeit im Betreuungsrecht im Ergebnis wohl eher einem sich am Minderjährigenrecht orientierenden und damit dogmatisch verengten Verständnis von Geschäftsfähigkeit, als methodischer Konsequenz und einem Sinn für die lebenspraktische Bewältigung der Geschäfte von Menschen mit Behinderung und eingeschränkter Handlungskompetenz im hohen Alter geschuldet.

84 Flume [Fn. 2], Bd. II, § 13 5.

85 Dazu BT-Drucks. 16/10808, S. 51 f. Dazu eingehend Schulte, FPR 2012, 24, 25 f.; Lachwitz, BtPrax 2008, 143, 145 f.; Lipp, BtPrax 2010, 263, 265 f.

86 RGZ 103, 399, 401.

87 Lipp, BtPrax 2010, 263, 266; Jaschinski [Fn. 41], § 1903 Rz. 4; Spickhoff, AcP 208 (2008) 345, 368.

## Dokumentation

Institut für Familienrecht der Wissenschaftlichen Vereinigung für Familienrecht e. V.

### Schrifttumshinweise

Zusammenstellung: Rechtsanwältin Andrea Nagel, Regensburg

#### I. Dissertationen

[im Anschluss an FamRZ 2012, 1034]

- P. Ellefret, Die Tilgung von Eigenschulden des Vorerben mit Nachlassmitteln, Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz, SS 2012
- A. Hirschl, Rechtliche Aspekte des Neugeborenen Screenings unter Berücksichtigung des grundrechtlichen Schutzanspruchs des Neugeborenen und besonderer Beachtung des Gendiagnostikgesetzes, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln, SS 2012
- J.-H. Hörmann, Rechtsprobleme des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums – Zu den Auswirkungen des „Regelleistungsurteils“ auf die „Hartz IV“-Gesetzgebung und andere Sozialgesetze, Juristische Fakultät der Ruhr-Universität Bochum, SS 2012
- B. Klose, Das Verlassen eines Makels – Das Nichtehelichenrecht der DDR als Teil der gesamtdeutschen Entwicklung, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena, WS 2012/2013

- F. J. König, Das Verbot der Doppelberücksichtigung von Vermögensdispositionen in Zugewinnausgleich und Unterhalt – Zum Problem der Vermeidung einer zweifachen Teilhabe an Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen, arbeitsrechtlichen Abfindungen und Verbindlichkeiten –, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln, SS 2012
- F. Maier, Vertragliche Modifikationen der Zugewinnngemeinschaft, Juristische Fakultät der Universität Regensburg, SS 2012
- H. Papenbreer, Vermögenmanipulationen und Zugewinnausgleich – eine Analyse im Lichte der Güterrechtsreform, Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz, SS 2012
- J. Pelzer, Die religiös geschlossene Ehe im Zivilrecht nach Wegfall des „Vorausstrauungsverbots“ – Historische Entwicklung und zivilrechtliche Folgen einer besonderen Form der nichtehelichen Lebensgemeinschaft –, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln, SS 2012
- O. Schilling, Schutz von Ehe und Familie im einkommensteuerlichen Schnittbereich zwischen Erwerbs- und Privatsphäre – Eine verfassungsrechtliche und einkommensteuersystematische Betrachtung