

Roland Rosenow

## Versuch über den freien Willen

Ein Plädoyer für das Austragen von Konflikten

Betreuungsmanagement 1/2009, S. 3-9

### Abstract

„Gegen den freien Willen des Volljährigen darf ein Betreuer nicht bestellt werden.“ Dieser § 1896 Abs. 1a BGB wurde mit dem zweiten Betreuungsrechtsänderungsgesetz, das zum 01.07.2005 in Kraft trat in § 1896 BGB eingefügt. Der Schutz der Autonomie des Betroffenen ist aber bereits das erklärte Ziel des Betreuungsgesetzes von 1992 und zieht sich auch als Grundprinzip durch sämtliche Vorschriften des Betreuungsrechtes.<sup>1</sup> Das gesamte Betreuungsrecht stellt sich mit bemerkenswerter Konsequenz in den Dienst der Autonomie des Volljährigen.<sup>2</sup> Eine Betreuung im Sinne von § 1896 Abs. 1 BGB gegen den freien Willen des Betroffenen ist deshalb ein Widerspruch in sich. Deshalb untersuche ich im Folgenden zuerst, wie es zu dieser Vorschrift kam. Diesem ersten – rechtshistorischen – Abschnitt folgt ein zweiter, in dem ich mich mit dem juristischen Begriff des freien Willens, der dem Wortlaut von § 104 Ziff. 2 BGB entnommen ist, auseinandersetze. Im dritten und letzten Abschnitt versuche ich, die Konsequenzen, aus den Überlegungen in den beiden ersten Abschnitten zu ziehen und ende schließ-

---

<sup>1</sup> „Aufgabe der Betreuung ist die Sicherung und Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechtes (der Autonomie) des Betreuten. Wenn und soweit einem Erwachsenen die Fähigkeit zur Selbstbestimmung aus gesundheitlichen oder körperlichen Gründen fehlt, hat die Betreuung sein Selbstbestimmungsrecht herzustellen und zu verwirklichen (Rechtsfürsorge).“ Volker Lipp, Betreuung: Rechtsfürsorge im Sozialstaat aus Betreuungsrechtlicher Perspektive, Eröffnungsvortrag auf dem 9. VGT vom 10. bis zum 13.11.2004 in Erkner, Betrifft: Betreuung 8, Recklinghausen 2005, 15-28 [26] (auch veröffentlicht in: BtPrax 2005, S. 6 – 11).

<sup>2</sup> Vgl. § 1901 Abs. 2, Abs. 3 BGB.

lich mit dem Wunsch, dass normative Vorgaben, die meines Erachtens zum Teil versteckt werden, offen verhandelt und so der Kritik der von ihnen Betroffenen in stärkerem Maße zugänglich gemacht werden.

### **1. Die Entstehungsgeschichte des § 1896 Abs. 1a BGB**

Das 2. BtÄndG ist Ergebnis der Bundländerarbeitsgruppe „Betreuungsrecht“, die durch die 72. Justizministerkonferenz vom Juli 2001 eingesetzt wurde. Die Herbstkonferenz der Justizminister vom 14.11.2002 erweiterte den Auftrag und bat die Bundländerarbeitsgruppe, bis zur Frühjahrskonferenz 2003 einen Bericht vorzulegen mit dem Ziel „die Betreuungsleistungen auf das Erforderliche zu beschränken und die Kosten wesentlich zu senken“.<sup>3</sup>

Die Bundländerarbeitsgruppe legte zur 74. Justizministerkonferenz, die vom 11. bis zum 12. Juni 2003 stattfand, einen Abschlussbericht vor, der zunächst vom Vormundschaftsgerichtstag e. V. veröffentlicht wurde<sup>4</sup> und dann im Rahmen der Bundestagsdrucksache 15/2494 Eingang in die Regierungsbegründung zum Entwurf des 2. BtÄndG fand. Das 2. BtÄndG war ein reines Kostenbegrenzungsgesetz oder jedenfalls ein dahin gehender Versuch. Die Bundländerarbeitsgruppe und die Bundesregierung haben sich jedoch nach Kräften bemüht, das zweite BtÄndG als ein Gesetz erscheinen zu lassen, das das Ziel verfolge, die Autonomie der Betroffenen zu stärken. In der Einleitung des Abschlussberichtes formuliert die Bundländerarbeitsgruppe: „Aufgabe der Arbeitsgruppe ist es, unter Auswertung der bisher in den Ländern gewonnenen Erfahrungen konkrete Lösungsvorschläge zur Änderung des Betreuungsrechtes zu erarbeiten, die dazu beitragen, die Zahl der Betreuungsfälle zu reduzieren, fehlgeleitete Ressourcen im Interesse der eigentlichen Betreuungsarbeit zu bündeln und die Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen auf das Notwendige zu beschränken.“<sup>5</sup> Die Aufgabenstellung der Bundländerarbeitsgruppe enthielt also mehrere Prämissen:

1. Die Zahl der Betreuungsfälle sei zu hoch. Das Betreuungsrecht werde also von den Vormundschaftsgerichten nicht zutreffend angewendet. Es würden mehr Betreuungen angeordnet als erforderlich.
2. Ein Teil der zur Verfügung stehenden Ressourcen sei fehlgeleitet.
3. In der Praxis des Betreuungsrechtes komme es zu Eingriffen in das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen, die das Notwendige überschritten.

---

<sup>3</sup> Zitiert nach: VGT e.V., Betrifft: Betreuung 6, Recklinghausen 2003, Klappentext.

<sup>4</sup> ebd.

<sup>5</sup> Betrifft: Betreuung 6, S. 25

Mit anderen Worten: Die Bündländerarbeitsgruppe unterstellte den Vormundschaftsgerichten, eine Praxis zu entfalten, die sich weit vom geltenden Recht entfernt habe: „Wohl keine andere Norm des Betreuungsrechtes ist in der alltäglichen Praxis so weitgehend Fehlinterpretationen ausgesetzt wie § 1896 BGB. Die Obergerichte sind mit konstanter Regelmäßigkeit gezwungen, unter anderem folgende Eckpfeiler zum Verständnis des § 1896 BGB herauszustellen:

- „Altersstarrsinn“ und „Alkoholismus“ sind kein Krankheitsbild, das die Bestellung eines Betreuers rechtfertigt.
- Eine psychische Erkrankung, geistige oder seelische Behinderung führt nur und insoweit zur Bestellung eines Betreuers, wenn und in welchem Umfang ein Regelungsbedarf besteht.
- Ein Betreuer darf nur bestellt werden, wenn der Betroffene auf Grund seiner psychischen Erkrankung seinen Willen nicht frei bestimmen kann.
- Ein Betreuungsbedürfnis besteht nicht, wenn auch ein gesunder Mensch sich der Hilfe eines anderen (Rechtsanwalts, Steuerberaters usw.) bedienen würde, um seine Angelegenheiten zu regeln.
- Die Aufgabenkreise des Betreuers sind eng zu fassen.
- Eine Betreuerbestellung „auf Vorrat“ ist ausgeschlossen.<sup>6</sup>

Zum Beleg der „konstanten Regelmäßigkeit“ führt das Autorenkollektiv des Abschlussberichtes ganze sieben Entscheidungen des BayObLG aus den Jahren 1997 bis 2002 an. Man sollte erwarten, dass eine Kommission der Justizministerkonferenz wenigstens den Versuch unternimmt, die kühne Behauptung, die Vormundschaftsgerichte ordneten im großen Stil Betreuungen an, die nicht erforderlich seien, auf irgendeine empirische Grundlage zu stellen. Der Vormundschaftsgerichtstag e. V. führt in seiner Stellungnahme zur Zahl der Betreuungen aus:

„Bei der Darstellung von Mängeln des geltenden Rechtes wird in Verbindung mit der stark gestiegenen Zahl der Betreuungen der Eindruck erweckt, es gebe zu viele Betreuungen. Betrachtet man nun aber die epidemiologischen Daten, relativiert sich dieser Eindruck. Nach den im Vierten Altenbericht der Bundesregierung vorgelegten Daten ist von über 950.000 an Altersdemenz erkrankten Menschen im Jahr 2000 auszugehen. Die Zahl der volljährigen chronisch psychisch erkrankten/behinderten Menschen (ohne Altersdemenz und ohne Suchtkranke) wird auf rund 500.000 geschätzt. Des Weiteren sind insbesondere noch die mindestens 250.000 volljährigen Menschen mit geis-

---

<sup>6</sup> Betrifft: Betreuung 6, S. 89.

tiger Behinderung zu berücksichtigen. Bezieht man noch weitere Erkrankungen wie zum Beispiel chronische Suchterkrankungen ein, wird schnell deutlich, dass die Zahl der Betreuungen bei einer ‚abstrakten‘ Betrachtungsweise nicht zu hoch ist. Damit soll und kann nicht in Abrede gestellt werden, dass es in Einzelfällen zu Betreuerbestellungen gekommen ist, die bei näherer Betrachtung nicht erforderlich gewesen wären; diese Zahl dürfte aber durch die Fälle mehr als kompensiert werden, bei denen die Bestellung eines Betreuers zum Wohl der betroffenen Person erforderlich aber noch nicht ange-regt worden ist.“<sup>7</sup>

### **Rekurs auf Selbstbestimmung nur vorgeschoben?**

Die Bündländerarbeitsgruppe hat auch nicht den Versuch unternommen, ihre Prämisse, Betreuungen würden in erheblicher Zahl ohne Rechtsgrund angeordnet, durch den Abgleich mit vorhandenen Daten plausibel zu machen. Sie beschränkte sich auf das Bemühen, Plausibilität dadurch herzustellen, dass die vollkommen unbelegte Behauptung unentwegt wiederholt und dabei stets in Zusammenhang mit dem Selbstbestimmungsrecht des Volljährigen gestellt wurde. Die vermeintlich zu hohe Zahl von Betreuungen sei ein Affront gegen das grundgesetzlich verankerte Prinzip der Privatautonomie, so der Tenor.

Die Ausführungen der Bündländerarbeitsgruppe zum Selbstbestimmungsrecht sind jedoch alles andere als konsistent. Während die Arbeitsgruppe und mit ihr die Bundesregierung ausweislich der oben genannten Drucksache in der Betreuung eine schwerwiegende Bedrohung des Selbstbestimmungsrechtes des Betroffenen erblicken, soll für die Vollmacht das Gegenteil gelten. Die Bündländerarbeitsgruppe schreibt: „Die Vorsorgevollmacht ist als einziges Rechtsinstitut geeignet, das Selbstbestimmungsrecht für den Fall einer psychischen Erkrankung oder einer geistigen oder seelischen Behinderung umfassend zu sichern.“<sup>8</sup>

Die Absurdität dieser Behauptung wird einzig durch die Unverfrorenheit übertroffen, mit der sie vorgetragen wird. Die Bündländerarbeitsgruppe ging sogar noch weiter: Sie schlug vor, eine gesetzliche Vertretungsmacht für Angehörige einzuführen, um auf diesem Wege die Betreuungszahlen zu senken. Als Grund dafür wird ausgeführt, im familiären Bereich sei es „weit verbreitete Auffassung, dass im Falle einer schweren Erkrankung die nahen Angehörigen, insbesondere der Ehegatte oder Lebenspartner, befugt“ seien,

---

<sup>7</sup> Vormundschaftsgerichtstag e. V. (Hg.), Betrifft: Betreuung 7, Recklinghausen 2004, S. 63.

<sup>8</sup> Betrifft: Betreuung 6, S. 13.

die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen. Die Arbeitsgruppe habe deshalb „in ihrem Zwischenbericht die Normierung einer gesetzlichen Vertretungsmacht für nahe Angehörige empfohlen, um typische Aufgabenkreise abzudecken“. Weiter habe sie angeregt, „die Regelung einer umfassenden gesetzlichen Vertretungsmacht eingehend zu diskutieren“.<sup>9</sup>

Mit der nun schon gewohnten Nonchalance stützt die Bundländerarbeitsgruppe ihre Ausführungen zur gesetzlichen Vertretungsmacht für Angehörige auf Tatsachen, die sie scheinbar für derart selbstverständlich hält, dass jeder Versuch eines Belegs entbehrlich scheint: „Die Akzeptanz in weiten Teilen der Bevölkerung für eine gesetzliche Vertretungsmacht – zumindest in Teilbereichen – ist groß. Es entspricht einer weit verbreiteten Vorstellung in Umsetzung der Rechtsgedanken des § 1353 BGB, dass die Verpflichtung zur gegenseitigen Verantwortung auch das Recht begründet, die Interessen des andren nach außen wahrnehmen zu dürfen. Die Einführung einer gesetzlichen Vertretungsmacht könnte das Auseinanderfallen von sozialem Anspruch und rechtlicher Wirklichkeit beseitigen.“<sup>10</sup>

### **Reines Kostenkalkül**

Von Selbstbestimmungsrecht ist hier nur noch am Rande die Rede: Durch die gesetzliche Vertretungsmacht dürfe nämlich, so die Bundländerarbeitsgruppe, „die Privatautonomie nicht eingeschränkt werden“. Deshalb solle eine Vollmacht der gesetzlich zugewiesenen Vertretungskompetenz vorgehen. Ansonsten scheint die Bundländerarbeitsgruppe und mit ihr die Bundesregierung in der Rolle ihrer Autorschaft der oben genannten Bundestagsdrucksache keinen Konflikt zwischen einer partiellen gesetzlichen Vertretungsmacht für Angehörige einerseits und dem Grundsatz der Privatautonomie andererseits zu sehen.

Der Vorschlag, eine gesetzliche Vertretungsmacht für Angehörige einzuführen, hat sich bekanntlich nicht durchgesetzt. Hier ist er deshalb nur noch insofern interessant, als die diesbezüglichen Ausführungen – wie diejenigen zur Vorsorgevollmacht – belegen, dass die unentwegte Rede vom Selbstbestimmungsrecht in der Regierungsbegründung des 2. BtÄndG nur dem Zweck diene, das rein fiskalisch motivierte Ziel, die Betreuungszahlen zu senken, zu beschönigen.

---

<sup>9</sup> Betrifft: Betreuung 6, S. 72.

<sup>10</sup> Betrifft: Betreuung 6, S 81.

Der Bundländerarbeitsgruppe war ebenso wie der Bundesregierung sehr wohl bewusst, dass § 1901 Abs. 1a BGB etwas regelt, das bereits geregelt war: „Grundsätzlich besteht keine Notwendigkeit, die von der Rechtsprechung aus dem Wortlaut entwickelten Eckpfeiler der Auslegung des § 1896 BGB klarstellend zu normieren. Wichtiger ist, dass die im Betreuungsrecht tätigen Institutionen und Professionen die Voraussetzungen des § 1896 BGB akzeptieren und diese umsetzen. Der Arbeitsgruppe erscheint es aber erforderlich, den Vorrang des freien Willen eines Menschen als Ausdruck seiner Würde und seines Selbstbestimmungsrechtes ausdrücklich in § 1896 BGB wie folgt zu verankern:"<sup>11</sup>

Die Rhetorik der Bundländerarbeitsgruppe, die wörtlich in der Bundestagsdrucksache 15/2494 übernommen wurde, kulminiert in der Problembeschreibung, die zur Begründung des neuen § 1896 Abs. 1 BGB dient: „Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes garantiert Artikel 1 Abs. 1 GG, dass niemand zum Objekt staatlichen Handelns in der Weise werden darf, dass seine Subjektqualität prinzipiell in Frage gestellt wird. Jeder hat somit das Recht, sein Leben nach seinen Vorstellungen zu gestalten, soweit nicht Rechte Dritter oder andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtsgüter betroffen sind; Art. 2 Abs. 1 GG. Ist Letzteres nicht der Fall, hat der Staat nicht das Recht, den zur freien Willensbestimmung fähigen Betroffenen zu erziehen, zu bessern oder zu hindern, sich selbst zu schädigen. Soweit der Betroffene zur freien Willensbestimmung fähig ist, darf gegen seinen Willen ein Betreuer nicht bestellt werden. Eine Bestellung gegen den freien Willen des Betroffenen stellte einen Eingriff in die Würde des Betroffenen dar, der zu unterlassen oder zu beseitigen ist.“<sup>12</sup>

Die amtliche Begründung zu § 1896 Abs. 1a BGB ist Ausfluss des routinier-ten Zynismus, mit dem rein fiskalische Ziele – Bestellt weniger Betreuer! – durch die illegitime Bezugnahme auf Grundrechte verschleiert werden.

Eine solche Verschleierung verfolgt sicher nicht den Zweck der moralischen Rehabilitation ihrer Autoren, die ohnehin stets ungenannt bleiben. Aus der Perspektive des Kosteninteresses der Länder-Justiz-Ministerien ist sie vielmehr rational: Wenn die Betreuung erforderlich ist, lässt die Verfassung keinen Spielraum. Dann besteht ein verfassungsrechtlich garantierter Anspruch auf rechtliche Betreuung. Aus der Menschenwürdegarantie in Art. 1

---

<sup>11</sup> Es folgt die Formulierung, die sich jetzt in § 1896 Abs. 1 BGB findet. Betrifft: Betreuung 6, S. 90.

<sup>12</sup> Bundestagsdrucksache 15/2494, S. 27 f.

Abs. 1 GG<sup>13</sup> ergibt sich die rechtliche Anerkennung des Menschen als Rechtsperson, die „unabhängig von seinem jeweiligen tatsächlichen Zustand und seinen tatsächlich vorhandenen konkreten Fähigkeiten und Möglichkeiten“ zu erfolgen hat.<sup>14</sup> Wenn der Volljährige den „zu gleichen Bedingungen eröffneten Zugang zur Rechtsordnung aus tatsächlichen Gründen nicht wahrnehmen kann, bleibt diese rechtliche Anerkennung als Rechtssubjekt jedoch abstrakt und folgenlos“. Diese Verpflichtung umfasst nicht nur die Sicherung der physischen Existenz, sondern „auch und vor allem die Herstellung seiner Rechtsperson und damit seiner Rechtsgleichheit. Die staatliche Rechtsfürsorge für einen in seiner Eigenverantwortlichkeit beschränkten Menschen durch die Betreuung findet daher ihre verfassungsrechtlichen Grundlagen in der Schutzpflicht des Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG und im Gebot der Rechtsgleichheit in Art. 3 Abs. 1 GG“.<sup>15</sup>

Die Behauptung, Betreuungen seien in erheblicher Zahl zu Unrecht angeordnet worden, entbehrt jedweder Plausibilität. Die Annahme hingegen, dass Betreuungen im Großen und Ganzen zu Recht angeordnet worden sind, ist in hohem Maß plausibel: Zum Ersten ergibt sich dies aus den oben angeführten epidemiologischen Daten, die zur Verfügung stehen. Zum Zweiten müsste man, wenn man der Behauptung, Vormundschaftsrichter würden das geltende Betreuungsrecht in relevanter Zahl nicht richtig anwenden, entweder erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit gerichtlicher Entscheidungen insgesamt vortragen und plausibel machen, oder – was noch schwieriger sein dürfte – plausibel darlegen, aus welchen Gründen speziell die Entscheidungen der Vormundschaftsgerichte sich durch besondere Rechtsferne auszeichnen sollten.

Wenn man mir also folgt und annimmt, dass Betreuungen, die eingerichtet wurden, im Großen und Ganzen zu Recht bestehen<sup>16</sup>, dann verliert damit das Ziel, die Betreuungszahlen zu senken, unwiderruflich seine Legitimität – unwiderruflich deshalb, weil es dann mit Art. 1 Abs. 1 GG unvereinbar wird. Wenn man illegitime Ziele verfolgt, gebietet es die Rationalität, dem Kind einen anderen Namen zu geben. Statt: „Richtet weniger Betreuungen ein!“,

---

<sup>13</sup> Diese Vorschrift ist unabänderlich, Art. 79 GG.

<sup>14</sup> Volker Lipp, Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson, Tübingen 2000, S. 141.

<sup>15</sup> aaO, Lipp weist weiter darauf hin, dass die Herstellung der Rechtsperson – gegebenenfalls auf dem Wege der Bestellung eines Betreuers – dem Sozialstaatsprinzip "historisch wie systematisch" voraus geht.

<sup>16</sup> Zu den Betreuungszahlen vgl.a.: Roland Rosenow, Warum es jedes Jahr mehr Betreuungen gibt, BtPrax 2002, 111-113 mit Bezug auf: Werner Bienwald, Die betreute Republik, BtPrax 2002, 3.

muss man dann sagen: „Tut mehr für die Autonomie der Betroffenen!“ Diese Form der Rationalität ist es, die ich oben „routinierten Zynismus“ genannt habe.

## **2. Freier Wille und Geschäftsfähigkeit**

Das Betreuungsrecht hat die Rechtsfürsorge für den Volljährigen von der Frage nach seiner Geschäftsfähigkeit vollständig entkoppelt.<sup>17</sup> Mit § 1896 Abs. 1 a BGB nimmt der Gesetzgeber in gewissermaßen rhetorischer Abkehr vom Tenor des Betreuungsgesetzes von 1992 eine Anleihe in § 104 BGB: „Geschäftsunfähig ist [] wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist.“

§ 104 BGB ist eine Schutzvorschrift zugunsten des Geschäftsunfähigen. Der gute Glaube in die Geschäftsfähigkeit ist nicht geschützt. Wenn sich der Geschäftsunfähige – in der Regel durch seinen gesetzlichen Vertreter – auf seine Geschäftsunfähigkeit berufen und die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes herbeiführen will, dann trägt er jedoch die Beweislast dafür, dass er zum Zeitpunkt der Abgabe seiner Willenserklärung nicht geschäftsfähig war. Das hat weit reichende Folgen: Geschäftsunfähigkeit für einen in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt ist im Regelfall nur sehr schwer zu beweisen, weil eine die freie Willensausübung beeinträchtigende geistige Störung nur in den seltensten Fällen ex post festgestellt werden kann. Für Grenzfälle – und solche werden im Betreuungsverfahren häufiger vorkommen – gilt dies erst recht. Dies hat zur Folge, dass die Rechtsprechung die positive Feststellung der Geschäftsunfähigkeit gem. § 104 Ziff. 2 BGB eher selten trifft, und dann in der Regel in Fällen, in denen die Annahme der Geschäftsunfähigkeit für alle Beteiligten hohe Plausibilität hat. In Fällen, in denen Geschäftsunfähigkeit zweifelhaft ist, dürfte sie im Regelfall jedenfalls nicht zu beweisen sein mit der Folge, dass die Rechtsprechung sich bislang kaum genötigt sah, sich mit dem Begriff des freien Willens allzu eingehend zu befassen. Die veröffentlichte Rechtsprechung zu § 104 Ziff. 2 BGB ist im Übrigen überschaubar.

Anders als die Verwaltungs- und Prozessgerichte muss das Vormundschaftsgericht nicht nur von Amts wegen ermitteln, sondern darüber hinaus das Verfahren auch von Amts wegen betreiben. Es kann sich also nicht damit aus der Affäre ziehen, dass eine die freie Willensbildung ausschließende Störung der Geistestätigkeit „jedenfalls nicht bewiesen“ ist.

---

<sup>17</sup> Oder doch fast vollständig, vgl. zB § 53 ZPO, § 12 Abs. 3 VwVfG, § 11 Abs. 3 SGB X, § 79 Abs. 3 AO.



Wenn das Vormundschaftsgericht zum Ergebnis kommt, dass die Betreuung erforderlich ist, der Betroffene diese jedoch ablehnt, dann muss die Anordnung der Betreuung entweder unterbleiben – mit möglicherweise verheerenden Folgen für den Betroffenen –, oder der Mangel freier Willensbildung muss positiv festgestellt werden. Dass dies Schwierigkeiten nach sich zieht, mag ein Anhörungsprotokoll illustrieren, das ich im Folgenden vollständig zitiere:

„In dem Betreuungsverfahren für ... habe ich heute Frau B. zu Hause aufgesucht. Sie bewohnt eine Dachgeschosswohnung. In ihre Wohnung eintreten lässt sie mich nicht. Durch die kaum zu öffnende Türe kann ich jedoch einen Blick in das Chaos werfen, das in etwa dem, wie auf den Bildern in der Akte gezeigt, entspricht. Frau B. selbst ist äußerst schäbig gekleidet. Die Schuhe halten nur noch an wenigen Nahtstellen zusammen. Rock und Pullover sind an mehreren Stellen von Motten zerfressen und löcherig. Frau B. klagt über ärztliches Fehlverhalten. Sie sei mit offenen Brüchen aus der Klinik entlassen worden, da die Kasse keine Zuzahlungen mehr geleistet hat. Diese Ärzte müssten verklagt werden. Als ich ihr klar mache, dass ihr Wohnungsverlust drohe, falls nicht etwas Grundlegendes an ihrer Wohnsituation geändert würde, *willigt sie mehr oder weniger freiwillig ein*<sup>18</sup>, dass Frau X. als Rechtsanwältin ihr als Betreuerin zur Seite gestellt wird. Ob Frau X. wirklich in der Lage ist, am Zustand der Wohnung etwas zu ändern, bleibt abzuwarten.“

Das Protokoll spiegelt den Konflikt zwischen der Konfrontation mit der offensichtlichen Hilfebedürftigkeit eines schwachen und kranken Menschen, der sich gegen die Betreuung – warum auch immer – wehrt, auf der einen und dem Erfordernis, entweder eine Einwilligung zu erlangen, oder aber die Unfreiheit des Willens positiv festzustellen auf der anderen Seite.

Die Kommentarliteratur beschränkt sich – soweit ich es überblicke – überwiegend darauf, die gängigen Formeln wiederzugeben, die den Begriff der freien Willensbildung erklären sollen, etwa: „Es kommt darauf an, ob eine freie Entscheidung aufgrund einer Abwägung des Für und Wider, eine sachliche Prüfung der in Betracht kommenden Gesichtspunkte möglich ist oder ob umgekehrt von einer freien Willensbildung nicht mehr gesprochen werden kann, etwa weil der Betroffene fremden Willenseinflüssen unterliegt oder die Willensbildung von unkontrollierten Trieben und Vorstellungen ähnlich mechanischen Verknüpfungen von Ursache und Wirkung bestimmt wird.“

---

<sup>18</sup> Hervorhebung R. R.

**Klinischer Tatbestand und Vernunft als Messlatte ausreichend?**

„Geschäfts- und damit Prozessunfähigkeit besteht auch bei hohen intellektuellen Fähigkeiten einer Partei, wenn sie nicht in der Lage ist, ihre Entscheidungen von vernünftigen Erwägungen abhängig zu machen.“<sup>19</sup>

Während der Begriff der freien Willensbildung auf einen objektiven klinischen Tatbestand zu zielen scheint, erwecken solche Formulierungen den Verdacht, dass von freier Willensbildung dann nicht mehr ausgegangen wird, wenn die Abweichung von einer Norm - welcher auch immer - ein gewisses Maß übersteigt. Einzig Bauer setzt sich in seiner Kommentierung zu § 1896 Abs. 1 a BGB ausführlich mit dem Begriff des freien Willens und seiner Anwendung im Betreuungsrecht auseinander.<sup>20</sup> Bauer bezieht den Begriff des freien Willens in § 1896 Abs. 1 a BGB ausdrücklich auf § 104 Ziffer 2 BGB: „Beide Vorschriften umschreiben nach Auffassung der Gesetzesbegründung vielmehr im Kern das gleiche Phänomen“<sup>21</sup> Die beiden entscheidenden Kriterien, so Bauer, seien „die Einsichtsfähigkeit des Betroffenen“ und „dessen Fähigkeit, nach dieser Einsicht zu handeln“. Fehle es an einem dieser beiden Elemente des freien Willens, so liege kein freier, sondern nur ein natürlicher Wille vor, der die Betreuerbestellung gegen den Willen des Betroffenen nicht zu hindern vermöge.<sup>22</sup> Bauer behandelt die Unfähigkeit freier Willensbildung konsequent als klinische Tatsache, die damit wertenden Urteilen entzogen ist. Gleichwohl soll die Entscheidung über die Frage, ob freie Willensbildung vorliegt, nicht oder jedenfalls nicht vollständig auf den medizinischen Sachverständigen abgewälzt werden. Das Gutachten „muss daher inhaltlich so ausgestaltet sein, dass es dem Richter eine eigenverantwortliche Überprüfung auf seine wissenschaftliche Fundierung, Logik und Schlüssigkeit ermöglicht.“<sup>23</sup> Konsequent spricht Bauer von der Geschäftsunfähigkeit als inzident zu prüfender Voraussetzung für eine Betreuung gegen den geäußerten Willen des Betroffenen.

Auch Bauer aber bietet kein überzeugendes Konzept für den Begriff der freien Willensbildung an.

---

<sup>19</sup> Beides sind Zitate aus Gerichtsentscheidungen, die Knittel in seinem Kommentar zum Betreuungsgesetz zitiert, 27. Ergänzungslieferung, § 1896 Rz 10 BGB.

<sup>20</sup> Heidelberger Kommentar zum Betreuungs- und Unterbringungsrecht, 64. Aktualisierung Juli 2008, Ordnungsziffer 1100, S. 54-63 bzw. § 1896 BGB Rz 156-177.

<sup>21</sup> aaO Rz 158.

<sup>22</sup> aaO.

<sup>23</sup> aaO S. 56 b.

## Normenkonformität

Um den Ausschluss freier Willensbildung bejahen zu können, müsse die Geisteskrankheit "den Willen des Betroffenen derart beherrschen, dass die Bestimmbarkeit des Willens durch vernünftige Erwägungen ausgeschlossen ist".<sup>24</sup> Die Formulierung *Bestimmbarkeit des Willens durch vernünftige Erwägungen* ist jedoch kaum geeignet, den Begriff des freien Willens wirklich zu erhellen. Wenn sie mehr als eine bloße Tautologie sein soll, dann müsste man erklären können, was „vernünftige Erwägungen“ sind. Dies dürfte kaum möglich sein, ohne zum Ergebnis zu kommen, dass Erwägungen dann nicht mehr vernünftig sind, wenn sie von einer Norm über die Maßen abweichen. Damit aber rückt der Begriff des freien Willens nah an den der Normenkonformität heran.

Die Schwierigkeit, einen freien Willen von einem unfreien zu unterscheiden, liegt darin, dass der Wille selbst den Kern der Autonomie ausmacht. In diesen Kern kann man nicht hineinschauen. Man kann vertreten, dass er – etwa im Falle einer schweren Demenz – ganz oder teilweise verloren gehen kann. Das ist jedoch umstritten.<sup>25</sup> Im betreuungsrechtlichen Kontext spielt diese Frage kaum eine Rolle, denn § 1901 Abs. 1a BGB steht der Einrichtung einer Betreuung nur dann entgegen, wenn der Betroffene sich gegen die Betreuung äußert. Enthält er sich in Ermangelung der dazu erforderlichen Fähigkeit jedweder Willensäußerung, dann ist ggf. ein Betreuer zu bestellen. Deshalb interessiert mich hier nur der Fall des geäußerten *und* der Betreuung entgegenstehenden Willens.

§ 104 Ziffer 2 BGB behandelt psychische Erkrankungen („krankhafte Störung der Geistestätigkeit“) als ein *aliud* (etwas Anderes, Anmerk. d. Red.) zu diesem Kern, das in der Lage ist, diesen Kern der Autonomie dergestalt zu beherrschen, dass die von Dritten wahrnehmbaren Äußerungen der betroffenen Person nicht mehr als die seiner Selbst – also als diejenigen des autonomen Ich – anzusehen sind, sondern als die Äußerungen der Krankheit und damit eines *aliud* der durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Person. In ihren Äußerungen kommt nicht mehr sie selbst, sondern die Krankheit zum Vorschein, die vom Außenstehenden als Ich-dyston interpretiert werden muss, um zu legitimieren, dass die Subjekthaftigkeit der Person nicht mehr in ihren Äußerungen, sondern in einem krankheitsbedingt kommunikativ nur eingeschränkt erreichbaren Bezirk verortet wird.

---

<sup>24</sup> aaO S. 56, Zitat einer Entscheidung des Bayerischen ObLG.

<sup>25</sup> vgl. Roland Rosenow, Das Subjekt der Autonomie, BtMan 2005, 141-142 mwN.

Dieses nicht mehr erreichbare, aber als wahr angenommene Ich der betroffenen Person ist Objekt der Schutznorm des Artikel 1 Abs. 1 GG.

Der Betroffene selbst aber muss keineswegs als Ich-dyston empfinden, was von außen als Ich-dyston definiert werden muss, um freie Willensbildung plausibel ausschließen zu können. Er kann gewissermaßen sagen: „La maladie, c'est moi. – Die Krankheit bin ich.“ Auch diese Entscheidung wäre – wenn es denn eine Entscheidung ist! – durch Artikel 1 Abs. 1, Artikel 2 GG geschützt und daher zu respektieren. Nichts anderes bedeutet die Rede von der Freiheit zur Krankheit.<sup>26</sup>

### **Freiheit zur Krankheit**

Das bedeutet: Zur Feststellung der krankhaften Beeinträchtigung freier Willensbildung genügt es nicht, dass eine Krankheit diagnostiziert wird, die als solche geeignet sein kann, die freie Willensbildung auszuschließen. Denn notwendig ist darüber hinaus die Feststellung, dass der Betroffene sich nicht aus freien Stücken mit der Krankheit identifiziert – mit anderen Worten: Sie als Ich-synton definiert. Die Differenzierung zwischen der Krankheit auf der einen und der subjektiven Entscheidung des Betroffenen, wie er mit dieser Krankheit umgehen möchte, auf der anderen Seite, ist einerseits zwingend, wenn die Freiheit zur Krankheit nicht gänzlich abgeschafft werden soll. Andererseits verkompliziert sie die Lage:

Bereits die Objektivität psychiatrischer Diagnosen dürfte umstritten sein. Dieses Problem möchte ich jedoch hier ausklammern: Ich nehme an, dass eine psychische Erkrankung mit so hoher Plausibilität diagnostiziert werden kann, dass die Diagnose nicht in Frage steht. Entscheidend an dieser Stelle ist: Die psychiatrische Diagnose ist eine rein medizinische Angelegenheit. Eine Psychose aus dem schizophrenen Formenkreis, eine Borderline-Störung oder eine Suchterkrankung kann vorliegen oder nicht vorliegen. Das hat weder mit Recht, noch mit Freiheit zu tun. Die Kategorien von Recht und Freiheit werden erst dann relevant, wenn zu entscheiden ist, wie mit der nun einmal vorhandenen Krankheit umgegangen werden soll. Und das – darauf kommt es mir an – ist eine *normative* (keine medizinische) Frage!

Damit fällt sie in das Zuständigkeitsgebiet der Rechtswissenschaft. Ich habe jedoch den Eindruck, dass die Rechtswissenschaft eine Neigung hat, den

---

<sup>26</sup> Im Beschluss vom 07.10.1981 zum AZ: 2 BvR 1194/80 das jedenfalls in „weniger gewichtigen Fällen [...] den psychisch Kranken in gewissen Grenzen die 'Freiheit zur Krankheit' belassen bleibt“.

schwarzen Peter der Medizin zuzuspielen. Sie scheint zu diesem Zweck das oben angedeutete Zweiinstanzenmodell in der im Folgenden beschriebenen Weise zu überspannen:

Im Kern der Person sitzt der autonome Wille und erfreut sich des Genusses der Freiheitsrechte aus Artikel 1 Abs. 1, Artikel 2 GG. Im Falle einer psychischen Erkrankung erwächst ihm, dem freien Willen, ein mächtiger Feind, der innerhalb der Person, der der freie Wille angehört, sein Wesen treibt, dem freien Willen jedoch sozusagen von außen gegenübertritt. Öffnet ihm der freie Wille aus autonomer Entscheidung eine Tür und macht mit ihm gemeinsame Sache, dann ist diese Entscheidung von den Freiheitsrechten geschützt und damit wg. Art. 1 Abs. 1 GG sakrosankt. Erobert der Feind jedoch den freien Willen gewaltsam, dann muss staatliche Fürsorge greifen und sich schützend vor das Subjekt stellen.

Ich spreche deshalb von einer Überspannung der Zweiinstanzen-Metapher, weil die Entscheidung, ob eine gewaltsame Übermächtigung des freien Willens oder eine von autonomer Entscheidung getragene Fraternalisierung mit der Krankheit vorliegt, nicht mit der erforderlichen Plausibilität getroffen werden kann. Denn die Symptome einer Krankheit hängen nicht davon ab, wie das Ich sich zu seiner Krankheit entscheidet. Jede Diagnose ist auf Symptome gebaut *und auf nichts sonst*. Wenn man der Person die Freiheit einräumt, zu entscheiden, ob sie mit ihrer Krankheit leben oder sie behandeln lassen will, dann kann man nicht gleichzeitig annehmen, dass die Entscheidung gegen die Behandlung der Krankheit ein Symptom der Krankheit ist. Grundsätzlich ist das zwar möglich und in manchen Fällen vielleicht sogar wahrscheinlich. Aber die Behandlung dieser Entscheidung als Symptom ist unvereinbar mit der normativen Entscheidung, dass es eine Freiheit zur Krankheit gibt.

Das ist weder ein Grund für, noch ein Grund gegen eine sehr weitgehende Freiheit zur Krankheit zu plädieren. Die Rede von der Freiheit zur Krankheit läuft stets Gefahr, zur zynischen Legitimationsstrategie für den Rückzug der Gesellschaft aus der Verantwortung für Kranke und Behinderte zu degenerieren. Die Verfassung gebietet aber – und ich finde das richtig –, dass die Gesellschaft sich schützend vor diejenigen stellt, die des Schutzes bedürfen. Andererseits gebietet die Verfassung – und auch das finde ich richtig –, dass die Entscheidung, wie ein Kranker mit seiner Krankheit umgeht, zunächst von diesem selbst und nicht von Dritten zu treffen ist.

### **3. Normative Entscheidungen**

Das Bundesverfassungsgericht führt in der oben bereits zitierten Entscheidung aus: „Die Einschränkung dieser Freiheit, die auch dem Geisteskranken und nicht voll Geschäftsfähigen durch Artikel 2 Abs. 1 GG garantiert ist, ist daher stets der strengen Prüfung am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu unterziehen. Dies schließt jedoch einen staatlichen Eingriff nicht aus, der ausschließlich den Zweck verfolgt, einen psychisch Kranken vor sich selbst in Schutz zu nehmen und ihn zu seinem eigenen Wohl in einer geschlossenen Anstalt unterzubringen. Eine derartige Maßnahme ist nicht nur dann zulässig, wenn sie der Schutz der Allgemeinheit verlangt; sondern sie kann sich auch durch den Schutz des Betroffenen rechtfertigen. [...] Das Gewicht, das dem Freiheitsanspruch gegenüber dem Gemeinwohl zukommt, darf aber nicht losgelöst von den tatsächlichen Möglichkeiten des Fürsorgebedürftigen bestimmt werden, sich frei zu entscheiden. Bei psychischer Erkrankung wird die Fähigkeit zur Selbstbestimmung häufig erheblich beeinträchtigt sein. In solchen Fällen ist dem Staat fürsorgerisches Eingreifen auch dort erlaubt, wo beim Gesunden Halt geboten ist. Die Erkenntnis, dass es das Recht ermöglichen muss, den Willen des psychisch Kranken durch die bessere Einsicht des für ihn Verantwortlichen zu ersetzen, hat ihren Niederschlag seit jeher in den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes betreffend die Vormundschaft über geisteskranke Personen gefunden ...“<sup>27</sup>

Um Missverständnissen vorzubeugen, möchte ich zunächst klarstellen, dass das Verfassungsgericht nach meiner Meinung hier vollkommen Recht hat. Die Passage illustriert jedoch meines Erachtens sehr deutlich, wie schwer sich die Rechtswissenschaft damit tut, anzuerkennen, dass es in der ausschließlichen Kompetenz der Justiz liegt, über die Grenze zu befinden, die der Freiheit zur Krankheit gesetzt wird. Die Begründung des Verfassungsgerichtes ist nahezu tautologisch, in jedem Fall aber autoreflexiv. Dem Verfassungsgericht erscheint die Notwendigkeit, dem psychisch Kranken notfalls gegen seinen Willen zu helfen, evident. Diesbezüglich besteht ganz offensichtlich ein weitgehender Konsens, der nicht nur die juristische und die medizinische Disziplin umfasst, sondern weit darüber hinaus geht. Das Gericht versucht hier jedoch gar nicht erst, diese Evidenz nachvollziehbar zu formulieren, sondern beschränkt sich auf das wirklich schlichteste aller vorstellbaren Argumente: Das haben wir schon immer („seit jeher“) so gemacht.

Im Ergebnis lädt das Bundesverfassungsgericht die Justiz ein, sich insofern aus der Verantwortung zu stehlen, als die Frage, ob der Betroffene sich aus freien Stücken für ein Leben mit seiner Krankheit entscheidet, oder ob er

---

<sup>27</sup> Beschluss vom 07.10.1981, 2 BvRF 94/80.

durch seine Krankheit so beeinträchtigt ist, dass ihm auch gegen seinen Willen zu helfen ist, in die Sphäre der Psychiatrie delegiert wird. Nun mag man einwenden, dass es auf die Frage, ob der Arzt oder der Jurist eine Entscheidung trifft, die erst einmal entmündigend wirkt, nicht weiter ankomme. Das Ergebnis sei das gleiche. Jedenfalls benötige ich einen *advocatus diaboli*, der diesen Einwand vorträgt, um deutlich zu machen, worum es mir geht:

Die Bestellung eines Betreuers gegen den – freien oder vermeintlich freien – Willen des Betroffenen hat ebenso wie eine geschlossene Unterbringung nach § 1906 BGB stigmatisierende Wirkung. Diese Stigmatisierung ist nach meiner Auffassung unvermeidlich, wenn ich den Betroffenen nicht schutzlos dem Elend, das seine Krankheit verursachen kann, ausliefern will. Die Verlagerung der Frage, ob ich den – freien oder vermeintlich freien – Willen des Betroffenen akzeptiere oder mich über ihn hinweg setze, in die Sphäre der Medizin, lässt diese an und für sich normative Entscheidung als eine rein diagnostische Entscheidung erscheinen. Darin liegt eine zweite Stigmatisierung. Diese zweite Stigmatisierung ist erstens vermeidbar und daher illegitim und zweitens der Rehabilitation des Betroffenen abträglich und auch deshalb illegitim. Ich gehe davon aus, dass der Betroffene, wenn er eine in der Außensicht erforderliche Behandlung ablehnt, sich als sich selbst erlebt, wenn er „nein“ sagt. Wenn ich die Entscheidung, dass ich dieses „Nein“ nicht akzeptiere, als Diagnose interpretiere, dann sage ich dem Betroffenen, er meine nur, „nein“ zu sagen. Tatsächlich sei es gar nicht er, der „nein“ sage. Dies ist ein massiver Angriff gegen das ohnehin schwache Ich des Betroffenen, der dazu führen kann, dass ihm die Möglichkeit genommen wird, den Konflikt zwischen seinem Nein und der Übermacht, die sich gegen dieses Nein durchsetzt, zu bearbeiten. Wenn ich hingegen sage: Ich nehme das Nein wahr, setze mich aber aus diesen und jenen Gründen dagegen durch und verfüge diese und jene Maßnahme, dann eröffne ich damit einen Raum, innerhalb dessen der Betroffene die Möglichkeit hat, sich mit meiner normativen Entscheidung auseinanderzusetzen und sich evtl. gegen diese zu wehren.

Nichts anderes gilt in der Kommunikation zwischen anderen Beteiligten: Wenn die normative Entscheidung, an welcher Stelle die Freiheit zur Krankheit im Einzelfall begrenzt werden soll, zwischen den Beteiligten – dem privaten Umfeld und Professionellen – diskutiert wird, dann kann eher ein überzeugender und tragfähiger Konsens hinsichtlich dieser Grenze hergestellt werden, als wenn diese Grenze erst aus der juristischen Sphäre in die medizinische verlagert und dann von dieser – sei es notgedrungen, sei es aus Überzeugung – aus einer Black Box heraus dekretiert wird.

Mit der Autonomie ist es wie mit der Demokratie: Sie ist nicht *da* oder *nicht da*, sondern der Übergang ist fließend. Das Prinzip der Privatautonomie aus Artikel 2 GG gebietet es ebenso wie die zentralen Normen des Betreuungsrechtes, die Autonomie des Betroffenen im Betreuungsverfahren nicht nur abstrakt hoch zu halten, sondern sie gerade da, wo sie durch Krankheit oder Behinderung gefährdet ist, als zarte Pflanze zu behandeln, die der Hege und Pflege bedarf. Das heißt, dass Äußerungen des Betroffenen nicht entweder ernst oder nicht ernst zu nehmen sind, sondern in jedem Einzelfall so ernst als möglich. Wenn ich eine Entscheidung gegen eine notwendige Behandlung nicht erst nehmen kann, weil dies mit fatalen Folgen für den Betroffenen verbunden wäre, dann kann ich sie jedoch insofern ernst nehmen, als sie eine Entscheidung ist, die im Konflikt mit meiner normativen Entscheidung steht, die ich durchsetze. Mit der Austragung dieses Konfliktes stärke ich die Autonomie des Betroffenen.

Mit der Demokratie ist es nämlich wie mit der Autonomie: Es ist ihr förderlich, wenn Konflikte um normative Entscheidungen ausgetragen werden. Dazu ist es notwendig, dass die normativen Entscheidungen, die miteinander in Konflikt geraten, benannt und nicht verschleiert werden. Der Wunsch, die Betreuungszahlen im Kosteninteresse der Länder-Justiz-Ministerien zu senken, ohne dass die Annahme, es würden zu viele Betreuungen bestellt, plausibel gemacht werden könnten, ist jedenfalls verständlich, vielleicht auch legitim. (Wenn nicht, ist es der Streit darum.) Aber es schadet der Demokratie und dem Rechtsstaat, wenn die Bundesregierung höchstselbst diesen Wunsch als Initiative zur Stärkung der Privatautonomie verkleidet und wenn das Parlament eine Norm erlässt, die im Klartext lautet, gegen den freien Willen des Betroffenen dürfte ein Betreuer nicht bestellt werden, deren Subtext aber heißt: Bestellt weniger Betreuer!