

Schriften zum Betreuungsrecht

Band 6

Die rechtliche Betreuung zwischen Daseinsvorsorge und Stellvertretung

Eine historisch-kritische Analyse

Von

Felix Recke-Friedrich



Duncker & Humblot · Berlin

FELIX RECKE-FRIEDRICH

Die rechtliche Betreuung zwischen
Daseinsvorsorge und Stellvertretung

Schriften zum Betreuungsrecht

Herausgegeben von

Adrian Schmidt-Recla und Bernd-Rüdiger Kern

Band 6

Die rechtliche Betreuung zwischen Daseinsvorsorge und Stellvertretung

Eine historisch-kritische Analyse

Von

Felix Recke-Friedrich



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Jena hat diese Arbeit
im Jahre 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: TextFormA(r)t, Daniela Weiland, Göttingen
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 2197-1447

ISBN 978-3-428-18984-7 (Print)
ISBN 978-3-428-58984-5 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Danksagung

An dieser Stelle möchte ich allen meinen großen Dank aussprechen, die mich bei der Anfertigung meiner Dissertation unterstützt haben.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. iur. Adrian Schmidt-Recla für die hervorragende Betreuung, seine ständige Diskussions- und Hilfsbereitschaft und die daraus erwachsene kollegiale und freundschaftliche Verbundenheit, was wesentlich zum Gelingen dieser Arbeit beitrug. Auch danke ich Frau Prof. Dr. iur. Wiebke Brose, LL.M. für ihr Zweitgutachten und die mühevollen Arbeit des Korrekturlesens.

Nicht zuletzt gilt mein großer Dank meinem Ehemann, meinen Eltern, meiner Familie und meinen Freunden, die mich bereits während der gesamten Ausbildung liebevoll unterstützten und mir zu jeder Zeit mit Rat und Tat zur Seite standen. Sie gaben mir die notwendige Ruhe und das Selbstvertrauen für die Erstellung dieser Arbeit und waren dabei stets selbstlos bereit, auf viel gemeinsame Zeit zugunsten der Vervollendung dieses Werkes zu verzichten.

Berlin, im Juni 2023

F. Recke-Friedrich

Ergänzende Hinweise

Bei der Bearbeitung sind die gesetzlichen Grundlagen in der geltenden Fassung bis zum 15. Oktober 2022 sowie die bereits beschlossenen und verkündeten, jedoch erst am 1. Januar 2023 in Kraft tretenden Vorschriften berücksichtigt worden. Insofern behandelt die Bearbeitung rechtliche Änderungen *de lege ferenda*, bevor die tatsächliche Umsetzbarkeit überprüft werden konnte. Aufgrund der Tatsache, dass Literatur zum novellierten Recht nur beschränkt zur Verfügung stand, wurde insbesondere das Schrifttum zum geltenden Recht daraufhin überprüft, ob es auch für das kommende Recht aussagekräftig ist.

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wurde im Text überwiegend die männliche Form der Schreibweise gewählt, nichtsdestoweniger beziehen sich die Angaben auf Angehörige beider Geschlechter.

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	13
B. Rechtliche Betreuung im Wandel der Zeit	17
I. Das Allgemeine Preußische Landrecht (ALR)	17
1. Die Entwicklung der Obervormundschaft	17
2. Die Vormundschaft als staatlicher Auftrag	20
II. Die Irrenreform und Preußische Vormundschaftsordnung	23
1. Die „Irrenfrage“	23
2. Die Gesetzes-Revision	25
3. Die Preußische Vormundschaftsordnung	27
a) Der Vormund als Träger der Vormundschaft	28
b) Die Obervormundschaft	28
aa) Der Waisenrath	29
bb) Der Familienrath	30
4. Die Justizzentriertheit	31
III. Das Bürgerliche Gesetzbuch	34
1. Die Vereinheitlichung des Rechts	35
2. Die Obervormundschaft	35
3. Die Stellvertretung	39
a) Die ersetzende Entscheidung	39
b) Die Gebrechlichkeitspflege	41
c) Die Notwendigkeit der Vertretungsmacht	42
d) Die UN-Behindertenrechtskonvention	44
4. Der Begriff der Daseinsvorsorge	46
a) Die Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff	46
b) Die Fürsorgepflicht des Staates in der Erwachsenenfürsorge	48
5. Die Berufsvormundschaft	50
a) Die Berufsvormundschaft über Minderjährige	51
aa) Das „Leipziger-System“	53
bb) Der Beginn der Jugendfürsorge	54
b) Die Berufsvormundschaft über Volljährige	56

6. Der Grundsatz der Unentgeltlichkeit	60
7. Die Manifestation des Systembruchs	63
IV. Das Betreuungsrecht	64
1. Erstes Betreuungsrechtsänderungsgesetz	65
2. Zweites und Drittes Betreuungsrechtsänderungsgesetz	68
V. Zusammenfassung	70
C. Das geltende Recht und seine Herausforderungen	73
I. Die Ausgangslage	73
II. Leitgedanken der Reform	75
III. Regelungsinhalte	76
1. Betreuerbestellung	77
a) Eingangsmerkmale – Wunsch nach Ende von Stigmatisierung, § 1814 BGB	77
b) Rechtliche Angelegenheiten und andere (soziale) Hilfen, § 1814 BGB	81
c) Auswirkungen des Bundesteilhabegesetzes	83
d) Information und Beratung durch die Betreuungsbehörde, § 8 BtOG	89
e) Umfang der Betreuung, § 1815 BGB	91
2. Betreuerauswahl, § 1816 BGB	93
a) Wegfall der Wohlschranke, § 1816 Abs. 2 BGB	96
b) Auswahlkriterien, § 1816 Abs. 3 BGB	99
c) Vorrang des Ehrenamts, § 1816 Abs. 3, 5 BGB	101
aa) Attraktivität des Ehrenamts	102
bb) Qualität der ehrenamtlichen Betreuung, § 1816 Abs. 4 BGB	105
cc) Grundsatz der Unentgeltlichkeit, § 1878 BGB	109
d) Rolle der Betreuungsvereine, § 1818 BGB	111
aa) Nachrang der Vereinsbetreuung, § 1818 Abs. 1 BGB	112
bb) Öffentliche Aufgabenwahrnehmung, §§ 14, 15 BtOG	112
cc) Finanzierung, § 1819 BGB, § 7 Abs. 2 VBVG, § 17 BtOG	114
dd) Vereinbarung über Betreuung und Unterstützung, § 1816 Abs. 4 BGB	118
ee) Grundsatz der Vereinsautonomie	120
e) Professionalisierung der Berufsbetreuung, § 1816 Abs. 5 BGB	123
aa) Eignung und Sachkundenachweis, § 23 BtOG	123
bb) Wunsch nach Berufsbetreuung, § 1816 Abs. 2 BGB	128
cc) Berufsbetreuung als ökonomischer Faktor	134
(1) Berufsbetreuung als Gewerbe	136
(2) Finanzierung der rechtlichen Betreuung	138

3. Betreuungsführung, § 1821 BGB	140
a) Wünsche des Betreuten, § 1821 BGB	140
b) Vertretungsmacht, § 1823 BGB	142
aa) Unbeschränkte Vertretungsmacht nach außen	142
bb) Beibehaltung des Einwilligungsvorbehalts, § 1825 BGB	144
cc) Primat der unterstützenden Entscheidungsfindung	145
c) Prozessfähigkeit des Betreuten, § 53 ZPO	147
4. Beratung und Aufsicht durch das Gericht, §§ 1861 BGB ff.	149
a) Obervormundschaftliche Kontrolle und Aufsicht, § 1862 BGB	151
b) Berichtspflichten, § 1863 BGB	155
c) Beratungsfunktion, § 1861 BGB	157
IV. Zusammenfassung/Defizite des neuen Gesetzes	161
D. Aus der Geschichte lernen und Realitäten anerkennen –	
Betreuung im 21. Jahrhundert	163
I. Neue Rolle der Betreuungsbehörden	164
II. Staatliche Fürsorgepflicht	167
1. Rückgang der Familienbande	167
2. Subsidiarität der Stellvertretung	169
3. Verhältnis zum Sozialrecht	170
III. Vergangenheitsbewältigung	173
E. Resümee	175
Literaturverzeichnis	177
Sachwortverzeichnis	188

A. Einleitung

Wer auf die Entwicklungen des deutschen Betreuungsrechts der letzten Jahrzehnte zurückblickt, kommt um Superlative bei der Beschreibung nicht herum. Zumeist wird insbesondere bei den Reformprozessen um das Jahr 1992 von einer „Jahrhundertreform“¹ gesprochen. Auch jetzt, zum Inkrafttreten der Novellierung des Betreuungsrechts zum 1. Januar 2023 heißt es erneut, dass es sich um „die größte Reform des Kindschafts-, Vormundschafts-, Pflegschafts- und Betreuungsrechts seit Inkrafttreten des BGB am 1. 1. 1900“ handeln würde.² Rein deskriptiv mögen diese Beschreibungen auch stimmen. So wurden allein in der jüngsten Reform fast alle Paragraphen im BGB einmal vollständig ausgetauscht und ein gänzlich neues Gesetz zur Organisation der Betreuung (BtOG) geschaffen. Auch im Jahr 1992 wurden mit der Abschaffung der Entmündigung vermeintlich weitreichende Änderungen vollzogen.

Fraglich ist jedoch, welcher Maßstab bei all diesen Beschreibungen angesetzt wird und ob diese Aphorismen nicht den Blick auf das Wesentliche verschleiern. So mag es zwar stimmen, dass mit den Reformen an sich betrachtet, jeweils ein Wandel in der praktischen Handhabung für Juristen und Betroffene einherging. Die grundsätzliche Systemfrage bleibt jedoch seit fast 150 Jahren unangetastet.

Auch die jüngste Reform drückt sich um die Auseinandersetzung, ob die rechtliche Betreuung weiterhin noch ein Instrumentarium der rechtlichen Stellvertretung im Rahmen des privatrechtlichen BGB sein sollte oder ob es nicht vielmehr – auch aufgrund tatsächlicher gesellschaftlicher Gegebenheiten – weiterentwickelt werden müsste, hin zu einem (echten) Baustein im System der öffentlich-rechtlichen Daseinsvorsorge.

Der Verfasser vertritt die These, dass sich diese Daseinsvorsorge und der Stellvertretungsgedanke im System des heutigen deutschen Betreuungsrechts ein Stück weit gegenseitig ausschließen – jedenfalls aber aufgrund der gesellschaftlichen Realität überholt haben.

Der Gesetzgeber hat vor allem in den letzten Jahren die Trennlinie zwischen Aufsicht und Eingriff nicht mehr konsequent durchgehalten. Es ist ein System entstanden, in dem die Selbstbestimmung und vornehmlich das Prinzip der Familien- und Angehörigenbetreuung zwar weiterhin als Maßstab gelten sollen. In der Rea-

¹ Diekmann, FPR 2004, 678, S. 683.

² Horn, ZEV 2020, 748, S. 748.

lität ist dieses System aber allzu oft anderen Kräften, beispielsweise des Marktes ausgesetzt und kann dadurch dem eigenen Anspruch nicht mehr gerecht werden.

Zum Ende des 19. Jahrhunderts schuf der Gesetzgeber im Familienrecht des BGB einen Rahmen für die Erwachsenfürsorge und manifestierte damit das Betreuungsrecht als Auswuchs des selbstbestimmten Stellvertretungsgedankens. Gleichzeitig verknüpfte er es jedoch unter dem Deckmantel der Aufsicht über ein Jahrhundert lang immer weiter mit Elementen der Daseinsvorsorge, die dem erstgenannten Prinzip zuwiderlaufen und die Frage aufwerfen, was eigentlich der Kern dieses Rechtsgebiets ist.

Bei diesem inneren Konflikt ist vor allem das Institut der Berufsbetreuung beispielgebend. Das Betreuungsrecht, vielmehr der Gesetzgeber, scheint sich in seinen Grundfesten weiterhin gegen die Kommerzialisierung zu wehren, hält er doch weiter am Pathos der Ehrenamtlichkeit fest und versucht zumeist nur beiläufig, die berufsmäßige Betreuung zu regeln. Die Frage, die sich jedoch unmittelbar daraus ergeben muss und die es hier zu untersuchen gilt, ist das Verhältnis von ehrenamtlicher Betreuung und Berufsbetreuung. Die schleichende Entwicklung hin zu dem Berufsbild des Betreuers, bei dem zumindest auf den ersten Blick die staatliche Reglementierung zwar seit Jahren zunimmt, jedoch weiter unvollkommen wirkt, ist zu hinterfragen.

Der Rückzug der Verwandten- und Angehörigenbetreuung als staatsbürgerliches Ehrenamt und im gleichen Zuge die Zunahme der Berufsbetreuung deckt ein Spannungsfeld zwischen selbstbestimmter Stellvertretung und notwendiger Daseinsvorsorge auf, welche gerade im Hinblick auf die geltende Gesetzeslage zu untersuchen ist. Das erscheint insbesondere vor dem Hintergrund der Ergebnisse der vom Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz im Jahr 2017 in Auftrag gegebenen Studie zur Umsetzung des Erforderlichkeitsgrundsatzes im Betreuungsrecht für angebracht. Dreißig Jahre nach der sog. Jahrhundertreform im Betreuungsrecht sind im Ergebnis der Studie bis zu 15 % der Betreuungen vermeidbar.³

Bisher begnügte sich die wissenschaftliche Auseinandersetzung damit, Strukturen im bestehenden System nachzuschärfen und vor allem „andere“ niedrigschwellige „soziale Hilfen“ zu fordern.⁴ Die Frage, ob das System als solches überhaupt dafür geeignet ist, diesen Anforderungen gerecht zu werden, blieb außen vor.

Die vorliegende Arbeit untersucht insofern in einer historisch-kritischen Analyse, ob nicht durch eine verstärkte staatliche Fürsorge ein Mehr an Selbstbestim-

³ IGES-Studie, Umsetzung des Erforderlichkeitsgrundsatzes in der betreuungsrechtlichen Praxis im Hinblick auf vorgelagerte „andere Hilfen“, Ergebnisse, Stand: 25.10.2017, S. 9, abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Zusammenfassung_Forschungsvorhaben_Erforderlichkeitsgrundsatz.pdf?__blob=publicationFile&v=3, (zuletzt abgerufen am 12.10.2022).

⁴ Schulte, FPR 2012, 24.

mung für die von Betreuung Betroffenen erreicht werden kann. Die permanente Scheu des Gesetzgebers, sich mit dieser Problematik auseinanderzusetzen, unterstreicht nur die Notwendigkeit, diese grundsätzliche und systemimmanente Frage endgültig zu klären.

Maßstab dieser Bearbeitung ist der historische Wandel im System der Betreuung seit gut zwei Jahrhunderten. Im Rahmen einer historisch-vergleichenden Analyse sollen die Ursachen und Wirkungen der verschiedenen gesetzgeberischen Aktivitäten im Zusammenhang mit der Erwachsenenfürsorge untersucht und ein Bezug zur Gegenwart hergestellt werden.

Ausgangspunkt hierfür ist der im späten 18. Jahrhundert einsetzende Paradigmenwechsel im Recht der Erwachsenenfürsorge in den Gebieten des heutigen Deutschlands. Waren in der Antike vor allem die Familien, seit dem frühen Mittelalter vor allem die Klöster und kirchlichen Einrichtungen mit der fürsorgerischen Zuwendung an Sozialbenachteiligte und psychisch Kranke betraut, gab es seit dem späten 18. und frühen 19. Jahrhundert eine politische und gesellschaftliche Entwicklung, die landesherrliche und kommunale Maßnahmen stärker propagierte. Es vollzog sich ein Wandel von der noch im Mittelalter charakteristischen unregulierten Armen- und Krankenfürsorge hin zu einer obrigkeitlich reglementierten Armenpolitik.⁵ Hintergrund waren nicht nur ein verändertes Staatsverständnis, sondern auch ökonomische Faktoren, wie die Landflucht, die zunehmende Urbanisierung in Folge der Industrialisierung und zeitgleich eine Verschlechterung der sozialen Verhältnisse, die ein staatliches Handeln erforderlich machten. Diese Auffassung drückte sich normativ vor allem zunächst in den Regelungen zur Vormundschaft im Allgemeinen Preußischen Landrecht aus, in dem das Institut zweifelsfrei öffentlich-rechtlichen Charakter besaß. Später veränderte sich dieses Verständnis noch einmal und eine Rezession des römischen Rechts führte mit der Preußischen Vormundschaftsordnung von 1875 zu dem was wir heute kennen: einem Mittelweg zwischen privatrechtlichem Vertretungsinstitut und obrigkeitstaatlicher Aufsicht.

Ob dieses System, von einigen als zu stark „justizzentriert“⁶ bezeichnet, weiter alle sozialen Fragen unserer Zeit angemessen beantworten kann, soll Gegenstand der hiesigen vergleichenden Untersuchung sein.

Nach einer umfassenden historischen Einordnung (B. auf S. 17 ff.) unter Herleitung der hier verwendeten zentralen Begrifflichkeiten der Stellvertretung (B. III. 3. auf S. 39 ff.) und der Daseinsvorsorge (B. III. 4. auf S. 46 ff.) soll das geltende Recht seit dem 01. Januar 2023, insbesondere in Bezug auf die oben aufgeworfenen geschichtlichen Aspekte hin betrachtet (C. auf S. 73 ff.) und trotz erst kürzlich

⁵ *Schaffer*, Rezension über: Rüdiger Nolte, *Pietas und Pauperes, Klösterliche Armen-, Kranken- und Irrenpflege im 18. und frühen 19. Jahrhundert*, S. 309.

⁶ *Probst*, ZRP 2001, 426, S. 431; *Pitschas*, FPR 2012, 61, S. 63 ff.